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: 137 (2018)

Artikel: Privatautonomie im Privatrecht : Entwicklungen und Tendenzen

Autor: Graham-Siegenthaler, Barbara

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896118

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: 24.08.2025

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

Privatautonomie im Privatrecht – Entwicklungen und Tendenzen

BARBARA GRAHAM-SIEGENTHALER*

* Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Ordinaria für Schweizerisches und Internationales Privatrecht sowie Privatrechtsvergleichung, Universität Luzern. Ich danke meinen Kollegen an der Universität Luzern, Prof. Dr. Regina Aebi-Müller und Prof. Dr. Paul Eitel, sowie auch Rechtsanwalt Dr. Matthias Schwaibold für die kritische Durchsicht des Manuskripts sowie ihre wertvollen Hinweise. Weiter möchte ich meinen Assistierenden am Lehrstuhl für ihre Mithilfe bei der Recherche danken, so insbesondere Frau Rechtsanwältin Philine Getzmann, MLaw, Frau Silvia Villiger-Moos, MLaw, Frau Martina Frischkopf, BLaw, und Herrn Enea Laube, BLaw.

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung 158
B. Grundzüge der Privatautonomie in der Privatrechtsordnung 161
I. Geschichtliche Entwicklung der Privatautonomie 161
1. Anfänge der Vertragsfreiheit 161
2. Konsensualprinzip 162
a. Von der eidlichen Erklärung zur Stipulation 162
b. Zu den schriftlichen und formlosen Vertragsformen 163
c. Einflüsse des kanonischen Rechts 164
3. Zur Entwicklung der Formfreiheit 165
4. Zur Entwicklung der Freiheit des Vertragsinhaltes und der Vertragstreue 166
II. Schranken der Privatautonomie 167
1. Historische Entwicklung 167
2. Entwicklungen des Ehe- und Vertragsrechts 168
III. Begründungen für die Einschränkung der Privatautonomie 169
1. Sozialpolitisch motivierte Schutzvorschriften 169
C. Privatautonomie und familienrechtliche Entwicklungen 171
I. Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen in ihrer Entwicklung 171
1. Zulässigkeit von vorehelichen Verträgen und Scheidungsplanung 171
2. Wahl eines Güterstandes als zulässiger Inhalt eines Ehevertrages 173
3. Inhaltliche Kontrolle von das Güterrecht regelnden Eheverträgen 174
4. Andere als güterrechtliche Vereinbarungen im Ehevertrag? 176
5. Zwischenfazit 176
II. Unterhaltsvereinbarungen 178
1 Vereinbarungen der Ehegatten während bestehender Ehe 178
2. Vereinbarungen im Rahmen eines Scheidungsverfahrens 178
3. Zu den Wirkungen von Vereinbarungen im Kontext des Scheidungsverfahrens 180
4. Rechtliche Wirksamkeit einer früher abgeschlossenen Vereinbarung . . . 181
5. Unterhaltsvereinbarungen ohne konkrete Scheidungsabsicht (sog. antizipierte Scheidungsvereinbarungen) 183
6. Scheidungsrisiko und wirtschaftliche Scheidungsfolgen 183
7. Scheidungsrisiko und «Planungssicherheit» – Möglichkeiten vertraglicher Regelung 184
8. Beurteilung von Vereinbarungen unter dem Aspekt von Art. 27 ZGB . . 186
a. Bundesgerichtliche Rechtsprechung 186
b. Beurteilung durch die Lehre 188
9. Beurteilung von Unterhaltsvereinbarungen im Scheidungsverfahren . . . 189
10. Zwischenfazit – nachehelicher Unterhalt und güterrechtliche Folgen . . . 191
III. Zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft 192
1. Eheliche Perspektiven und nichteheliche Lebensgemeinschaft 192
2. Von der Registrierten Partnerschaft zur Regelung pluraler Familienformen 193
IV. Grenzen der Privatautonomie in familienrechtlichen Konstellationen i.w.S. 195
1. Beim güterrechtlichen Ausgleich und Verzicht auf den Vorsorgeausgleich 195
2. Bei der vertraglichen Unterhaltsregelung 196
3. Bezüglich nichtehelicher Lebensgemeinschaften 197
4. Liberalisierung der Scheidung – Scheidung ohne Gericht? 198
D. Privatautonomie und erbrechtliche Entwicklungen 201
I. Überblick und rechtshistorische Grundlagen 201

1. Entwicklung des Familienerbrechts und Testierfreiheit 201
2. Ziele der Erbrechtsreform von 1988 202
3. Bindung des Erblassers durch das Pflichtteilsrecht 203
4. Rechtsgeschäftliche Freiheit der Ehegatten 205
a. Privatautonomie und Testierfreiheit 205
b. Lebzeitige Schenkungen, Vermächtnisse und Erbeinsetzungen 206
c. Nutzniessung des Ehegatten am Nachlass 207
d. Erbrechtliche Stellung von nichtehelichen Lebenspartnern 208
e. Zwischenfazit – zunehmende erbrechtliche Flexibilisierung und Privatautonomie 208
II. Revisionsbestrebungen gemäss Vorentwurf zur Änderung des Erbrechts . . 210
1. Verkleinerung der gesetzlichen Pflichtteile 210
2. Stärkung der Entscheidungsautonomie 211
3. Zum Dilemma überlebender Ehegatte vs. Nachkommen 214
4. Frage des erbrechtlichen Einbezugs von faktischen Lebenspartnern . . . 215
5. Zwischenfazit – Tendenz in Richtung Verfügungsfreiheit 216
E. Privatautonomie und persönlichkeitsrechtliche Entwicklungen 217
I. Überblick 217
II. Recht auf informationelle Selbstbestimmung 217
1. Wirkung des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung zwischen Privaten 217
2. Privatrechtlicher Schutz auf informationelle Privatheit 218
3. Grundzüge der datenschutzrechtlichen Regelungen 220
III. Selbstbestimmungsrecht des Patienten 221
1. Einwilligung des Patienten zu medizinischen Behandlungen 221
2. Zum Selbstbestimmungsrecht am Lebensende 223
3. Behandlung von urteilsunfähigen Patienten 226
IV. Zum elektronischen Patientendossier 227
1. Einführung des elektronischen Patientendossiers 227
2. Inhalt des elektronischen Patientendossiers 228
3. Grundzüge und Anwendungsbereiche des elektronischen Patientendossiers 229
a. Eröffnung eines elektronischen Patientendossiers 229
b. Elektronisches Patientendossier und Datenschutzgesetz 231
4. Zwischenfazit – vorläufige Einschätzung des elektronischen Patientendossiers 233
F. Folgerungen 236

A. Einleitung

«Die Befugnis einer Partei, ohne Anlehnung an ein bestimmtes Gesetz oder sogar im Widerspruch zu dessen Wortlaut sich jemandem mit rechtlicher Wirkung zu verpflichten, wird heute allgemein *Privatautonomie* genannt».[1] In recht-

1 WERNER SCHERRER, Die geschichtliche Entwicklung des Prinzips der Vertragsfreiheit, in: Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 20, Basel 1948, S. 7. WEIMAR bezeichnet die Privatautonomie als eigentliches Fundament des Zivilrechts. Er weist darauf hin, dass das Zivilrecht, wie es aus dem gemeinen Recht hervorgegangen und in den grossen europäischen Kodifikatio-

licher Hinsicht bewirkte das Bekenntnis zur Privatautonomie eine *Subjektivierung* der Privatrechtsordnung, deren tatsächliche Relevanz allerdings stets umstritten war.[2] Ein Verbot der Privatautonomie müsste unweigerlich die völlige Aufhebung des Privatrechts zur Folge haben.[3] Der Anerkennung aller Menschen als Rechtssubjekte lag eine dynamische Dimension zugrunde, welche durch die ausdrückliche Einräumung einer entsprechenden Gestaltungsfreiheit zu ergänzen war.[4] Als «Privatautonomie» bezeichnet, d.h. als «Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den Einzelnen nach eigenem Willen», wurde sie möglicherweise als gar nicht weiter auffallende Selbstverständlichkeit hingenommen, weil sie der Logik des Marktes entstammte.[5]

Soweit Bestimmungen des Privatrechts zur Anwendung gelangen, ist nach heutigem Rechtsverständnis jedermann grundsätzlich befugt, seine Beziehungen zu Dritten nach eigenem Belieben zu regeln, ohne durch gesetzliche Vorschriften in irgendeiner Weise gebunden zu sein.[6] Die staatliche Einmischung beschränkt sich in der Regel darauf, im Sinne von dispositivem Recht ergänzende Bestimmungen aufzustellen, welche dann zur Anwendung gelangen, wenn die Parteien es unterlassen haben, im gegenseitigen Einverständnis eine Regelung nach ihrem Ermessen zu treffen, oder sofern diese lückenhaft und unvollständig ausgefallen ist.[7] Für die rechtsanwendenden Instanzen, welche privatrechtliche Streitigkeiten zu entscheiden haben, führt dies dazu, dass sie ihren Entscheidungen nicht nur Gesetzesbestimmungen zu Grunde zu legen haben,

---

nen – auch im schweizerischen Zivilgesetzbuch – niedergelegt ist, keine aus Geboten und Verboten bestehende Zwangsordnung darstellt; es baut vielmehr auf die Fähigkeit des Einzelnen, seine privaten Verhältnisse selbst zu ordnen, und gibt ihm die Möglichkeit dazu; vgl. PETER WEIMAR, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. III: 1. Abteilung: Die Erben, 1. Teilbd.: Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungsfähigkeit (Art. 457–516 ZGB), Bern 2009 (zit. BK-WEIMAR), Einführung, N. 4.

2 PIO CARONI, Privatrecht im 19. Jahrhundert: eine Spurensuche, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. 1, Teilbd. 1, Basel 2015 (zit. CARONI), S. 141. Allerdings wird geltend gemacht, dass nur solange die Privatautonomie anerkannt wird, sich ein besonderes Privatrecht in einen Gegensatz zum *ius publicum* stellen lässt; vgl. auch SCHERRER (Fn. 1), S. 7; vgl. ferner PETER LANDAU, Europäische Rechtsgeschichte und kanonisches Recht im Mittelalter, Ausgewählte Aufsätze aus den Jahren 1967 bis 2006, Badenweiler 2013, S. 295.

3 SCHERRER (Fn. 1), S. 7 m.w.H. Im autoritär regierten Staat, der das Leben der Einzelnen möglichst weitgehend durch Gebote und Verbote zu regeln sucht, wird im Allgemeinen der Privatautonomie nur ein geringer Spielraum eingeräumt; vgl. ferner die weiterführenden Werke zit. bei SCHERRER (Fn. 1), S. 7, Fn. 2.

4 CARONI (Fn. 2), S. 141.

5 Vgl. CARONI (Fn. 2), S. 141, unter Hinweise auf die klassische Umschreibung von WERNER FLUME, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages 1860–1960, Bd. 1, Karlsruhe 1960, S. 135 ff., S. 136.

6 So bereits SCHERRER (Fn. 1), S. 7. Vgl. auch statt vieler CLAIRE HUGUENIN/BARBARA MEISE, Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, N. 2 zu Art. 19/20 OR.

7 SCHERRER (Fn. 1), S. 7 m.w.H. Dass für das Privatrecht das ius dispositivum charakteristisch ist, während das öffentliche Recht ausschliesslich aus Regeln des ius cogens besteht, hat vor allem BURCKHARDT immer wieder hervorgehoben, vgl. WALTER BURCKHARDT, Die Einführung in die Rechtswissenschaft, Zürich 1939, S. 138 f.

sondern sie müssen in erster Linie das berücksichtigen, was die Parteien privatautonom durch ihre Willensäusserungen als für sie massgebend erklärt haben.[8]

Die Privatautonomie ist allerdings nicht ohne ihre *Schranken* denkbar.[9] Ihre Begründung findet sich im Interesse des Gesamtwohls, «sei es, dass dem Einzelnen aus ethischen Gründen nur das zu tun oder zu verlangen gestattet wird, was den sittlichen Anschauungen der Mehrheit der Privatrechtssubjekte entspricht».[10] Der Umfang und auch die Begründung für die Schranken *im Einzelfall* haben sich im Laufe der Zeit immer wieder gewandelt.[11] Deshalb erscheint es naheliegend, die Privatautonomie einleitend in ihren geschichtlichen Entwicklungen zu skizzieren und dabei die Frage ins Zentrum zu stellen, welches ihre jeweiligen Grundlagen und Begründungen sind, auf welche sich der Gesetzgeber stützt, um die massgebenden Grundsätze für die Privatautonomie wie auch gleichzeitig ihre Grenzen festzulegen. Von besonderem Interesse erscheint zudem der Aspekt der neuen und neuesten Entwicklungen in einigen ausgewählten Rechtsbereichen des Privatrechts bezüglich der Frage der Privatautonomie. Inwiefern die Privatautonomie durch die aktuelle Rechtsentwicklung eher gestärkt oder umgekehrt geschwächt wurde, soll anhand von aktuellen Beispielen aus dem Privatrecht untersucht werden. Dabei soll insbesondere beleuchtet werden, inwiefern die Gefahr einer Ausbeutung des wirtschaftlich Schwächeren durch den Stärkeren eine Rolle spielt.[12] Schliesslich soll untersucht werden, an welchen Zielen und Wertungen sich der heutige Gesetzgeber orientiert, wenn er Einschränkungen – bzw. umgekehrt Erweiterungen – der Privatautonomie bei Gesetzgebungsprojekten vornimmt.

Das rechtliche und gesetzgeberische Umfeld, in welchem sich die Privatautonomie heute zu behaupten hat, ist ein anderes als vor rund 90 Jahren, als dieses Thema vom Schweizerischen Juristenverein aufgegriffen wurde. Im Jahre 1936 wies HAAB in seiner Basler Rektoratsrede auf die zahlreichen Einbrüche in die Pri-

---

8 SCHERRER (Fn. 1), S. 7.

9 Vgl. dazu CARONI (Fn. 2), S. 142, welcher zeigt, dass bereits aus dem normativen Kontext mit aller Deutlichkeit hervorgeht, dass die Anerkennung eines privatautonomen Gestaltungsrechts unmöglich als Rückzug oder Kapitulation des Staates gegenüber der Marktteilnehmergesellschaft gelten könne.

10 SCHERRER (Fn. 1), S. 7 m.w.H. Über den Einfluss der Moral auf die Rechtsnormen vgl. insbesondere GEORGES RIPERT, La règle morale, nos. 23 ff.; AUGUST SIMONIUS, lex facit regem, S. 78 ff.; EUGEN HUBER, Recht und Rechtsverwirklichung, S. 61 ff. (alle Werke zit. nach SCHERRER [Fn. 1], S. 8, Fn. 3).

11 Vgl. CARONI (Fn. 2), S. 129 ff.

12 Vgl. CARONI (Fn. 2), S. 143, welcher hinsichtlich des wirtschaftlichen Kontextes darauf hinweist, womit aufgrund des faktischen Drucks einzelne Parteien nicht nur bei krasser Imparität, sondern generell, als Folge des Effizienzgebotes zu rechnen hatten: «Es kam demnach vor, dass dem Einzelnen die näheren Bedingungen seines Wirtschaftens diktiert, gar regelrechte Ausübungspflichten aufgehalst wurden (...). In solchen Fällen klafften aber Welten zwischen obiger Annahme – wonach Belieben das Subjekt zum Gesetzgeber in eigener Sache machen würde – und der Wirklichkeit. Umso näher rückt daher die Frage, wann, wo und für wen in der Vergangenheit zwischen Privatautonomie und Selbstverwirklichung je eine kausale Kette zu erkennen war.»

vatautonomie hin und sprach sich eingehend über die Gefahren aus, welche das damalige Krisenrecht für den freien Geschäftsverkehr und für die Rechtssicherheit bedeutete. Bald darauf widmete der Schweizerische Juristenverein dem gleichen Problem seine Aufmerksamkeit, indem anlässlich der ordentlichen Versammlung des Vereins eine einstimmig gefasste Resolution zuhanden der eidgenössischen Räte verabschiedet wurde, wonach «die unbedingt erforderlichen Noterlasse des Bundes so wenig als möglich das Zivilrecht beeinträchtigen sollten».[13]

Nach einem ersten Kapitel zur Entwicklung der Privatautonomie, basierend auf einigen rechtshistorisch bedeutsamen Aspekten (Kap. B.), wird die Privatautonomie anschliessend im Hinblick auf die aktuellen Entwicklungen der letzten Jahre und die gegenwärtigen Tendenzen dargestellt. Das nachfolgende Kapitel wendet sich zunächst den familienrechtlichen Entwicklungen und grundsätzlichen Fragestellungen, wie den Ausprägungen der Privatautonomie bei der Abfassung von Eheverträgen und Scheidungskonventionen, zu (Kap. C.). Anschliessend werden die Entwicklungen im Bereich des Erbrechts der letzten Jahre sowie im Hinblick auf die gegenwärtig laufende Erbrechtsrevision untersucht (Kap. D.). Schliesslich werden die Ausprägungen und Entwicklungen in einigen ausgewählten aktuellen Bereichen des Personenrechts in einem weiteren Sinne beleuchtet. So werden Fragen und Auswirkungen rund um das informationelle Selbstbestimmungsrecht (I.), das Selbstbestimmungsrecht am Lebensende (II.), die Behandlung von urteilunfähigen Patientinnen und Patienten (III.) sowie das elektronische Patientendossier (IV.) unter dem Aspekt der Privatautonomie untersucht.

B. Grundzüge der Privatautonomie in der Privatrechtsordnung

I. Geschichtliche Entwicklung der Privatautonomie

1. Anfänge der Vertragsfreiheit

Die Entwicklung der Privatautonomie ist eng verflochten mit der geschichtlichen Entwicklung des Prinzips der Vertragsfreiheit.[14] Besondere Vorschriften über die Befugnis der einzelnen Individuen, beliebige Verträge unter sich abschliessen und dabei den Vertragspartner frei wählen zu können, hat weder das germanische Recht noch das römische Recht gekannt. Solche waren zudem wegen des anfänglich sehr bescheidenen Handelsverkehrs und der auf wenige Personen beschränkten bürgerlichen Freiheit entbehrlich. Allerdings brachte die Entwicklung der Städte allmählich eine Vermehrung derjenigen Personen,

13 Scherrer (Fn. 1), S. 49 m.w.H.; vgl. ferner Karl Oftinger, Die Vertragsfreiheit, in: Festgabe zur Jahrhundertfeier der Bundesverfassung, Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht, Zürich 1948 (zit. nach Scherrer [Fn. 1], S. 7); vgl. ferner Eric Homburger, Handels- und Gewerbefreiheit und Vertragsfreiheit, Zürcher Diss. 1948, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Heft 145 (zit. nach Scherrer [Fn. 1], S. 7, Fn. 95).

14 Dazu ausführlich Scherrer (Fn. 1), S. 7 ff.

die miteinander in geschäftliche Beziehungen treten wollten.[15] Zu einer faktisch uneingeschränkten Abschlussfreiheit fehlten jedoch die Voraussetzungen, denn infolge des Zunftsystems verblieb die Mehrzahl der Gewerbe in den Händen einer bevorzugten Kategorie der in der Stadt ansässigen Bürger. Man war somit – namentlich bei der Wahl seines Gegenkontrahenten bei den Geschäften des täglichen Lebens – keineswegs frei.[16]

2. *Konsensualprinzip*

a. *Von der eidlichen Erklärung zur Stipulation*

Das Konsensualprinzip war dem frühen Mittelalter noch fremd. GIERKE vertrat zwar die Meinung, dass schon im ältesten germanischen Recht jedes formlose Versprechen eine vertragliche Verpflichtung begründen konnte, dass aber kein – auf dem Wege des Prozesses und der Zwangsvollstreckung – durchsetzbarer Anspruch bestand, sofern die *erforderliche Form* beim Abschluss nicht beobachtet worden war.[17] Im Übrigen sind bereits im germanischen Recht die verschiedensten Formen für Verträge benützt worden.[18] Vor allem spielte die eidlich abgegebene Erklärung vor Zeugen oder vor Gericht eine bedeutende Rolle. Daneben waren andere äussere Kundgebungen üblich, wie etwa die Hergabe des Gottespfennigs oder der Handschlag.[19]

---

15 Vgl. CARONI (Fn. 2), S. 141, welcher darauf hinweist, dass privaten Rechtsträgern jeweils bloss vereinzelt und weisungsgebundene Befugnisse zugestanden wurden, deren Ausübung zwingenden Vorgaben bzw. genau umschriebenen und nicht selten ethischen Zielen zu entsprechen hatten. Vgl. dazu ferner SCHERRER (Fn. 1), S. 17 f.

16 Im Schatten des übergeordneten und wachsamen Polizeirechts des absoluten Staates vegetierte das Privatrecht dahin. Im bürgerlichen Zeitalter kehrte sich dann dieses Verhältnis um, weil die neueren Gesetzbücher dem «zum Rechtssubjekt beförderten Menschen bisher unvorstellbare Entfaltungsräume anboten, die der Einzelne erstmals ganz nach Wunsch belegen durfte»; CARONI (Fn. 2), S. 141; vgl. ferner SCHERRER (Fn. 1), S. 18 m.w.H. Früher wirkte sich der Zunftzwang insbesondere auf die Geschäfte des täglichen Lebens aus (wie etwa auf Kauf, Werkvertrag und Arbeitsverträge). Wenn dem Käufer im Allgemeinen nur die in einer Zunft organisierten Händler als Vertragsparteien zur Verfügung standen, so wurde andererseits dem Bedürfnis nach einem möglichst grossen Angebot an Waren auf den in zahlreichen Städten periodisch abgehaltenen Messen und Märkten Rechnung getragen. Für sie galt im Allgemeinen ein freieres Recht, das mit zur Entwicklung des modernen Handels beitrug; vgl. dazu LEVIN GOLDSCHMIDT, Universalgeschichte des Handelsrechts, S. 158 ff., 220, 240; PAUL REHME, in: Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts I, S. 84 ff., 123 ff., 149; JOSEPH HAMEL, Crédits bancaires internationaux, RCAH 1939 I (t. 51), S. 212–218; RUDOLPH SOHM, Die Entstehung des deutschen Städtewesens, Festschrift für Wetzel (1890), S. 88–90 (alle zit. nach SCHERRER [Fn. 1], S. 18, Fn. 36).

17 SCHERRER (Fn. 1), S. 18; vgl. ferner OTTO VON GIERKE, Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht, Aalen 1969 (zit. VON GIERKE, Schuld und Haftung), S. 18 und 119 ff.; OTTO VON GIERKE, Deutsches Privatrecht, Bd. III, Leipzig 1917, S. 325 (beide zit. nach SCHERRER [Fn. 1], S. 19, Fn. 38).

18 SCHERRER (Fn. 1), S. 19.

19 SCHERRER (Fn. 1), S. 19; vgl. LOUIS CARLEN, Rechtsgeschichte der Schweiz, Eine Einführung, 3. Aufl., Bern 1988, S. 51; HENRI LEGRAS-HERM, Grundriss der Schweizerischen Rechtsgeschichte, Zürich 1935, S. 215 f.

Unter dem Einfluss des römischen Rechts entwickelt sich im Mittelalter mit der Zeit die *Stipulation* zur normalen Vertragsform, und zwar in der Ausgestaltung, die sie im Justinianischen Recht erfahren hatte.[20] Danach wird weniger auf die Tatsache des mündlichen Austausches von Frage und Antwort das Gewicht gelegt als auf die Beibringung einer Urkunde, in welcher die Obliegenheit des Schuldners bei Vertragsschluss protokollarisch niedergelegt wurde.[21] An der Idee der persönlichen Zusammenkunft der beiden Vertragsparteien beim Vertragsschluss wird in der Regel weiterhin festgehalten, denn dass sie im Moment der gegenseitigen Abmachung persönlich anwesend gewesen sind und miteinander mündliche Erklärungen ausgetauscht haben, wird im Ingress der Urkunde jeweils besonders hervorgehoben.[22]

b. Zu den schriftlichen und formlosen Vertragsformen

In der Praxis wurden Verträge allmählich immer häufiger rein schriftlich abgefasst; für gewisse Geschäfte wird die Protokollierung der gegenseitigen Abmachungen beim Gericht als Gültigkeitserfordernis stipuliert. Daraus entwickelte sich mit der Zeit der notarielle Vertrag.[23] In Handelssachen pflegte man im Allgemeinen von Formalitäten abzusehen; unter Kaufleuten erzeugten auch rein mündliche oder auf dem Korrespondenzweg getroffene Abmachungen

---

20 Die Stipulation war insbesondere deshalb für die Entwicklung der Vertragsfreiheit bedeutsam, weil in der streng geregelten Form der Stipulation sehr viele Vertragsinhalte möglich wurden. Die Stipulation war ein Formalvertrag mit unbestimmtem Inhalt, weshalb sie ein Element auf dem langen Weg der Entwicklung der Privatautonomie darstellte, die dem römischen Recht vollkommen fremd blieb.

21 Scherrer (Fn. 1), S. 19; vgl. ferner Salvatore Riccobono, La forma della stipulazione, Bull. ist. dir. Rom., 1921, S. 29 ff.; Francesco Brandileone, La stipulatio nell'età imperale romana e durante il medioevo, Riv. di storia del dir. it., vol. 1 (1928), S. 7 ff. und 270 ff.; Romualdo Trifone, La stipulatio nella dottrina dei glossatori, Studi in onore di Enrico Besta, vol. 1, 1937/1939, S. 173 ff.; sowie Emilio Bussi, La formazione dei dogmi, 1938, S. 247 ff. und Enrico Besta, Le obbligazioni nella storia del diritto italiano, Padova 1936, S. 113 ff. (alle Werke zit. nach Scherrer [Fn. 1], S. 19, Fn. 40).

22 Scherrer (Fn. 1), S. 19; vgl. ferner Riccobono (Fn. 21), S. 29 ff.; Brandileone (Fn. 21), S. 7 ff. und 270 ff.; Trifone (Fn. 21), S. 173 ff.; sowie Bussi (Fn. 21), S. 247 ff. und Besta (Fn. 21), S. 113 ff.

23 Scherrer (Fn. 1), S. 20 m.w.H. Der notarielle Vertrag wurde neben der gerichtlichen Fertigung vor allem bei Grundstückkäufen vorgeschrieben; vgl. Henri Legras-Herm, Grundriss der Schweizerischen Rechtsgeschichte, Zürich 1935, S. 219; Hans Planitz, Grundzüge des deutschen Privatrechts, S. 14; Helmut Coing, Die Rezeption des römischen Rechts, Frankfurt a.M. 1939, S. 82 ff.; Eugen Huber, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, Bd. IV, S. 701 ff. und 836 ff.; Justus Wilhelm Hedemann, Fortschritte des Zivilrechts, Bd. II, 2. Hälfte, S. 5 ff. Auch in Basel war die gerichtliche Insinuation der Verträge über Liegenschaften von alters her üblich gewesen; vgl. die Stadtgerichtsordnung von 1719, 2. Buch Titel IX «Über die Auskündigung, wie sie bei Kauf und Verkauf liegender Güter vorgenommen wird»; vgl. Johannes Schnell, Rechtsquellen von Basel, Bd. I, S. 845. Über die beim Grundstückkauf zu beachtenden Formvorschriften in den kantonalen Rechten vgl. Eugen Huber, System und Geschichte, Bd. III, S. 207 ff. (alle Werke zit. nach Scherrer [Fn. 1], S. 20, Fn. 42).

volle Wirksamkeit.[24] In einigen deutschen Städten scheint sich bereits im 13. Jahrhundert der Grundsatz der Klagbarkeit formlos eingegangener Schuldverträge durchgesetzt zu haben. In den Stadtrechten der deutschen Schweiz lässt sich vom 15. Jahrhundert an eine analoge Entwicklung beobachten.[25]

c. *Einflüsse des kanonischen Rechts*

Ein weiterer Grund für die allmähliche Ausbildung des Konsensualprinzips lässt sich in der katholischen Kirche und ihren Rechtslehren finden.[26] Nach katholischer Lehre war derjenige, der einem anderen etwas verspricht, ganz gleichgültig in welcher Form dies geschieht, verpflichtet, sein Versprechen einzuhalten; verweigert er die Erfüllung, begeht er eine Sünde und hat die Konsequenzen religiöser Natur zu tragen.[27] Die kirchlichen Instanzen hatten die Möglichkeit, mittels des Drohmittels der Exkommunikation gegen wortbrüchige Schuldner vorzugehen.[28] Die von den Kanonisten im Laufe des 12. Jahrhunderts aufgestellte Lehre von der Verbindlichkeit *jeder Vereinbarung* ohne Rücksicht auf deren äussere Form, befand sich dabei in einem offenen Gegensatz zu den Quellen des römischen Rechts.[29]

---

24 Scherrer (Fn. 1), S. 20.

25 Scherrer (Fn. 1), S. 20 m.w.H. In den Curiae mercatorum, d.h. den für Marktsachen in einzelnen Städten zuständigen besonderen Gerichten scheint – wie aus den Schriften der Postglossatoren – hervorzugehen, wie mit der Zeit das formlose Versprechen geschützt worden ist; vgl. hierzu Lothar von Seuffert, Zur Geschichte der obligatorischen Verträge, S. 52 ff. und 86 ff. Zur Entwicklung in den Gebieten des deutschen Rechts vgl. namentlich von Gierke, Schuld und Haftung (Fn. 17), S. 213 ff., welcher die Auffassung vertritt, dass in Deutschland bereits vom 13. Jahrhundert an Verträge formlos gültig gewesen sind. Dabei seien nicht etwa die von alters her üblichen Formen wie Treuegelöbnis und Eid oder die Übergabe des Gottespfennigs mit einem Schlage verschwunden, sondern nach wie vor im Verkehr verwendet worden. Allmählich wären sie dann jedoch von der Urkunde verdrängt worden. In den schweizerischen Kantonen waren erst in späterer Zeit formlos abgeschlossene Verträge als gültig anerkannt worden und nur über den Umweg, dass man verlangte, dass der Gläubiger eine auf solchem Wege begründete Verpflichtung zuerst gerichtlich feststellen liess, bevor er zur Exekution gegen den Schuldner schreiten konnte (vgl. dazu Scherrer [Fn. 1], S. 24, Fn. 50 sowie S. 20, Fn. 43 m.w.H.).

26 Siehe dazu Scherrer (Fn. 1), S. 20 f.

27 Scherrer (Fn. 1), S. 20.

28 Scherrer (Fn. 1), S. 21.

29 Die Stipulation war ein Formalvertrag mit unbestimmtem Inhalt, weshalb sie als ein Element auf dem langen Weg der Entwicklung der Privatautonomie gesehen werden kann, die dem römischen Recht allerdings vollkommen fremd blieb. Das kanonische Recht brachte einen weiteren Fortschritt, indem jede Vereinbarung grundsätzlich möglich wurde; vgl. ferner Scherrer, S. 21. Im Bereich des Erbrechts lässt sich im römischen Recht bereits die Entwicklung des *formlosen Testaments* nachzeichnen. Die Betrachtung der verschiedenen Rechtsschichten des römischen Testamentrechts lässt eine Entwicklung von strenger Formgebundenheit hin zur Formfreiheit erkennen: «Während das Testament des *ius civile* – sei es als öffentliches Testament, sei es als Manzipationstestament – nur als formgebundener Akt vorstellbar ist, verzichtet bereits das *ius praetorium* auf das Errichtungsritual und ersetzt dieses durch die von sieben Zeugen besiegelte schriftliche Erklärung»; vgl. Ulrike Babusiaux, Wege zur Rechtsgeschichte: römisches Erbrecht, 1. Aufl., Köln 2015, S. 192. Ausgangspunkt für diese grundlegende Modifikation des rö-

3. *Zur Entwicklung der Formfreiheit*

Im Laufe des 17. Jahrhunderts verbreitet sich allmählich die Lehre von der Klagbarkeit von formlosen Versprechen.[30] So dringt die Formfreiheit mit der Zeit in allen schweizerischen Kantonen durch, so anfänglich v.a. in Bern; sogar in der besonders stark vom römischen Recht beeinflussten Basler Gerichtsordnung von 1719 wird sie verankert.[31] Das Zürcherische Privatrechtliche Gesetz vom Jahre 1856 hält in § 119 klar fest: «In der Regel bedarf es zur Gültigkeit und Klagbarkeit von Verträgen keiner besonderen Form; es genügt, dass der beidseitige Wille in verbindlicher Weise erklärt sei.»[32]

Die Dogma der grundsätzlichen Formfreiheit und das Konsensualprinzip wurden von der geltenden Privatrechtsordnung bald nirgends mehr in Frage gestellt.[33] Es bedürfen nur noch diejenigen Verträge einer besonderen Form, für welche im Gesetz ausdrücklich ein entsprechender Vorbehalt gemacht worden ist.[34] Gewisse Rechtsordnungen wie die romanischen Rechte haben allerdings die Idee der Beweisform aus dem Ancien Régime übernommen, indem sie die Parteien (wenn sie keine Kaufleute sind) indirekt zwingen, alle ihre Abmachungen schriftlich zu fixieren.[35] Andernfalls riskieren sie, dass ihre Ansprüche vom Gericht abgewiesen werden, weil sie nicht in der Lage sind, ihre Klagebegehren auf eine Urkunde zu stützen.[36] Das schweizerische ZGB hat dagegen die Aufstellung von besonderen Beweisvorschriften ausdrücklich verboten.[37]

---

mischen Testaments durch das Kaiserrecht war die Schaffung von besonderen Verfahren der kaiserlichen Gerichtsbarkeit. Im Rahmen dieser besonderen Gerichtbarkeit räumte zunächst Kaiser Augustus (27 v.Chr.–14 n.Chr.) formellen Zusätzen zum Testament (Kodizillen) und formlosen letztwilligen Verfügungen (Fideikommissen) Verbindlichkeit ein; vgl. BABUSIAUX (a.a.O.), S. 177. Schon unter Julius Caesar (100–44 v.Chr.) wurden Soldaten bei der Testamentserrichtung privilegiert. So war es den Soldaten erlaubt, in jeglicher Form zu testieren. Als Grund für den Verzicht auf jegliches Formerfordernis nennen die Kaiser das Unwissen und die fehlende Erfahrung der Soldaten für die richtige Errichtung von Testamenten; vgl. BABUSIAUX (a.a.O.), S. 184. Auch hinsichtlich der inneren Form der Testamentserrichtung bestand ein Sonderrecht für Soldaten. Diese konnten Vor- und Nacherbschaften anordnen und die Erbfolge nach Zeit oder Bedingung aufteilen; vgl. BABUSIAUX (a.a.O.), S. 187.

30 SCHERRER (Fn. 1), S. 22. m.w.H. So anerkennen auch mehrere Partikularrechte, so z.B. das Freiburger Stadtrecht, das Württemberger Landrecht und der Codex Maximilianeus in Bayern ausdrücklich die Verbindlichkeit aller in irgendeiner Form abgegebenen Versprechen.

31 SCHERRER (Fn. 1), S. 22 f. m.w.H. Vgl. ferner Ziff. 419 der Basler Gerichtsordnung 1719.

32 SCHERRER (Fn. 1), S. 23 m.w.H.

33 Bezüglich des Konsensualprinzips vgl. SCHERRER (Fn. 1), S. 34.

34 SCHERRER (Fn. 1), S. 34; siehe auch INGEBORG SCHWENZER, Basler Kommentar Obligationenrecht I, Kommentar zu Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK OR I-SCHWENZER), N. 1 f. zu Art. 11 OR; HERMANN BECKER, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–183 OR, Bern 1945 (zit. BK-BECKER), N. 2 zu Art. 11 OR.

35 SCHERRER (Fn. 1), S. 34.

36 SCHERRER (Fn. 1), S. 34.

37 SCHERRER (Fn. 1), S. 35. m.w.H. Über die Gründe zur Einführung des uneingeschränkten Prinzips der Formlosigkeit von Verträgen und zur Ablehnung des französischen Systems durch den schweizerischen Gesetzgeber gibt bereits die bundesrätliche Botschaft zum alten Obligationen-

4. *Zur Entwicklung der Freiheit des Vertragsinhaltes und der Vertragstreue*

Die Lehre von der Freiheit des Vertragsinhalts und von der Vertragstreue war im Laufe der Jahrhunderte verschiedenen Einflüssen ausgesetzt. So hat das germanische Recht ein besonderes Gewicht darauf gelegt, dass der Schuldner seiner Leistungspflicht dem Gläubiger gegenüber vollständig nachkommt, auch wenn er nötigenfalls mit seinem Leben dafür einzustehen hat.[38] Der Vertrag zu Gunsten Dritter war im germanischen Recht anerkannt.[39] Auch liess man zu, dass der Erblasser über sein Vermögen letztwillig verfügen durfte, indem er sogar gegenseitige Abmachungen mit seinen mutmasslichen Erben treffen konnte.[40]

Was die Entwicklung der Inhaltsfreiheit betrifft, so ist diese grundsätzlich seit längerem anerkannt, jedoch mit den schon im römischen Recht bestehenden Schranken.[41] In den einzelnen Rechtsordnungen weichen die Bestimmungen in gewissem Masse voneinander ab.[42]

---

recht Auskunft (siehe BBI 1880 I 176 ff); vgl. dazu auch die Hinweise bei SCHERRER (Fn. 1), S. 35, Fn. 72.

38 SCHERRER (Fn. 1), S. 24.

39 Der Vertrag zugunsten Dritter war dem römischen Recht nicht bekannt. Hingegen kannte das römische Recht das Testament; vgl. zur testamentarischen Erbfolge im römischen Recht BABUSIAUX (Fn. 29), S. 139 ff. Demgegenüber ging die germanische Tradition von der völligen Gebundenheit («Verfangenheit») aus. Siehe dazu BABUSIAUX (Fn. 29), S. 232: Im *ius civile* stand der Schutz der Hauserben als Teilhaber am Familienvermögen im Vordergrund. Gleichzeitig wurde die Testierfreiheit – verstanden als inhaltliche Gestaltungsfreiheit – hochgehalten. Die Vorgaben an den Erblasser betrafen vor allem die Form der Erbeinsetzung und der Enterbung. Dem *ius praetorium*, das ebenfalls an der Förmlichkeit für die Wirksamkeit der Enterbung festhält, lag ein verändertes Familienmodell zugrunde, und gleichzeitig war die Tendenz erkennbar, die verschiedenen Interessen der zivilen wie prätorischen Erben zum Ausgleich zu bringen. Hinzu kam eine auf der sittlichen Gesinnung des Erblassers abstellende Betrachtung in der *querela inofficiosi testamenti*. Die verstärkte sittliche Kontrolle der erblasserischen Motive durch die kaiserliche Gerichtsbarkeit entsprach einem verstärkten staatlichen Zugriff auf das Erbrecht; vgl. dazu ausführlich BABUSIAUX (Fn. 29), S. 195 ff.

40 Darauf gestützt entwickelte sich das Institut des Erbvertrages; vgl. SCHERRER (Fn. 1), S. 25 m.w.H.

41 Vgl. Art. 19 und 20 OR. Zu verweisen ist ferner auf Art. 27 ZGB. Verträge sind demzufolge nichtig, wenn damit die freie Ausübung des Persönlichkeitsrechts eingeschränkt werden soll. Die Auffassung über die Sittlichkeit vertraglicher Leistungen hat sich im Laufe der Zeit gewandelt. Im Sachenrecht etwa ergeben sich bei der Begründung beschränkter dinglicher Rechte Einschränkungen der Vertragsfreiheit durch das Prinzip des Numerus clausus. Danach sind nur bestimmte Rechte (Dienstbarkeiten, Grundlasten und Pfandrechte) mit dem im Gesetz umschriebenen Inhalt möglich; so musste z.B. die Grundlast von den wirtschaftlichen Bedürfnissen des herrschenden Grundstücks abhängig sein. Untersagt war jeweils seit dem ursprünglichen ZGB die Verfallklausel *(lex commissoria)* im Pfandvertrag. Sodann haben die Lehren der Kanonisten, der Glossatoren und Postglossatoren sowie der Naturrechtler auf verschiedene Bestimmungen des Vertragsrechts eingewirkt.

42 So sind die ausdrücklich verbotenen Rechtsgeschäfte oder die Vertragsklauseln, welche gerichtlich ungültig erklärt werden, je nach Rechtsordnung in ihren Einzelheiten verschieden; vgl. dazu im historischen Kontext SCHERRER (Fn. 1), S. 36, mit entsprechenden Beispielen auf S. 36 f.

Unterschiede in den einzelnen Rechtsordnungen lassen sich etwa bei der Begründung von dinglichen Rechten feststellen.[43] Der Code civil hat das Konsensualprinzip mit dinglicher Wirkung eingeführt. In anderen Rechtsordnungen hingegen war man restriktiver.[44] Den Parteien wurde die Möglichkeit genommen, von der vorgeschriebenen Handlung abzusehen oder durch privatrechtliche Vereinbarung darauf zu verzichten.[45] Nach den Vorschriften des Code civil hingegen hatte bereits der Vertragsschluss die Wirkung, dass durch den blossen Konsens der Parteien auch bereits dingliche Rechte in der Person des Erwerbers zur Entstehung gelangt sind, und zwar gemäss dem Grundsatz: «L'accord des volontés suffit pour transférer la propriété des choses, objets du contract.»[46]

II. Schranken der Privatautonomie

1. Historische Entwicklung

Zur Entwicklung des modernen Schuldrechts trugen verschiedene Faktoren bei, so insbesondere die Lehren der katholischen Kirche und die Ideen des Naturrechts, welche einen wesentlichen Beitrag leisteten.[47] Aus dem römischen Recht wurden dabei insbesondere die allgemeinen Schranken der Vertragsfreiheit übernommen.[48] Die Befugnis einer Partei, beliebige Geschäfte abzuschliessen und sich dabei einen geeigneten Partner auszusuchen, kann als Korrelat der Handels- und Gewerbefreiheit verstanden werden, zu deren Anerkennung man im Anschluss an die Verkündigung der Menschenrechte in Frankreich im Jahre 1789 in den meisten europäischen Staaten gelangt ist.[49]

---

43 So hat der Code civil die Wirkungen der Verträge in Abweichung vom römischen und germanischen Recht neu gestaltet; vgl. SCHERRER (Fn. 1), S. 37.

44 Soll durch ein Rechtsgeschäft ein dingliches Recht begründet, aufgehoben oder inhaltlich abgeändert werden, so genügt im allgemeinen der Vertragsschluss als solcher noch nicht, damit die beabsichtigte Wirkung eintritt. Es ist hierzu aus Publizitätsgründen noch eine besondere, äusserlich wahrnehmbare Handlung nötig, welche in der Übertragung des körperlichen Besitzes oder der Eintragung in ein öffentliches Register bestehen kann; vgl. SCHERRER (Fn. 1), S. 37.

45 SCHERRER (Fn. 1), S. 37 f.

46 Die Naturrechtler hatten bereits postuliert, dass der Eigentumsübergang durch den Vertragsabschluss bewirkt werden könne; vgl. dazu SCHERRER (Fn. 1), S. 38 m.z.H. (insbesondere in Fn. 79).

47 SCHERRER (Fn. 1), S. 26.

48 Demnach gilt jede Vereinbarung als ungültig, wenn sie einen unmöglichen Inhalt aufweist oder wenn sie gegen Gesetzesvorschriften verstösst oder ganz allgemein mit den Anschauungen der Sittlichkeit und der öffentlichen Ordnung im Widerspruch steht; vgl. SCHERRER (Fn. 1), S. 26 m.w.H. Die Regeln über die Ungültigkeit im gemeinen Recht entsprechen denjenigen des römischen Rechts; vgl. BERNHARD WINDSCHEID/THEODOR KIPP, Pandekten §§ 81, 314/5; BESTA (Fn. 21), S. 22–23; vgl. ferner JEAN DOMAT, Lois civiles, lère partie 1. I tit. 1 sect. 4 art. 3 und 4 art. 3 und 4, sowie tit. 8 sect. 4 (des conventions illicites et malhonnêtes), welcher bspw. ausführt, dass die Parteien frei seien, den Inhalt ihrer Verträge nach Belieben festzusetzen, «pourvu qu'il n'y ait rien de contraire aux lois et aux bonnes moeurs». Von den alten kantonalen Rechten ist etwa der § 955 des Zürcherischen PBG hervorzuheben; vgl. dazu SCHERRER (Fn. 1), S. 26, m.z.H. in Fn. 54.

49 SCHERRER (Fn. 1), S. 33 m.w.H. Die Handels- und Gewerbefreiheit war in der «Déclaration des droits de l'homme et du citoyen» vom Jahre 1789 noch nicht ausdrücklich gewährleistet. Erst in

Für die Vertragsfreiheit wirkten sich insbesondere die immer häufiger werdenden staatlichen Monopole und die behördlichen Konzessionierungen einzelner Gewerbezweige dahin aus, dass der Einzelne zahlreiche Geschäfte des täglichen Lebens nicht mehr nach seinem Belieben abschliessen konnte.[50] Wenn die konzessionierten Betriebe den übrigen Privatpersonen gegenüber privilegiert erscheinen, so liegt gleichzeitig eine Beeinträchtigung der Kontraktionsfreiheit für sie vor, indem sie Anträge auf den Abschluss eines in ihren Geschäftskreis fallenden Vertrages nicht ablehnen dürfen.[51]

2. *Entwicklungen des Ehe- und Vertragsrechts*

Im Bereich des Eherechts wurden zudem gewisse Einschränkungen stipuliert. So konnten sich die Schutzvorschriften, welche das römische Recht zu Gunsten der Frauen «und anderer unerfahrener Leute aufgestellt hat», bis vor relativ kurzer Zeit im Familienrecht erhalten. So war es verheirateten Frauen verboten, ohne behördliche Genehmigung zu Gunsten ihres Ehemannes in irgendeiner Form zu interzedieren.[52] Verstiess eine Frau gegen dieses Verbot, so war ihre Verpflichtung schlechthin ungültig, und das Gericht hatte von Amtes wegen eine gegen sie gerichtete Klage des Gläubigers abzuweisen.[53]

Die zunehmende Tendenz zur Einschränkung der Formfreiheit wurde bereits in den 50er Jahren des letzten Jahrhunderts moniert.[54] Alle Verträge, welche die Veräusserung oder Belastung eines Grundstücks zum Gegenstand hatten, be-

---

der «Déclaration des droits de la Révolution» vom Jahre 1793 ist in Art. 17 folgende Bestimmung enthalten: «Nul genre de travail, de culture, de commerce, ne peut être interdit à l'industrie des citoyens»; vgl. dazu im Einzelnen SCHERRER (Fn. 1), S. 33 m.z.H. in Fn. 68. Gleichzeitig wird dieses Individualrecht in allen Rechtsordnungen – gewissermassen als Korrektiv – von gewissen Einschränkungen durchsetzt; vgl. SCHERRER (Fn. 1), S. 33.

50 So wurden etwa das Transportgeschäft, der Kauf von verschiedenen Gütern, gewisse Formen des Auftrags sowie der Versicherungsvertrag ganz bestimmten Berufskategorien vorbehalten; vgl. aus rechtsgeschichtlicher Perspektive SCHERRER (Fn. 1), S. 33 f. Vgl. dazu auch in neuerer Zeit RUTH ARNET, Freiheit und Zwang beim Vertragsabschluss: Eine Untersuchung zu den gesetzlichen Kontrahierungspflichten und weiteren Schranken der Vertragsabschlussfreiheit im schweizerischen Recht, Habilitationsschrift Basel 2006, Basel 2008, Rz. 539.

51 So sind etwa die konzessionierten Transportunternehmungen fast überall dem sog. Kontrahierungszwang unterworfen worden; vgl. aus rechtshistorischer Perspektive SCHERRER (Fn. 1), S. 34. Vgl. zur neuerer Zeit ARNET (Fn. 50), Rz. 471 ff. und 551 ff.

52 Das Interzessionsverbot stellt insofern etwas Besonderes dar, als dass es die Ehefrau davor schützte, für ihren Mann bürgen zu müssen. Es kann in dieser Bestimmung auch der Gedanke des Schutzes des Familienvermögens sowie der Schutz des Frauenvermögens bzw. des von ihr eingebrachten Vermögens gesehen werden.

53 Vgl. für das ältere Recht bereits SCHERRER (Fn. 1), S. 34 m.w.H.; vgl. Art. 177 Abs. 3 aZGB. Die Bestimmung war im ursprünglichen Gesetzesentwurf nicht enthalten, sondern wurde erst im Laufe der Beratungen in der Expertenkommission und im Parlament in Anlehnung an einzelne Bestimmungen kantonaler Rechte eingeführt.

54 Es sei nicht zu übersehen, dass in der Gesetzgebung wie auch im praktischen Rechtsleben solches immer mehr konstatiert werden müsse; vgl. aus einer rechtshistorischen Perspektive etwa SCHERRER (Fn. 1), S. 35.

dürften der öffentlichen Beurkundung.[55] Die Tatsache, dass alle Schenkungsversprechen entweder schriftlich oder sogar durch notarielle Erklärung abgegeben werden müssen, wird als weiterer Beleg hierzu angeführt: Zahlreiche andere Geschäfte, wie etwa die Miete und Pacht, der Dienstvertrag, der Versicherungsvertrag, das Darlehen und alle Bankgeschäfte, werden regelmässig in Urkunden niedergelegt, obwohl (teilweise zumindest) eine zwingende gesetzliche Vorschrift dafür fehlt.[56]

III. Begründungen für die Einschränkung der Privatautonomie

1. Sozialpolitisch motivierte Schutzvorschriften

Die Vertragsfreiheit wird durch zahlreiche zwingende Vorschriften eingeschränkt, welche die Parteien im Rechtsverkehr zu beachten haben. Der Gesetzgeber hat mit diesen – mehrheitlich sozialpolitisch motivierten – Schutzvorschriften zum Ausdruck gebracht, dass für gewisse Kontrakte, namentlich für Arbeitsverträge, die Privatautonomie im Interesse der schwächeren Partei zu beschränken ist.[57] So lässt sich in den letzten rund hundert Jahren in allen westlichen Staaten eine ähnliche Entwicklung feststellen, indem auf dem Gebiet des

---

55 In diesem Zusammenhang ist auch auf die neuste Revision des Immobiliarsachenrechts hinzuweisen: ZGB-Änderungen vom 11. Dezember 2009 (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht), in Kraft seit 1. Januar 2012.

56 Das schweizerische Recht kannte als hauptsächlichste Formen die einfache Schriftlichkeit und die öffentliche Beurkundung (nach Art. 11–15 OR und Art. 55 SchlT). Ob ein Vertrag einer dieser beiden Formen bedurfte, wurde jeweils in den dafür aufgestellten besonderen Bestimmungen näher geregelt. Dabei war die öffentliche Beurkundung immer als die strengere Form zu betrachten, welche nie durch die blosse Schriftlichkeit ersetzt werden konnte. Über die Formvorschriften im Einzelnen vgl. die Aufzählung bei Hugo Oser/Wilhelm Schönenberger, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911, Art. 1–183, 2. Aufl., Zürich 1929, N. 16–27 zu Art. 11 OR; zit. bei Scherrer (Fn. 1), S. 36, Fn. 76. Die romanischen Rechte waren im Allgemeinen zurückhaltender in der Aufstellung von Formvorschriften, weil sie das spezielle Erfordernis der Beweisformen aufgestellt hatten; vgl. zu dieser rechtshistorischen Perspektive Scherrer (Fn. 1), S. 35 m.w.H. in Fn. 72. Um den Vorschriften über die Beweisbarkeit von Verträgen zu genügen, stand es den Parteien frei, als Form entweder den «acte écrit sous seing privé» oder den «acte authentique» zu verwenden. In *Frankreich* gab es nur ganz wenige Formalverträge, bei welchen die Nichtbeachtung der Form die Ungültigkeit des Vertrages zur Folge hatte; so mussten das Schenkungsversprechen, der Ehevertrag und der Hypothekenbestellungsvertrag öffentlich beurkundet werden. Dagegen waren die Verträge über Grundstücke und Bürgschaften in Frankreich an keine Solemnitätsform gebunden. In *Italien* waren die Formvorschriften strenger; so bedurften namentlich alle Verträge über Grundstücke der Form der Schriftlichkeit oder der öffentlichen Beurkundung. Die gewillkürte Schriftlichkeit (nach Art. 16 aOR) hatte vor allem deshalb grosse Verbreitung gefunden, weil die Parteien sich vielfach für den Wortlaut des Vertragstextes vorgedruckter Formulare bedienten. Zu der in Frankreich an diese Erscheinung anknüpfende Lehre von den Contrats d'adhésion vgl. Scherrer (Fn. 1), S. 40, m.z.H. in Fn. 83 sowie S. 41.

57 Vgl. statt vieler Andreas Furrer/Markus Müller-Chen, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, S. 17.

Arbeitnehmerschutzes und der Sozialgesetzgebung das ursprünglich freie Vertragsrecht zurückgedrängt und durch eine ausführliche gesetzliche Umschreibung des zulässigen Vertragsinhalts ersetzt wurde.[58] In diesem Zusammenhang wurde von einer «Sozialisierung des Privatrechts» gesprochen.[59] Im französischen Recht hat man die Lehre von den sog. *contrats d'adhésion* entwickelt.[60] Deren Vertreter sind von der Auffassung ausgegangen, dass für eine schrankenlose Vertragsfreiheit die tatsächlichen Voraussetzungen nur dann vorhanden sind, wenn sich beide Kontrahenten wirtschaftlich in einer gleichwertigen und unabhängigen Lage befinden, sodass ein gegenseitiges Abwägen der Vor- und Nachteile die Grundlage für alle vertraglichen Beziehungen bilden kann.[61]

Weiter hat die einseitige Festlegung von Vertragsinhalten in diversen Branchen zu Formularverträgen und sog. Allgemeinen Geschäfts- bzw. Vertragsbedingungen geführt.[62] Die einseitige Festlegung des Vertragsinhalts geht in diesen Fällen bereits rein äusserlich daraus hervor, dass der mächtigere der beiden Kontrahenten der Gegenpartei ein gedrucktes, in grosser Auflage hergestelltes Formular vorlegt, welches alle Rechte und Pflichten enthält und vom Gegner lediglich unterzeichnet werden muss.[63]

Folgt man der Auffassung der Zurückdrängung des Prinzips der Vertragsfreiheit in den einzelnen Rechtsordnungen, wie sie in den letzten rund 150 Jahren von einigen Autoren konstatiert wird, so ist auf der anderen Seite auf die Anerkennung der Privatautonomie in gewissen jüngeren Disziplinen hinzuweisen.[64] So lässt das internationale Privatrecht den Parteien, deren vertragliche Beziehungen sich nicht innerhalb eines einzigen Staates abwickeln, grosse Freiheiten. Sie können ihre vertraglichen Beziehungen dem Recht eines ganz bestimmen Staates unterstellen. Das Gericht, welches über den Anspruch einer der beiden Parteien zu befinden hat, muss bei Bestehen einer solchen Rechts-

---

58 Scherrer (Fn. 1), S. 39.

59 Zudem wurden selbständige – unter das öffentliche Recht fallende – Disziplinen geschaffen; zum rechtshistorischen Kontext vgl. Scherrer (Fn. 1), S. 40.

60 Scherrer (Fn. 1), S. 40.

61 So wurde etwa folgendes konstatiert: «Sobald jedoch der eine Teil aus ökonomischen Gründen auf den Vertragsschluss dringend angewiesen ist, wird sein Partner eine solche Zwangslage auszunützen suchen, indem er eigenmächtig alle Bedingungen aufsetzt und dem andern nur die Wahl lässt, sie entweder anzunehmen oder auf das Zustandekommen einer Einigung zu verzichten»; Scherrer (Fn. 1), S. 40.

62 Vgl. statt vieler Corinne Zellweger-Gutknecht/Eugen Bucher, Basler Kommentar Obligationenrecht I, Kommentar zu Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK OR I-Zellweger-Gutknecht/Bucher), N. 47 ff. zu Art. 1 OR; vgl. ferner aus rechtshistorischer Sicht Scherrer (Fn. 1), S. 40.

63 Für die Ersteren besteht praktisch keine Möglichkeit, ihrerseits Wünsche anzubringen oder gar Änderungen des Vertragstextes zu verlangen. Es besteht deshalb die reale Gefahr, dass bei Anerkennung einer uneingeschränkten Vertragsfreiheit der wirtschaftlich Stärkere veranlasst wird, den Schwächeren auszubeuten; vgl. Furrer/Müller-Chen (Fn. 57), S. 130 und 132; vgl. aus rechtshistorischer Perspektive Scherrer (Fn. 1), S. 40. Vgl. ferner Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016, Rz. 25.06.

64 Scherrer (Fn. 1), S. 42.

wahlklausel die Rechtsordnung des ausdrücklich im Vertrag bezeichneten Staates anwenden.[65]

Somit muss auf die einleitend aufgeführte Fragestellung zurückgekommen werden, inwiefern die Privatautonomie durch die aktuelle Rechtsentwicklung eher gestärkt oder geschwächt wurde. Dieser Frage wird in den nächsten Kapiteln anhand von aktuellen Beispielen aus dem Zivilrecht im Einzelnen nachgegangen. Dem Problembereich der Gefahr einer Ausbeutung des wirtschaftlich Schwächeren durch den wirtschaftlich Stärkeren wird nachgegangen, wobei allerdings nachfolgend das Schwergewicht auf einige zentrale Fragen aus dem Familien-, dem Erb- und dem Persönlichkeitsrecht (einschliesslich dem Gesundheitsrecht) gelegt wird, Rechtsgebieten also, bei welchen die Rollenverteilung – wer als der Schwächere, wer als der Stärkere zu gelten hat – etwas weniger klar eruierbar ist, etwa im Gegensatz zum Arbeits- oder Mietrecht. An welchen Werten sich die heutige Gesellschaft orientiert und durch welche Ziele sich der heutige Gesetzgeber motivieren lässt, wird man sich jeweils fragen müssen. Allerdings erscheinen diese Ziele und Motive nicht immer so klar, wie man sich das wünschen würde. Die Einschränkungen – bzw. umgekehrt die Erweiterungen – der Privatautonomie bei neuen Gesetzgebungsprojekten könnten – so die These – zumindest gewisse Indikatoren dieser Wertungen darstellen, was im Nachfolgenden zu zeigen sein wird.

C. Privatautonomie und familienrechtliche Entwicklungen

I. Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen in ihrer Entwicklung

1. Zulässigkeit von vorehelichen Verträgen und Scheidungsplanung

Der Abschluss eines Ehevertrages kann verschiedene Ziele verfolgen. So kann damit etwa auch eine Scheidungsplanung bezweckt werden. Ob solche vorehelichen Verträge im Hinblick auf eine allfällige spätere Scheidung – sog. «Prenuptial Agreements» nach dem Vorbild des US-amerikanischen Rechts – in der Schweiz zulässig sind, insbesondere wenn sie sich nicht nur mit güter-

65 Vgl. dazu ausführlich Jolanta Kren Kostkiewicz, Grundriss des schweizerischen Internationalen Privatrechts, 2. Aufl., Bern 2017, Rz. 2233. Allerdings findet die Parteiautonomie dort ihre Schranken, wo nach der *lex fori* aufgrund des Vorbehalts des *Ordre public* gewisse Vorschriften absolute Geltungskraft beanspruchen. Bereits vor dem Inkrafttreten des IPRG beurteilten sich die Wirkungen eines obligatorischen Rechtsverhältnisses bei Fehlen einer ausdrücklichen Vereinbarung der Parteien über diese Frage nach demjenigen Rechte, mit welchem das streitige Rechtsverhältnis den engsten räumlichen Zusammenhang aufweist; vgl. dazu Widmer, Die Bestimmungen des massgeblichen Rechts im internationalen Vertragsrecht, Zürcher Studien zum internationalen Vertragsrecht, Zürcher Studien zum internationalen Recht, Nr. 9 (1942) (zit. nach Scherrer (Fn. 1), S. 42, Fn. 84). Vgl. zur neueren Literatur statt vieler Marc Amstutz/Markus Wang, Basler Kommentar Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK IPRG, Amstutz/Wang), N. 25 zu Art. 116 IPRG.

rechtlichen Aspekten, sondern ausdrücklich auch mit den finanziellen Folgen einer allfälligen Scheidung (z.B. mit Verzicht auf den Vorsorgeausgleich oder nachehelichen Unterhalt) befassen, hat in der Lehre zu kontroversen Diskussionen geführt.[66] In der deutschen notariellen Praxis sind vorehelich abgeschlossene Eheverträge, welche eine Regelung über künftige Scheidungsfolgen enthalten, stark verbreitet.[67]

Die Frage der Zulässigkeit solcher Verträge wird im Gesetz nicht explizit geregelt.[68] Aufgrund der statistischen Zunahme des Scheidungsrisikos in den letzten Jahren und Jahrzehnten besteht ein gewisses praktisches Bedürfnis, den ökonomischen Folgen einer allfälligen späteren Scheidung bereits bei Eheschliessung Beachtung zu schenken und diese im Voraus vertraglich zu regeln.[69] Die Zulässigkeit solcher Eheverträge ist indessen im schweizerischen

---

66 Heinz Hausheer/Daniel Steck, Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen – mehr Privatautonomie bei verstärkter Inhaltskontrolle ein dringendes Reformanliegen?, ZBJV 144/2008, S. 922 ff., S. 922; Maurice Courvoiser, Voreheliche und eheliche Scheidungsfolgevereinbarungen – Zulässigkeit und Gültigkeitsvoraussetzungen. Eine rechtsvergleichende Studie unter Berücksichtigung des US-amerikanischen und schweizerischen Rechts, Diss. Basel (Schriftenreihe für internationales Recht, Bd. 99), Basel 2002; Marion Jakob, Die Scheidungskonvention, Diss. St. Gallen, 2008; Sarah Guillod, Eheverträge in schweizerisch-deutschen Sachverhalten, Ehevertragliche Gestaltungsmöglichkeiten in schweizerischen, deutschen und schweizerisch-deutschen Sachverhalten im Bereich des Güterrechts, der beruflichen Vorsorge und des Unterhalts aus Sicht des schweizerischen und des deutschen Rechts, Diss. Basel (Schriftenreihe für internationales Recht, Bd. 125), Basel 2016, S. 1 ff.; Ingeborg Schwenzer, Grenzen der Vertragsfreiheit in Scheidungskonventionen und Eheverträgen, FamPra.ch 2005, S. 1 ff.; Peter Breitschmid, «Scheidungsplanung», Fragen um «Scheidungskonventionen auf Vorrat», AJP 1999, S. 1606 ff.; Philippe Meier, Planification du divorce: une illusion? Les conventions anticipées d'entretien en droit suisse, in: Recueil de travaux en l'honneur du Professeur Suzette Sandoz, Genève/Zurich/Bâle, S. 289 ff.; Alexandra Rumo-Jungo, Reformbedürftiges Scheidungsrecht: ausgewählte Fragen, in: Scheidungsrecht, Aktuelle Probleme und Reformbedarf, Symposium zum Familienrecht 2007, Zürich/Basel/Genf, 2008, S. 1 ff. (zit. Rumo-Jungo, Scheidungsrecht), S. 15 ff.

67 Zu den ehevertraglichen Gestaltungmöglichkeiten nach deutschem Recht vgl. ausführlich Guillod (Fn. 66), S. 50 ff.; Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 924 f. Vgl. hierzu auch das Urteil vom 28.11.2007, FamRZ 2008, S. 582 ff., mit teilweise abgedrucktem Sachverhalt bei Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 925 f.: *«2. Für den Fall der rechtkräftigen Scheidung unserer Ehe schliessen wir hiermit die Durchführung des Versorgungsausgleichs (VersAusgl) aus. Auch bei wesentlicher Veränderung der Verhältnisse soll diese Vereinbarung nicht gerichtlich abänderbar sein. 3. Für den Fall der rechtskräftigen Scheidung unserer Ehe verzichten wir hiermit wechselseitig auf jeglichen nachehelichen Unterhalt, auch für den Fall der Not, und nehmen diesen Verzicht hiermit wechselseitig an. Sollte aus unserer Ehe ein Kind hervorgehen, verliert dieser Unterhaltsverzicht seine Wirkungen. In diesem Falle verbleibt es vielmehr bei den gesetzlichen Regelungen (…).»* Das Amtsgericht hat die Ehe geschieden. Den Ehevertrag sah es als wirksam an. Die Revision wurde beim BGH abgewiesen, wobei es in der Begründung des Entscheides im Wesentlichen hiess, der Ehevertrag verstosse nicht gegen die guten Sitten, und es könne nicht davon ausgegangen werden, dass ihm wegen «einer gravierenden Störung der Vertragsparität» (gemäss § 138 Abs. 1 BGB) die Anerkennung der Rechtsordnung versagt werden müsste. Vgl. zur Rechtslage im deutschen Recht Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 926 ff.

68 Ingeborg Schwenzer, Richterliche Kontrolle von Unterhaltsvereinbarungen zwischen Ehegatten im Scheidungsverfahren, AJP 1996, S. 1156 ff., S. 1157.

69 Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 924; Rumo-Jungo, Scheidungsrecht (Fn. 66), S. 9 f.

Recht umstritten.[70] Das Bundesgericht hatte sich erst in wenigen Fällen mit der Thematik zu befassen.[71]

2. *Wahl eines Güterstandes als zulässiger Inhalt eines Ehevertrages*

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass Gegenstand eines Ehevertrages nur die Wahl eines bestimmten Güterstandes oder gewisse Änderungen eines solchen sein können.[72] Andere Vereinbarungen, welche zusätzlich in einen Ehevertrag inkorporiert werden, sind nicht als ehevertragliche Vereinbarungen zu qualifizieren.[73] Werden Scheidungsnebenfolgen, wie der nacheheliche Unterhalt oder die berufliche Vorsorge, vertraglich geregelt, handelt es sich systematisch um eine Scheidungskonvention – und nicht um einen Ehevertrag.[74] Die Verpflichtung zum Abschluss einer Scheidungskonvention mit vorgegebenem Inhalt in einem Ehevertrag stellt ebenfalls keine ehevertragliche Verpflichtung dar.[75]

Was die Rechtslage bezüglich Vereinbarungen, welche Güterrecht und Vorsorgeausgleich regeln, im schweizerischen Recht betrifft, so ist zunächst festzuhalten, dass nach Art. 182 Abs. 1 ZGB ein Ehevertrag vor oder nach der Heirat abgeschlossen werden kann. Innerhalb der gesetzlichen Schranken können Brautleute oder Ehegatten ihren Güterstand frei wählen, aufheben oder ändern (Art. 182 Abs. 2 ZGB).[76] Die entsprechende Vertragsfreiheit gilt innerhalb der allgemeinen Schranken von Art. 27 ZGB sowie Art. 19 und 20 OR.[77] Bei einem Verstoss gegen diese Normen oder bei rechtzeitiger Geltendmachung von Willensmängeln findet auf eine entsprechende Klage hin eine gerichtliche Über-

---

70 Ein Überblick über den Meinungsstand findet sich bei HAUSHEER/STECK (Fn. 66), S. 924 Fn. 12; vgl. dazu ausführlich GUILLOD (Fn. 66), S. 5 ff.

71 BGE 121 III 393; 122 III 97; 129 III 481; BGer vom 4.12.2003, 5C_114/2003; BGer vom 2.06.2010, 5A_56/2010; vgl. dazu die Urteilsanmerkungen von HEINZ HAUSHEER, Neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Umfang und Grenzen der Privatautonomie im Familienrecht: insbesondere zu Unterhaltsvereinbarungen ohne konkreten Scheidungshorizont, zum Vorsorgeausgleich und zur Wahlfreiheit beim Güterstand – Bemerkungen zu BGE 121 III 393 ff., 122 III 97 ff., 129 III 481 ff. und 5C.114/2003 vom 4. Dez. 2003, ZBJV 140/2004, S. 872 ff. (zit. HAUSHEER, Privatautnomie).

72 Vgl. HEINZ HAUSHEER/RUTH REUSSER/THOMAS GEISER, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Bd. II: Das Familienrecht. 1. Abteilung: Das Eherecht. 3. Teilbd.: Das Güterrecht der Ehegatten. 1. Unterteilbd.: Allgemeine Vorschriften. Art. 181–195a ZGB – Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung. Art 196–220 ZGB, 2. Aufl., Bern 1992 (zit. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER), N. 7 zu Art. 182 ZGB; vgl. zudem GUILLOD (Fn. 66), S. 5.

73 Vgl. HEINZ HAUSHEER/REGINA AEBI-MÜLLER, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch, Kommentar zu Art. 1–456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER), N. 3 zu Art. 182 ZGB; GUILLOD (Fn. 66), S. 5.

74 BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 73), N. 8 zu Art. 182 ZGB; GUILLOD (Fn. 66), S. 6.

75 Vgl. BGer vom 2.06.2010, 5A_56/2010, E. 2.

76 Vgl. dazu CARMEN LADINA WIDMER, Gestaltungsmöglichkeiten von Eheverträgen und Scheidungskonventionen, ZBJV 145/2009, S. 419 ff., S. 421 f.

77 BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER (Fn. 72), N. 24 zu Art. 182 ZGB.

prüfung des Ehevertrages statt.[78] Die Privatautonomie und deren Ausübung werden damit einem gesetzlichen sowie richterlichen Rahmen unterworfen.[79]

Das schweizerische Güterrecht ermöglicht es den Ehegatten, den Güterstand vertraglich anzupassen und in gewissen Bereichen (wie bezüglich der Vorschlagsteilung und der Gesamtgutsteilung) auch Regelungen im Hinblick auf eine allfällige Scheidung zu treffen.[80] Es ist den Ehegatten überlassen, entsprechende Befristungen und Bedingungen im Ehevertrag vorzusehen, um nachträglichen Veränderungen der tatsächlichen Verhältnisse Rechnung zu tragen.[81] Einer gerichtlichen Genehmigung bedürfen solche im Voraus getroffenen Vereinbarungen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht.[82] Diese Möglichkeiten machen das Güterrecht zu einem wichtigen und wohl zentralen Instrument einer rechtsverbindlichen Scheidungsplanung.[83]

3. *Inhaltliche Kontrolle von das Güterrecht regelnden Eheverträgen*

Im Schrifttum wird in jüngerer Zeit teilweise die Auffassung vertreten, die das Güterrecht regelnden Eheverträge sollten einer gerichtlichen Inhaltskontrolle unterworfen werden.[84] So wird argumentiert, dass der Anspruch auf gleiche Teilhabe am wirtschaftlichen Erfolg während der Ehe, wie er im Gesetz beim Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung zum Ausdruck komme, nicht nur dem heutigen Gerechtigkeitsempfinden entspreche, sondern «auch allein letztlich dem Grundsatz der Gleichheit von Frau und Mann, jedenfalls wenn Kinder aus der Ehe hervorgehen und diese vorwiegend von einem Ehegatten betreut» würden.[85] Weiter wird geltend gemacht, dass das Bundesgericht die Problematik anerkannt habe und die Tatsache der Gütertrennung bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen berücksichtigt habe;[86] auch wurde dem Ehemann in einem Entscheid zugemutet, das Vermögen anzuzeh-

---

78 Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 933 f.

79 Vgl. zu den ehevertraglichen Gestaltungmöglichkeiten ausführlich Guillod (Fn. 66), S. 5 ff.

80 Vgl. Guillod (Fn. 66), S. 7 ff. und 21.

81 Vgl. Guillod (Fn. 66), S. 11 ff. und 21.

82 Vgl. Guillod (Fn. 66), S. 11 ff. und 21; BGer vom 4. 12. 2003, 5C.114/2003.

83 Vgl. Daniel Trachsel/Margherita Bortolani-Slongo, »Scheidungsvereinbarungen auf Vorrat»: Taugliches Instrument familienrechtlichen Risikomanagements?, AJP 2009, S. 301 ff., 309; Guillod (Fn. 66), S. 21.

84 Vgl. Schwenzer (Fn. 66), S. 7; Ivo Schwander, Eheverträge – zwischen «ewigen» Verträgen und Inhaltskontrollen, AJP 2003, S. 572 f.; Hubert Stöckli, Die Ehevertragsfreiheit und ihre Schranken, in: Alexandra Rumo-Jungo/Pascal Pichonnaz (Hrsg.), Scheidungsrecht, Aktuelle Probleme und Reformbedarf, Symposium zum Familienrecht 2007, Universität Freiburg, Zürich 2008, S. 85 ff.; S. 99 f., Rumo-Jungo, Scheidungsrecht (Fn. 66), S. 19; Courvoiser (Fn. 66), S. 295 ff.

85 Schwenzer (Fn. 66), S. 7 f. unter Hinweis auf Schwander (Fn. 84), S. 572 f.; ferner Thomas Sutter-Somm/Felix Kobel, FamPra.ch 2004, S. 776 ff., S. 795 ff.

86 Vgl. BGer, FamPra.ch 2002, S. 369 f.

ren, um nachehelichen Unterhalt zu leisten,[87] und in einem anderen Fall wurde er trotz Gütertrennung und fehlender zweiter Säule zu einer Kapitalleistung an die Ehefrau verpflichtet, um die Vorsorgelücke zu füllen.[88] Dies wird als Hinweis darauf gedeutet, dass Einschränkungen der Privatautonomie aus Wertungsüberlegungen durchaus Sinn machen können.

Unter altem Recht (in Kraft bis 1. Januar 1988) bedurften Eheverträge, die während der Ehe abgeschlossen wurden, der Zustimmung durch die Vormundschaftsbehörde (aArt. 181 Abs. 2 ZGB).[89] Für diese Einschränkung der Privatautonomie wurde es aufgrund von gesellschaftlichen Entwicklungen zusehends schwierig, eine nachvollziehbare Begründung zu finden. Im Rahmen der Revision wurde das behördliche Zustimmungserfordernis deshalb zugunsten der Privatautonomie der Ehegatten denn auch gestrichen.

Eine Inhaltskontrolle durch eine Behörde findet nun nicht mehr statt – abgesehen von der erwähnten gerichtlichen Inhaltskontrolle in Spezialfällen auf Klage hin. Eine gerichtliche oder behördliche Genehmigung von Eheverträgen ist im Regelfall gesetzlich nicht mehr vorgesehen; vorgesehen ist nur – aber immerhin – eine öffentliche Beurkundungspflicht (Art. 184 ZGB).

Auch in einer allfälligen späteren Gerichtsverhandlung, namentlich im Rahmen einer Scheidung, ist keine gerichtliche Kontrolle vorgesehen; vorfrageweise wird lediglich die Gültigkeit des Vertrages überprüft (allerdings auch nur, wenn eine entsprechende Rüge vorgebracht wird). Eine Angemessenheitskontrolle hingegen erfolgt nicht.[90]

Grundsätzlich ist zu konstatieren, dass im güterrechtlichen Bereich das schweizerische Recht den Ehegatten einen relativ grossen Spielraum zur Verfügung stellt, um Vorkehrungen in Bezug auf eine allfällige spätere Scheidung vorzunehmen.[91]

---

87 Vgl. BGE 129 III 7 ff. E. 3.2 = FamPra.ch 2003, S. 169 ff., S. 172; BGer, FamPra.ch 2004, S. 408.

88 Vgl. BGE 129 III 257 E. 3.5.

89 Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 934 m.H.; Widmer (Fn. 76), S. 422.

90 Thomas Geiser, Bedürfen Eheverträge der gerichtlichen Genehmigung?, in: Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung, Beiträge zum Familienrecht, Erbrecht, Persönlichkeitsrecht, Haftpflichtrecht, Medizinalrecht und allgemeinen Privatrecht, in: Festschrift für Heinz Hausheer zum 65. Geburtstag, Bern 2002, S. 217 ff., S. 232 Rz. 4.14; Widmer (Fn. 76), S. 422. Schwenzer äusserte die Auffassung, dass eine ehevertragliche Vereinbarung von Gütertrennung einer Inhaltskontrolle unterworfen und dahingehend korrigiert werden sollte, dass Vermögenswerte, die der Altersvorsorge dienen, hälftig zu teilen wären; Schwenzer (Fn. 66), S. 8 f. Sie argumentiert damit, dass ein solches Vorgehen methodenehrlicher wäre und den Wertentscheiden des Gesetzgebers besser entsprechen würde, jedenfalls in Fällen, in denen keine zweite Säule vorhanden ist.

91 Vgl. Guillod (Fn. 66), S. 7, mit ausführlicher Begründung dazu S. 7 ff.

4. *Andere als güterrechtliche Vereinbarungen im Ehevertrag?*

Werden bei Vertragsschluss gleichzeitig Vereinbarungen über andere Gegenstände wie etwa Unterhalt getroffen und in den Ehevertrag aufgenommen, so wird davon ausgegangen, dass diese nicht die Bedeutung einer ehevertraglichen Vereinbarung im juristisch-technischen Sinne erhalten.[92] So wird etwa darauf hingewiesen, dass Vereinbarungen über die allgemeinen Wirkungen der Ehe[93] zwar das Vermögensrecht der Ehegatten beträfen, jedoch nicht den Güterstand, weshalb sie nicht Teil eines Ehevertrages sein könnten.[94]

Die gesetzlichen Bestimmungen machen klar, dass jegliche andere konventionelle Regelungen, namentlich vermögensrechtliche Absprachen im Rahmen der allgemeinen Wirkungen der Ehe sowie im Rahmen von Scheidungsfolgevereinbarungen, nicht Gegenstand von Eheverträgen sein können.[95] Dies bedeutet jedoch nicht, dass in der Praxis nicht auch andere Vereinbarungen in Eheverträge aufgenommen werden. Diese unterstehen allerdings nicht den Bestimmungen über den Ehevertrag, sondern haben sich einerseits nach der für sie speziell vorgesehenen Form zu richten,[96] andererseits hängt auch ihre Verbindlichkeit nicht allein von der Gültigkeit des Ehevertrages ab, sondern ist im konkreten Fall gesondert zu prüfen.

5. *Zwischenfazit*

Anlässlich der Revision des Scheidungsrechts wurde die Möglichkeit eines Wahlgüterstandes ohne behördliche Genehmigung bewusst zugelassen und da-

---

92 So Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 934; Geiser (Fn. 90), S. 230 f. Rz. 4.10.

93 Vgl. BSK ZGB I-Hausheer/Aebi-Müller (Fn. 73), N. 3 zu Art. 182 ZGB; BK-Hausheer/Reusser/Geiser (Fn. 72), N. 9 zu Art. 182 ZGB; Guillod (Fn. 66), S. 6.

94 Es kann eingewendet werden, dass der Ehevertrag dazu da sein soll, die finanziellen Verhältnisse *während* bestehender Ehe zu regeln, nicht jedoch ein späteres Stadium der «Nicht-Mehr-Ehe». Hinzu kommt, dass gar nicht sicher ist, ob dieses Ereignis je eintreten wird oder nicht; der Verweis auf eine statistische Scheidungswahrscheinlichkeit kann kaum genügen. Weiter lässt sich einwenden, dass antizipierte parteiautonome Scheidungsregelungen sich kaum durch ein schützenswertes Interesse begründen lassen; der Hinweis allein auf die Planungssicherheit vermag ebenfalls kaum zu genügen, solange man die Ehe (noch) als Institution betrachtet. Schliesslich ist nicht zu übersehen, dass der zeitliche «Planungshorizont» nicht unbeachtet bleiben kann: was im Hinblick auf ein mögliches Scheitern der Ehe (i.S. eines «Scheiternshorizontes») vor 5 Jahren vereinbart wurde, kann nach 25 Jahren Ehedauer insbesondere wenn zwischenzeitlich Kinder hinzugekommen sind, als längst überholt, nicht mehr gewollt und nicht mehr angemessen erscheinen. Solange man die Scheidung nicht formfrei erlaubt und solange man Scheidungsnebenfolgen richterlich genehmigen lassen muss, muss jede vertragliche Regelunge bezüglich Scheidungsfolgen zumindest der gerichtlichen Nachkontrolle unterworfen bleiben, wenn man sie nicht bereits zum vornherein als nichtig qualifiziert. Vgl. dazu nachstehend unter II. Ziff. 7.

95 Widmer (Fn. 76), S. 422. Dazu insbesondere BK-Hausheer/Reusser/Geiser (Fn. 72), N. 8 f. und 17 zu Art. 182 ZGB.

96 Vgl. BSK ZGB I-Hausheer/Aebi-Müller (Fn. 73), N. 2 zu Art. 184 ZGB; Widmer (Fn. 76), S. 422; Geiser (Fn. 90), S. 225 Rz. 3.8; Guillod (Fn. 66), S. 6.

mit die Privatautonomie in diesem Rechtsbereich gestärkt. Einerseits wurde die bis zum 1. Januar 1988 geltende behördliche Genehmigung (von Art. 181 aZGB) anlässlich der umfassenden Eherechtsreform bewusst fallen gelassen.[97] Andererseits wurde der altrechtliche Interessenkonflikt hinsichtlich der güterrechtlichen Privilegierung des überlebenden Ehegatten und den Pflichtteilsrechten von Nachkommen bereinigt. Zudem hat mit Art. 217 ZGB die Frage des Bestandes einer Ehevertragsmodifikation im Scheidungsfall eine ausdrückliche Regelung erfahren.[98] Zwar sprachen sich vereinzelte Autoren auch nach dieser Reform für eine «offene Inhaltskontrolle von Güterrechtsverträgen nach Massgabe des dispositiven Rechts» aus.[99] Diese Auffassung dürfte inzwischen jedoch als überholt gelten. Damit hat die Privatautonomie im Bereich des Güterrechts eine deutliche Stärkung erfahren.

Das Bundesgericht hat bereits im Jahre 2003 festgehalten, dass die Wahl eines vertraglichen Güterstandes (bzw. der Ehevertrag als Güterrechtsvertrag) nicht vom Genehmigungsvorbehalt des Art. 140 aZGB erfasst werde.[100] Zu Recht wurde – etwa von GEISER – festgestellt: Müsste jeder Ehevertrag im Scheidungsfall gerichtlich genehmigt werden, gäbe es gar keine verbindlichen Eheverträge mehr; es bliebe stets die Bestätigung durch die Ehegatten im Verfahren nach Art. 111 f. ZGB vorbehalten.[101] Hinzu kam, dass Eheverträge seit dem 1. Januar 1988 in keinem Fall mehr von der Vormundschaftsbehörde genehmigt werden mussten.[102]

Damit war in zwei Rechtsbereichen eine klare *Ausweitung und Stärkung der Privatautonomie* erfolgt, indem es der Parteidisposition der Ehegatten anheimgestellt wurde, ihre güterrechtlichen Verhältnisse parteiautonom und ohne behördliche Eingriffe zu ordnen. Im Bereich des Ehegüterrechts lässt der Gesetzgeber sowohl das Abweichen von der gesetzlichen Errungenschaftsbeteiligung im Rahmen des ordentlichen subsidiären Güterstandes als auch die Wahl eines vertraglichen Alternativgüterstandes zu. Diese Wahlfreiheit besteht grundsätzlich uneingeschränkt während der gesamten Ehedauer. Sie unterliegt nur einer sehr beschränkten Abschlusskontrolle bzw. dem Vorbehalt von Art. 2 Abs. 2 ZGB.[103] Somit kann als Grundsatz festgehalten werden, dass der Inhalt eines Ehevertrages der praktisch uneingeschränkten Privatautonomie der Ehepartner unterliegt, bei der Scheidungskonvention hingegen – und insbesondere deren güterrechtlichen Klauseln – stärkere Ein-

97 HAUSHEER, Privatautonomie (Fn. 71), S. 875; Näheres dazu bei GEISER (Fn. 90), S. 217 ff., insbesondere S. 223 ff. Rz. 3.3 ff.

98 HAUSHEER, Privatautonomie (Fn. 71), S. 876.

99 HAUSHEER, Privatautonomie (Fn. 71), S. 876 unter Hinweis auf COURVOISIER (Fn. 66).

100 Seit dem Entscheid des Bundesgerichts vom 4. 12. 2003, 5C_114/2003 scheint diese Frage endgültig geklärt.

101 GEISER (Fn. 90), S. 225 Rz. 3.7.

102 Vgl. aArt. 181 Abs. 2 ZGB; vgl. dazu HAUSHEER, Privatautonomie (Fn. 71), S. 876.

103 HAUSHEER, Privatautonomie (Fn. 71), S. 879.

schränkungen der Privatautonomie bestehen, als dass bei diesen die gerichtliche Genehmigung unentbehrlich ist.[104]

II. Unterhaltsvereinbarungen

1 Vereinbarungen der Ehegatten während bestehender Ehe

Vereinbarungen der Ehegatten über den ehelichen Unterhalt sind auf der Basis von Art. 168 ZGB grundsätzlich zulässig und formlos gültig.[105] Bei fehlender Einigung kommt das gerichtliche Eheschutzverfahren zur Anwendung.[106] Im Rahmen eines solchen Eheschutzverfahrens gilt grundsätzlich die Verhandlungsmaxime,[107] welche durch die richterliche Fragepflicht und den Untersuchungsgrundsatz gemildert wird (vgl. Art. 56 und 272 ZPO).[108] Es gilt somit ebenfalls als Grundsatz die Privatautonomie der Ehegatten in diesem Bereich.

2. Vereinbarungen im Rahmen eines Scheidungsverfahrens

Vereinbarungen der Ehegatten über die Scheidungsfolgen sind vom Gericht zu prüfen und zu genehmigen (vgl. Art. 279 ff. ZPO).[109] Da die Vereinbarung mit der Genehmigung zum Bestandteil des Scheidungsurteils wird (vgl. Art. 279 Abs. 1 ZPO) und an dessen Rechtskraft teilnimmt, steht fest, dass sie dadurch auch ihren rein privatrechtlichen Charakter verliert.[110]

Eheverträge unterliegen demgegenüber keiner Inhaltskontrolle und auch keiner Genehmigungspflicht.[111] Für die güterrechtliche Auseinandersetzung und den nachehelichen Unterhalt gilt im Scheidungsverfahren der Verhandlungs-

---

104 Vgl. BK-Hausheer/Reusser/Geiser (Fn. 72), N. 17 zu Art. 182 ZGB; Hausheer/Aebi-Müller, Ehe- und Erbverträge (Fn. 73), S. 189.

105 Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 936; Hausheer/Aebi-Müller, Ehe- und Erbverträge (Fn. 73), S. 182; Widmer (Fn. 76), S. 423. Solche ehelichen Vereinbarungen gelten jedoch als jederzeit einseitig widerrufbar und können dann durch eine neue Regelung ersetzt werden; vgl. Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 936.

106 Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 936 f.

107 Vgl. Art. 175 ff. ZGB; Art. 55 Abs. 1 und Art. 271 lit. a ZPO; vgl. bezüglich des Scheidungsverfahrens explizit in Art. 277 Abs. 1 ZPO.

108 Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 937. Siehe auch Art. 56 und Art. 272 ZPO.

109 Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 934 m.z.H.

110 Daniel Steck, Scheidungsplanung? – Gedanken zur Rechtsnatur und Bindungswirkung der Scheidungsvereinbarung, in: Privat Law – national-, global, comparative, Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag (Bd. I und II), Bern 2011, S. 1623 ff., S. 1626; BGE 105 II 166, E. 1; 119 II 297, E. 3b. Nach einer anderen Auffassung galt die Scheidungsvereinbarung aufgrund einer funktionalen Betrachtungsweise als besondere Form eines *gerichtlichen Vergleichs*, der jedoch – atypisch für den gerichtlichen Vergleich – vom Gericht genehmigt werden musste, weshalb es sich nur um einen *bedingten* gerichtlichen Vergleich handeln konnte. Nach Auffassung von Steck (a.a.O.), S. 1629, wäre es naheliegender, die Scheidungsvereinbarung rechtlich als familienrechtlichen Vertrag sui generis einzustufen, der trotz rechtlich unterschiedlich zu qualifizierenden inhaltlichen Elementen einheitlichen Regeln folgt.

111 Vgl. dazu vorstehend.

grundsatz (Art. 277 Abs. 1 ZPO).[112] Eine Inhaltskontrolle von Scheidungskonventionen durch das Scheidungsgericht findet nur in relativ engem Rahmen statt (vgl. Art. 279 Abs. 1 ZPO). Es muss im Übrigen ein Verstoss gegen zwingende gesetzliche Bestimmungen geltend gemacht werden, welcher zur Nichtigkeit des Ehevertrages führen müsste. Insbesondere findet keine eigentliche Angemessenheitsprüfung statt.[113] Die Vereinbarung der Ehegatten über die konkrete güterrechtliche Auseinandersetzung im Rahmen einer Scheidungskonvention unterliegt zwar einer gerichtlichen Genehmigung; betroffen ist in diesem Fall aber nicht der Güterstand als solcher und deshalb auch nicht der Inhalt des Ehevertrages.[114]

Vereinbarungen der Ehegatten sind somit zulässig, unterliegen jedoch einer gerichtlichen Genehmigung (vgl. Art. 279 Abs. 1 ZPO). Die Genehmigung stellt ein Gültigkeitserfordernis dar. Bei seiner Prüfung hat sich das Gericht davon zu überzeugen, dass die Vereinbarung aus freiem Willen und nach reiflicher Überlegung geschlossen wurde. Das Gericht hat zum einen zu prüfen, ob Willensmängel (Art. 23 ff. OR) vorliegen oder ob eine Partei unter Druck gesetzt wurde.[115] Die Genehmigung setzt des Weiteren voraus, dass die Vereinbarung klar, vollständig und nicht offensichtlich unangemessen ist. Die Vereinbarung darf nicht rechts- oder sittenwidrig sein.[116] Ob das Gericht berechtigt bzw. verpflichtet ist, eine über die Gesetzes- und Sittenwidrigkeit hinausgehende inhaltliche Kontrolle vorzunehmen, gilt als umstritten.[117] Gemäss *BGE 121 III 393* darf die Genehmigung versagt werden, wenn die getroffene Abrede in einer durch Billigkeitserwägungen nicht zu rechtfertigenden Weise von der gesetzlichen Regelung abweicht.[118]

---

112 Alle anderen relevanten Aspekte, insbesondere die scheidungsbegründenden Tatsachen, die Kinderbelange sowie die berufliche Vorsorge, unterliegen der Offizial- und der Untersuchungsmaxime (Art. 277 Abs. 3 sowie Art. 296 Abs. 1 ZPO); vgl. Regina Aebi-Müller/Lenka Ziegler, Schweiz, in: Dutta/Schwab/Henrich/Gottwald/Löhnig (Hrsg.), Scheidung ohne Gericht? Neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht, Beiträge zum europäischen Familien- und Erbrecht, Bd. 18, Bielefeld 2017, S. 78 ff., S. 91.

113 Vgl. Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 935 Fn. 64 m.H.

114 Vgl. zur Vertragsfreiheit im Zusammenhang mit dem Ehegüterrecht Heinz Hausheer/Regina Aebi-Müller, Ehe- und Erbverträge bei Scheidung, in: Rumo-Jungo/Pichonnaz (Hrsg.), Kind und Scheidung, Symposium zum Familienrecht, Zürich 2006, S. 181 ff., S. 192 ff. (zit. Hausheer/Aebi-Müller, Ehe- und Erbverträge) zur Frage der Überprüfung der konkreten Auflösung des Güterstandes im Scheidungsfall insbesondere vgl. S. 195 f.

115 Vgl. Daniel Bähler, in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2017 (zit. BSK ZPO-Bähler), N. 2 zu Art. 279 ZPO; Matthias Stein-Wigger, FamKomm Scheidung, Bd. II: Anhänge, 3. Aufl., Bern 2017 (zit. FamKomm Scheidung-Stein-Wigger), Anh. ZPO, N. 9 ff. zu Art. 279 ZPO. Vgl. zum alten Recht: Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 938.

116 Als Beispiel einer sittenwidrigen Vereinbarung wird in der Lehre der Verzicht auf nachehelichen Unterhalt und die damit verbundene Gefahr der Abwälzung der Bedürftigkeit auf die Sozialhilfe und Verwandtenunterstützung trotz Leistungsfähigkeit der anderen Partei genannt; vgl. BSK ZPO-Bähler (Fn. 115), N. 3 f. zu Art. 279 ZPO.

117 Vgl. Guillod (Fn. 66), S. 39 m.H.; vgl. ferner FamKomm Scheidung-Stein-Wigger (Fn. 115), Anh. ZPO N. 23 zu Art. 279 ZPO.

118 BGE 121 III 393, E. 5c; vgl. ferner eingehend FamKomm Scheidung-Stein-Wigger (Fn. 115), Anh. ZPO N. 23 ff. zu Art. 279 ZPO; Guillod (Fn. 66), S. 39; a.M. Geiser (Fn. 90), S. 220

3. *Zu den Wirkungen von Vereinbarungen im Kontext des Scheidungsverfahrens*

Art. 111 Abs. 1 ZGB hält fest, dass die Ehegatten die Scheidung auf gemeinsames Begehren beantragen und – wenn sie sich umfassend geeinigt haben – eine Scheidungskonvention mit den vereinbarten Scheidungsfolgen beim Gericht einreichen können.[119] Die Ehegatten müssen die Unterhaltsvereinbarung bzw. Scheidungsvereinbarung während der Dauer des Anhörungsverfahrens, spätestens aber vor dessen Abschluss, bestätigen.[120] Erteilen die Parteien die Bestätigung, sind sie gebunden.[121] Hat sich das Gericht anlässlich der Anhörung davon überzeugt, dass das Scheidungsbegehren und die Konvention auf freiem Willen und reiflicher Überlegung beruhen und kann die Vereinbarung mit den Anträgen hinsichtlich der Kinder genehmigt werden, so spricht es die Scheidung aus (Art. 111 Abs. 2 ZGB). Die Ehegatten haben noch die Möglichkeit, die Bestätigung der Vereinbarung im Rahmen der Anhörung zu verweigern.[122] In diesem Fall muss der nacheheliche Unterhalt nach Art. 288 Abs. 2 ZPO in einem kontradiktorischen Annexverfahren gerichtlich festgelegt werden.[123]

Möglich ist auch, dass zwischen den Ehegatten lediglich in Bezug auf gewisse Folgen Einigkeit herrscht, dass sie aber bezüglich der übrigen Folgen das Gericht entscheiden lassen (sog. Teileinigung nach Art. 112 ZGB).[124] Inhaltlich kommt eine Scheidungskonvention in erster Linie für die Regelung vermögensrechtlicher Belange in Frage.[125] Üblicherweise wird dahingehend unterschieden, ob die Parteien die Konvention im Rahmen eines Verfahrens der

---

Rz. 2.5 m.w.H., der eine «offensichtliche Unangemessenheit» für eine Verweigerung der Genehmigung fordert. Die Anknüpfung an die unter altem Scheidungsrecht ergangenen Entscheidungen wird bejaht, da die neuere Rechtsprechung an den unter Art. 158 Ziff. 5 aZGB entwickelten Kontrollmassstab anknüpfe. Vgl. auch FamKomm Scheidung-Stein-Wigger (Fn. 115), Anh. ZPO N. 23 zu Art. 279 ZPO.

119 Die Vereinbarung sowie die dazugehörenden Belege werden vom Gericht, einer ersten provisorischen Prüfung unterzogen. Anschliessend lädt das Gericht die Ehegatten zur gerichtlichen Anhörung vor (Art. 287 ZPO); vgl. Aebi-Müller/Ziegler (Fn. 112), S. 86 f.

120 Vgl. Roland Fankhauser, FamKomm Scheidung, Bd. II: Anhänge, 3. Aufl., Bern 2017 (zit. FamKomm Scheidung-Fankhauser), Anh. ZPO N. 9 ff. zu Art. 285 ZPO; Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 945; Guillod (Fn. 66), S. 38. Die persönliche Anhörung bezweckt die Prüfung einerseits der Freiwilligkeit und anderseits der Ernsthaftigkeit der gemeinsamen Anträge. Sofern von der Scheidung minderjährige Kinder betroffen sind, muss das Gericht diese in der Regel ebenfalls anhören (Art. 298 ZPO); vgl. Aebi-Müller/Ziegler (Fn. 112), S. 86 f.

121 Vgl. FamKomm Scheidung-Stein-Wigger (Fn. 115), Anh. ZPO N. 38 zu Art. 279 ZPO. Nach Abschluss der richterlichen Anhörung wird die Zustimmung zur Scheidung und zur Scheidungskonvention grundsätzlich unwiderruflich (unter Vorbehalt von Willensmängeln, vgl. Art. 289 ZPO); vgl. ferner Aebi-Müller/Ziegler (Fn. 112), S. 86 f.

122 Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 945; BSK ZPO-Bähler (Fn. 115), N. 2 zu Art. 288 ZPO.

123 BSK ZPO-Bähler (Fn. 115), N. 4 zu Art. 288 ZPO.

124 Eine Vereinbarung über die Nebenfolgen der Scheidung kann selbst bei einer Scheidungsklage getroffen und gemeinsam eingereicht werden.

125 Dabei stellt sich die Frage nach der Bindungswirkung einer solchen Scheidungsvereinbarung zwischen den Parteien.

Scheidung auf Klage oder der Scheidung auf gemeinsames Begehren abschliessen.[126] Was die Bindungswirkung von Vereinbarungen über den nachehelichen Unterhalt betrifft, hat sich die Rechtslage seit dem Inkrafttreten des Scheidungsrechts 1998/2000 insofern geändert, als dass bei einer Scheidung auf gemeinsames Begehren – im Sinne einer umfassenden Einigung – das Gericht zu überzeugen ist, dass «das Scheidungsbegehren und die Vereinbarung auf freiem Willen und reiflicher Überlegung beruhen und die Vereinbarung voraussichtlich genehmigt werden kann» (Art. 111 ZGB).[127] Die Parteien haben sich zwar vertraglich gebunden, doch kann wegen der familienrechtlichen Überlagerung dieses Vertrages jeder Ehegatte im Anhörungsverfahren trotzdem erklären, dass der Vereinbarung nicht mehr zugestimmt wird, sodass diese gegenstandslos wird.[128]

Mit der am 1. Februar 2010 in Kraft getretenen Scheidungsrechtsrevision wurde die zweimonatige Bedenkzeit aufgehoben.[129] Sind Ansprüche auf nachehelichen Unterhalt in einem Scheidungsverfahren zu entscheiden oder die güterrechtliche Auseinandersetzung vorzunehmen, gelangt die Verhandlungsmaxime zur Anwendung (Art. 277 Abs. 1 ZPO).[130] Das Gericht ist zudem an die Rechtsbegehren gebunden und darf nicht über die Anträge der Parteien hinausgehen (Dispositionsmaxime).[131] Damit wurde die Parteiautonomie im Rahmen des Scheidungsverfahrens nochmals gestärkt.[132]

4. *Rechtliche Wirksamkeit einer früher abgeschlossenen Vereinbarung*

Eine weitere Frage, die sich stellt, ist diejenige nach der rechtlichen Wirksamkeit einer früher abgeschlossenen Vereinbarung über Scheidungsfolgen. Seit Inkrafttreten des Scheidungsrechts 1998/2000 hat sich das Gericht bei der Scheidung auf gemeinsames Begehren – im Sinne der umfassenden Einigung – davon zu überzeugen, dass das Scheidungsbegehren und die Vereinbarung auf freiem Wil-

---

126 Vgl. dazu WIDMER (Fn. 76), S. 423.

127 Vgl. HAUSHEER/STECK (Fn. 66), S. 940.

128 Art. 111 Abs. 2 ZGB. Siehe HAUSHEER/STECK (Fn. 66), S. 940 f. m.z.H. Die vormalig bestehende zweimonatige Bedenkzeit wurde mit der Revision in Kraft seit 1.02.2010 abgeschafft. Bis dahin konnte nach Ablauf der Bedenkzeit durch Unterlassen der schriftlichen Bestätigung die Scheidung auf gemeinsames Begehren und die Vereinbarung zu Fall gebracht werden.

129 Gemäss Bundesgesetz vom 25. September 2009 über die Änderung des ZGB (Bedenkzeit im Scheidungsverfahren auf gemeinsames Begehren, AS 2010, S. 281). Vgl. auch Art. 23, 274 ff., 279 ff., 285, 287 ff. ZPO und Art. 29 PartG. Vgl. dazu STECK (Fn. 110), S. 1630, wonach mit der Gesetzesrevision (in Kraft seit 1.02.2010) weder hinsichtlich der Rechtsnatur von Scheidungsvereinbarungen noch hinsichtlich der Bindungswirkung der Scheidungskonvention eine Änderung der Rechtslage bezweckt war. Demnach war *ratio legis* einzig die Beseitigung des als «tote Zeit» bezeichneten und als unnütze Schikane empfundenen Bestätigungsverfahrens zwei Monate nach durchgeführter Anhörung, das zu einer für viele Scheidungswillige unliebsamen Verzögerung des Eintritts der Rechtskraft des Scheidungsurteils führte.

130 HAUSHEER/STECK (Fn. 66), S. 938 und 945.

131 AEBI-MÜLLER/ZIEGLER (Fn. 112), S. 91.

132 Vgl. dazu nachstehend unter Ziff. 6.

len und reiflicher Überlegung beruhen und die Vereinbarung voraussichtlich genehmigt werden kann.[133] Nach der revidierten Fassung von Art. 111 Abs. 2 ZGB (in Kraft seit dem 1. Februar 2010) muss sich das Gericht weiterhin im Rahmen der Anhörung davon überzeugen, dass das Scheidungsbegehren und die Vereinbarung auf freiem Willen und reiflicher Überlegung beruhen und die Vereinbarung mit den Anträgen hinsichtlich der Kinder genehmigt werden kann.[134]

Beruft sich im Klageverfahren *eine Partei allein* auf eine früher abgeschlossene Vereinbarung über die Scheidungsfolgen, kann nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung das Verfahren über die Scheidung auf gemeinsames Begehren *nicht* zur Anwendung gelangen.[135] Die Vereinbarung über die Scheidungsfolgen bindet in diesem Fall die Parteien zwar vertragsrechtlich; es gelten somit die allgemeinen Regeln des Vertragsrechts. Die Partei, welche die Konvention ablehnt, kann jedoch die Nichtgenehmigung beantragen.[136]

Wird die Scheidung auf gemeinsames Begehren abgewiesen, stellt sich die Frage, ob die abgeschlossene Scheidungsvereinbarung, die von einer Partei nicht mehr gewollt ist, trotzdem in einem nachfolgenden Klageverfahren bindende Wirkung entfaltet. Dies ist zu verneinen, sofern feststeht, dass zwischen dem gemeinsamen Scheidungsbegehren und der abgeschlossenen Vereinbarung über die Scheidungsfolgen ein untrennbarer Zusammenhang beabsichtigt war. Es sollte eine tatsächliche Vermutung dafür bestehen, dass die Vereinbarung über die Scheidungsfolgen nur für das *konkrete Verfahren* einer Scheidung auf gemeinsames Begehren Gültigkeit hat, hingegen die Rechtwirkungen entfallen und bei Abweichung des Begehrens hinfällig werden, so dass sie in einem allfälligen Klageverfahren neu ausgehandelt werden müssen.[137] Auch diese prozessualen Konsequenzen können als Stärkung der Privatautonomie gedeutet werden.

---

133 Vgl. zur Rechtslage aufgrund des Scheidungsrechts von 1998/2000 nachfolgend.

134 Siehe Steck (Fn. 110), S. 1630, wonach die Grundlage für eine Scheidung auf gemeinsames Begehren in grundsätzlicher Hinsicht dieselbe geblieben und erst gegeben ist, wenn die Ehegatten vor dem Scheidungsgericht übereinstimmend erklärt haben, dass sie die Scheidung verlangen und gemeinsam Antrag auf Genehmigung der Vereinbarung über die Scheidungsfolgen stellen. – Zur Rechtsverbindlichkeit der einvernehmlichen Scheidung bedarf es der gerichtlichen Genehmigung der Konvention (Art. 279 ZPO); die private Einigung wird einer formellen und einer eingeschränkten materiellen Prüfung unterzogen. Im Bereich des Güterrechts und des Scheidungsunterhalts kann das Gericht weder mehr noch anderes zusprechen, als die Parteien beantragen. Die Konvention muss klar, vollständig, rechtlich zulässig und darf nicht offensichtlich unangemessen sein (Art. 279 Abs. 1 ZPO). Bei der Prüfung der gemeinsamen Anträge betreffend Teilung der beruflichen Vorsorge muss eine inhaltliche Kontrolle bezüglich der Rechtskonformität erfolgen. Hinsichtlich der kindesrechtlichen Nebenfolgen (elterliche Sorge, Betreuung, Kontakt- und Besuchsrecht sowie Kindesunterhalt) hat die Vereinbarung lediglich die Funktion übereinstimmender Anträge, die das Gericht in keiner Weise binden; vgl. dazu Aebi-Müller/Ziegler (Fn. 112), S. 93 f.

135 Steck (Fn. 110), S. 1631.

136 Steck (Fn. 110), S. 1631; BGE 99 II 359 E. 3b und c; BGer vom 14.07.2005, 5C_270/2004, E. 3.2 *in fine* und 5.4.1; BGer vom 2.10.2008, 5A_599/2007, 5A_626/2007, E. 6.3.1.

137 Gl.M. Steck (Fn. 110), S. 1633.

5. *Unterhaltsvereinbarungen ohne konkrete Scheidungsabsicht (sog. antizipierte Scheidungsvereinbarungen)*

Wird eine vertragliche Regelung von Brautleuten oder Eheleuten ohne jede konkrete Scheidungsabsicht für den Fall einer künftigen (vorerst hypothetischen) Ehescheidung über einen allfälligen nachehelichen Unterhaltsbeitrag getroffen, ist von der vorstehenden Sachlage der Scheidungskonvention und deren Genehmigungsvorbehalt zu differenzieren. Bereits die Frage, ob hierbei überhaupt eine «Vereinbarung über die Scheidungsfolgen» vorliegt, muss als kontrovers gelten und bedarf einer gesonderten Behandlung.[138] Einigkeit dürfte im Schrifttum einzig in der Frage bestehen, dass der Abschluss einer Vereinbarung nicht notwendigerweise während des laufenden Scheidungsverfahrens stattfinden muss, sondern durchaus auch im unmittelbaren Vorfeld der Scheidung erfolgen kann.[139]

Bezüglich der Bindungswirkung von Konventionen muss im Allgemeinen zwischen der Scheidung auf gemeinsames Begehren mit umfassender Einigung, der Scheidung auf gemeinsames Begehren mit teilweiser Einigung und der Scheidung auf Klage unterschieden werden.[140] Ehegatten haben verschiedene Möglichkeiten, ihr Zusammenleben einschliesslich der vermögensrechtlichen Belange ihrer Gemeinschaft vertraglich zu gestalten.[141] Diese Vereinbarungen können Regelungen für das bevorstehende oder bereits bestehende Zusammenleben enthalten, wobei auch bereits eine mögliche zukünftige Scheidung in den Planungshorizont einbezogen werden kann. Damit soll eine gewisse «Planungssicherheit» hinsichtlich des im Moment der Eheschliessung noch unerwünschten Scheidungsrisikos erzielt werden.[142]

6. *Scheidungsrisiko und wirtschaftliche Scheidungsfolgen*

Bereits unter dem früheren Scheidungsrecht hatte sich bezüglich der wirtschaftlichen Scheidungsfolgen zunehmend der Gedanke verfestigt, dass eine einvernehmliche Einigung unter den Betroffenen im Scheidungszeitpunkt – im Rahmen einer sog. Scheidungskonvention – grundsätzlich zu begrüssen sei.[143] Daran hat sich mit der Scheidungsrechtsreform vom Jahr 2000 nichts geändert. Auch der Reformgesetzgeber ging von der Überzeugung aus, dass die wirtschaftliche Scheidungsfolgeregelung in erster Linie Sache der Betroffenen sei.[144] Damit war und ist von einem grundsätzlichen Primat des privatautono-

138 Vgl. Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 938 m.H. in Fn. 85.
139 Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 939.
140 Vgl. dazu Art. 111 ff. ZGB und Art. 274 ff. ZPO.
141 Vgl. dazu allgemein Widmer (Fn. 76), S. 419 ff.
142 Widmer (Fn. 76), S. 420; Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 951 f.
143 Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 948.
144 Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 948 f.

men Handelns der Ehegatten während der Ehe wie auch bei Scheidung auszugehen.

Allerdings ist nicht von der Hand zu weisen, dass der persönliche Ehekonflikt, der – nach der möglicherweise etwas unrealistischen Wunschvorstellung der Beteiligten – durch die Scheidung gelöst werden soll, nicht in jedem Fall zu einem ausgewogenen Ergebnis im Interesse beider Parteien (sowie allfälliger von der Scheidung betroffener Kinder) führen dürfte.[145] Ein gewisser Korrekturmechanismus, welcher gewissermassen der *schrankenlosen Privatautonomie* doch noch Grenzen setzt, erscheint daher unerlässlich.

Das Scheidungsgericht soll sich überzeugen, dass die Scheidungsfolgeregelung – zumindest was den nachehelichen Unterhalt betrifft – dem auf solider Grundlage zustande gekommenen Willen beider Ehegatten entspricht und die eine Partei gegenüber der andern nicht über Gebühr in eklatanter Weise benachteiligt.[146] Daneben können Vereinbarungen über die berufliche Vorsorge abgeschlossen werden, welche vom Gericht nach Massgabe von Art. 280 ff. ZPO genehmigt werden. Diese Bestimmungen sind seit dem 1. Januar 2017 in Kraft. Die *ratio* anlässlich des Reformprozesses sah Folgendes vor:[147] Der Einigung über die wirtschaftlichen Nebenfolgen sollte eine Beurteilung der im Scheidungszeitpunkt vorliegenden Lebensverhältnisse zu Grunde liegen. Diese sollte die Rücksichtnahme auf die (insbesondere je nach Ehedauer und Aufgabenteilung während der Ehe) mehr oder weniger nachhaltige Lebensprägung der Ehegatten durch die eheliche Versorgungsgemeinschaft ermöglichen. Auf dieser Grundlage war dann auch der (grobe) Vergleich zwischen den nach Gesetz zu erwartenden Scheidungsnebenfolgen und der in Aussicht genommenen einvernehmlichen Regelung vorzunehmen.

Das Resultat scheint dem Reformgesetzgeber Recht zu geben, indem erheblich über 90% der Scheidungsverfahren gestützt auf Art. 111/112 ZGB abgeschlossen werden (auch wenn bei der Einleitung häufig noch keine umfassende Scheidungskonvention vorliegt).[148] Damit war auch eine klare Stärkung der Privatautonomie erzielt worden. Allerdings kann diese Entwicklung nicht unkritisch beobachtet werden und müssen die Grenzen dieser erweiterten Privatautonomie abgesteckt werden.

7. *Scheidungsrisiko und «Planungssicherheit» – Möglichkeiten vertraglicher Regelung*

Vereinbarungen, welche während laufender Ehe getroffen werden und ganz gezielt die Folgen einer zukünftigen (einverständlichen) Scheidung für die Ehe-

145 Gl.M. Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 949.
146 Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 949.
147 Vgl. dazu Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 950 f. m.H.
148 Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 950.

gatten verbindlich festlegen sollen (sog. antizipierte Scheidungsvereinbarungen), führen zu zahlreichen Fragen:[149] Einerseits stellt sich die Frage nach der generellen Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung. Damit verbunden wäre zunächst zu klären, ab welchem Zeitpunkt sich eine Scheidung überhaupt «konkret abzeichnet».[150] Je nach betroffenem Themenbereich kann sich des Weiteren die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit der antizipierten Vereinbarung anders beurteilen.[151]

Das Konzept des schweizerischen Gesetzgebers mag wenig «planungsfreundlich» erscheinen, denn dieses verlangt, dass jede Vereinbarung, die Scheidungsfolgen zum Gegenstand hat, der gerichtlichen Prüfung und Genehmigung unterliegt (vgl. Art. 279 ZPO).[152] Dies gilt auch dann, wenn die Scheidungsvereinbarung nicht mehr frei widerrufen werden kann, weil die Bindungswirkung eingetreten ist.[153]

Das Bundesgericht hatte im Jahre 1995 (noch unter altem Scheidungsrecht) die Gelegenheit, eine Unterhaltsvereinbarung, welche vorehelich in einem «Ehevertrag» abgeschlossen worden war, zu beurteilen.[154] Zunächst wurde ausgeführt, dass das Genehmigungserfordernis[155] nicht einfach durch eine Integration in einen Ehevertrag umgangen werden kann.[156] Im Jahre 2003 stützte das Bundesgericht die vorinstanzliche Genehmigung einer antizipierten Unterhaltsvereinbarung.[157] Die Frage der Zulässigkeit einer solchen Unterhaltsvereinbarung stellte sich dem Bundesgericht wiederum im Jahre 2010,[158] wurde allerdings auch in diesem Fall offen gelassen.[159] Das erstinstanzliche Gericht

149 Dazu Widmer (Fn. 76), S. 420.

150 Vgl. zur Frage des «konkreten Scheidungshorizonts» Widmer (Fn. 76), S. 434 f. Danach sind Vereinbarungen über Scheidungsfolgen im Sinne von eigentlichen Scheidungskonventionen dann zulässig, wenn das Scheidungsbegehren zwar noch nicht rechtshängig ist und das konkrete Scheidungsverfahren noch nicht eröffnet wurde, das Verfahren aber unmittelbar bevorsteht. So auch Geiser (Fn. 90), S. 229 Rz. 4.6.

151 Je nach Art der Vereinbarung sind zudem besondere Form- oder Verfahrensvorschriften zu berücksichtigen; vgl. dazu nachstehend.

152 So Steck (Fn. 110), S. 1635.

153 Es kann beim Gericht gegebenenfalls Antrag auf Nichtgenehmigung gestellt werden; vgl. Steck (Fn. 110), S. 1635, welcher darauf hinweist, dass dort wo der Verhandlungsgrundsatz zur Anwendung gelangt, die gerichtliche Überprüfung mit einer gewissen Zurückhaltung erfolgt. Vgl. dazu auch BGE 99 II 359, E. 3c.

154 Vgl. BGE 121 III 393; vgl. dazu nachstehend hinsichtlich der Tragweite von Art. 27 ZGB.

155 Vgl. heute Art. 279 ZPO.

156 *BGE 121 III 393, E. 5b.* Zur Frage der Zulässigkeit (bzw. Unzulässigkeit) einer vorehelich geschlossenen Unterhaltsvereinbarung hat das Bundesgericht in diesem Entscheid nicht explizit Stellung genommen. Im vorliegenden Fall wurde die Unterhaltsvereinbarung jedoch als nicht genehmigungsfähig eingestuft (vgl. E. 5c). Vgl. dazu Guillod (Fn. 66), S. 35 f. und 39.

157 BGer vom 4.12.2003, 5C.114/2003, E. 4 und 5. Der Entscheid erging unter dem Regime des neuen Scheidungsrechts. Das Bundesgericht nahm allerdings nicht explizit Stellung zu den diesbezüglichen Ausführungen der Vorinstanz.

158 BGer vom 2.06.2010, 5A_56/2010. Vgl. dazu Guillod (Fn. 66), S. 35 f.

159 BGer vom 2.06.2010, 5A_56/2010, E. 2.1 ff. Das Bundesgericht folgte der Beurteilung der Vorinstanz, welche keinen übereinstimmenden Parteiwillen feststellen konnte.

seinerseits war mit der Begründung von einer Nichtigkeit der Vereinbarung ausgegangen, dass einerseits der Gesetzgeber keine Privatautonomie vor dem Eheschluss zur Regelung unterhaltsrechtlicher Folgen bei Scheidung vorgesehen habe und andererseits eine solche Abrede gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB verstossen würde.[160] Damit erscheint offen, ob das Bundesgericht die Privatautonomie im Zusammenhang mit antizipierten Unterhaltsvereinbarungen gutheisst oder diese umgekehrt verneint.

8. Beurteilung von Vereinbarungen unter dem Aspekt von Art. 27 ZGB

a. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Ein stärkeres Bewusstsein um die Tragweite von Art. 27 ZGB als allgemeiner Rechtsgrundsatz hat das Bundesgericht in jüngster Zeit bei der Frage nach Umfang und Grenzen der Privatautonomie bei familienrechtlichen Rechtsgeschäften an den Tag gelegt.[161] Diese familienrechtliche Entwicklung nahm ihren Anfang mit BGE 121 III 393 ff.[162] Die Genehmigung wurde der Vereinbarung insbesondere deswegen versagt, weil der nacheheliche Unterhaltsanspruch der Ehefrau aufgrund der Vereinbarung weit hinter dem lag, was ihr nach langen Ehejahren nach Gesetz zustand.[163] Nicht geprüft hat das Bundesgericht hingegen die an sich interessante Fragestellung, ob Art. 27 ZGB nicht bereits *zum Vornherein* einer solchen vorehelichen Unterhaltsvereinbarung entgegenstehen würde. Da die Tragweite der Vereinbarung ohne Kenntnis des konkreten Bedarfs der Unterhaltsberechtigten und die konkrete Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen im Scheidungszeitpunkt bei Abschluss der Vereinbarung nicht abschätzbar war, hätte sich die Frage eines Verstosses gegen Art. 27 ZGB durchaus gestellt.[164] Weiter hätte sich die Frage gestellt, ob die allenfalls ursprünglich zulässige Unterhaltsvereinbarung im Laufe der Zeit wegen nach-

---

160 BGer vom 2.06.2010, 5A_56/2010, E. 2.1.

161 HAUSHEER, Privatautonomie (Fn. 71), S. 872.

162 Zur Beurteilung stand eine Vereinbarung über allfällige nacheheliche Unterhaltsleistungen, welche vorehelich und ohne konkret in Aussicht stehende Scheidung getroffen worden war. Die Unterhaltsvereinbarung sah für den Scheidungsfall eine jährliche Unterhaltszahlung von CHF 5'000.– vor. Weiter war die Unterhaltsleistungspflicht auf eine Gesamtsumme von CHF 50'000.– begrenzt. Zusätzlich wurde ein Vorbehalt für den Fall des Scheidungsverschuldens vorgesehen. Das Bundesgericht verweigerte dieser vorehelichen Unterhaltsvereinbarung bei der Beurteilung der Scheidungsfolgen die richterliche Genehmigung. Vgl. dazu auch WIDMER (Fn. 76), S. 451. Die Prüfung erfolgte im Hinblick auf Art. 158 Ziff. 5 aZGB.

163 Der Entscheid des Bundesgerichts beruhte auf der fehlenden Genehmigung der Scheidungskonvention gestützt auf die voreheliche Vereinbarung, welche angefochten worden war. Vgl. die Besprechung dieses Urteils durch HAUSHEER, Privatautonomie (Fn. 71), S. 872 f. Vgl. zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung GUILLOD (Fn. 66), S. 35 f., welche bezüglich der bundesgerichtlichen Rechtsprechung konstatiert, dass diese stillschweigend von der Zulässigkeit einer Vorabvereinbarung ausgegangen sei oder eine solche zumindest nicht für generell unzulässig erklärt habe. Folglich könne «wohl davon ausgegangen werden, dass antizipierte Unterhaltsabreden nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich zulässig sind.»

164 Gl.M. HAUSHEER, Privatautonomie (Fn. 71), S. 873.

träglicher Unangemessenheit angesichts des *Verbots der übermässigen Bindung* von Art. 27 ZGB – wenn nicht schon vor dem Scheidungszeitpunkt, so doch spätestens bei der gerichtlichen Eheauflösung – hinfällig geworden ist.[165]

Wird eine Unterhaltsvereinbarung bereits vorehelich oder während der Ehe ohne konkreten Scheidungshorizont eingegangen, stellt sich Frage, ob hier nicht analog zu den absolut höchstpersönlichen Entscheidungen betreffend den Eheabschluss bzw. die Eheauflösung, die Anerkennung eines Kindes oder die Freigabe zur Adoption für jedes in der Ehe oder in der eheähnlichen Lebensgemeinschaft geborene Kind aufgrund von Art. 27 ZGB von einem absoluten Bindungsverbot ausgegangen werden muss.[166]

Die Bedeutung von Art. 27 Abs. 2 ZGB und Art. 2 Abs. 2 ZGB wurde in BGE 122 III 97 ff. hinsichtlich der Beurteilung einer Scheidungskonvention geprüft.[167] Die Ehegatten hatten sich auf eine nacheheliche Unterhaltsrente zur Deckung des Notbedarfs geeinigt und dabei einen Verzicht auf eine nachträgliche Abänderung des Unterhaltsbetrages vorgesehen. Aufgrund von verschlechterten finanziellen Verhältnissen des Unterhaltspflichtigen, versuchte dieser – unter Berufung auf Art. 27 ZGB – die Vereinbarung gerichtlich anzufechten und unverbindlich erklären zu lassen. Das Bundesgericht stellte zunächst fest, dass ein Abänderungsverzicht dem Grundsatz nach zulässig und entsprechend verbindlich sei. Auf eine solche Vereinbarung könne die auf Art. 2 ZGB gestützte *clausula rebus sic stantibus* analog zur Anwendung gelangen. Ebenso falle eine solche Abmachung unter den Vorbehalt von Art. 27 Abs. 2 ZGB.[168] Die Mitberücksichtigung der nach Vertragsschluss eingetretenen Entwicklungen führe dazu, dass eine langfristige vertragliche Bindung, die in ihren Auswirkungen vorerst nicht übermässig sei, sich infolge veränderter äusserer Umstände jedoch zu einer Freiheitsbeschränkung mit nicht mehr zumutbaren Auswirkungen wandeln könne.[169] Damit hat das Bundesgericht gestützt auf eine Art. 27/Art. 2 ZGB-Begründung die Einschränkung der Bindungswirkung – und damit der Privatautonomie – unter gewissen Voraussetzungen bejaht.

165 Auf diese zentralen Fragen finden sich im BGE 121 III 393 ff. keine Antworten, da das Bundesgericht diese nicht prüfen musste; vgl. dazu auch die HAUSHEER, Privatautonomie (Fn. 71), S. 873.

166 HAUSHEER, Privatautonomie (Fn. 71), S. 875.

167 Vgl. zu diesem Entscheid GUILLOD (Fn. 66), S. 36.

168 BGE 122 III 97 E. 3.

169 Vgl. dazu EUGEN BUCHER, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Art. 27 ZGB, Bern 1993 (zit. BK-BUCHER), N. 197 zu Art. 27 ZGB.

b. Beurteilung durch die Lehre

Art. 27 Abs. 2 ZGB soll vor rechtsgeschäftlichen Bindungen schützen, welche gegen das Recht der Persönlichkeit verstossen.[170] Im Kernbereich der Persönlichkeit können vertragliche Bindungen zudem nicht rechtswirksam eingegangen werden.[171] Ist der Kernbereich der Persönlichkeit zwar nicht direkt tangiert, kann die eingegangene vertragliche Bindung dennoch einen Verstoss gegen diese Norm darstellen, wenn das zulässige Ausmass der Bindung überschritten worden ist.[172]

Bei der Beurteilung eines allfälligen *Übermasses der Bindung* stehen die Intensität und die Dauer der Bindung im Vordergrund.[173] Eine Verpflichtung über seine finanziellen Kräfte hinaus ist nach der bundegerichtlichen Rechtsprechung nicht verboten.[174] Eine etwas andere Beurteilung drängt sich mit Bezug auf antizipierte Unterhaltsvereinbarungen auf. «Haben die Ehegatten eine Vorausvereinbarung bezüglich des nachehelichen Unterhalts abgeschlossen, könnte diese demnach gestützt auf Art. 2 Abs. 2 oder Art. 27 Abs. 2 ZGB aufgehoben, angepasst oder für einseitig unverbindlich erklärt werden».[175] Verneint das Gericht bei der Beurteilung des konkreten Falles das Vorliegen dieser Voraussetzungen, bedeutet dies noch nicht, dass die Vereinbarung vom Gericht genehmigt wird.[176]

Was die Frage eines *absoluten Bindungsverbots* bei vorehelichen und während der Ehe geschlossenen Unterhaltsvereinbarungen ohne konkreten Scheidungshorizont betrifft, so argumentiert HAUSHEER für ein Verbot von solchen Vereinbarungen, indem er vorbringt, dass «der nacheheliche Unterhalt vor allem nach langen Ehejahren in einer Einverdiener- oder Zuverdienerehe mit knappen bzw. nicht überdurchschnittlichen Mitteln insbesondere für den Unter-

---

170 CLAIRE HUEGENIN/CHRISTOPH PETER REITZE, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch, Kommentar zu Art. 1–456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK ZGB I-HUEGENIN/REITZE), N. 8 zu Art. 27 ZGB; BK-BUCHER (Fn. 169), N. 2 zu Art. 27 ZGB.

171 HEINZ HAUSHEER/REGINA AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. Aufl., Bern 2016, N 11.12 ff (zit. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht).

172 HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht (Fn. 171), N 11.16; BK-BUCHER (Fn. 169), N. 14 f. zu Art. 27 ZGB.

173 BSK ZGB I-HUEGENIN/REITZE (Fn. 170), N. 10 zu Art. 27 ZGB; BK-BUCHER (Fn. 169), N. 274 ff. zu Art. 27 ZGB.

174 Vgl. BGE 95 II 55.

175 GUILLOD (Fn. 66), S. 36; vgl. BGE 129 III 209, E. 2.2 zur Folge einer Verletzung von Art. 27 Abs. 2 ZGB; zustimmend DANIEL LEU/HANS CASPAR VON DER CRONE, Übermässige Bindung und die guten Sitten. Zum Verhältnis von Art. 27 ZGB und Art. 20 OR. Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 129 III 209 vom 30. Oktober 2002 i.S. C., D. und E. (Beklagte und Berufungskläger) gegen A.-Fonds (Kläger und Berufungsbeklagter), SZW 2003, S. 221 ff.; ERNST A. KRAMER, Persönlichkeitsverletzung bei einem über Jahrzehnte immer wieder erneuerten Kaufsrecht mit einem heute wirtschaftlich obsoleten Preisansatz? (BGE 129 III 209 ff.), recht 2004, S. 27 ff., S. 29 ff., kritisch BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE (Fn. 170), N. 19 ff. zu Art. 27 ZGB, welche sich für ein System der flexiblen Nichtigkeit aussprechen.

176 Vgl. GUILLOD (Fn. 66), S. 36 und 38 f.

haltsberechtigten von existenzieller Bedeutung ist».[177] Die Abwägung in solchen Fällen mit Unterhaltsvereinbarungen «auf Vorrat» spricht zugunsten eines absoluten Bindungsverbots.

Dies führt zu einer Einschränkung der Privatautonomie, indem es den (späteren) Ehegatten, welche vorehelich oder während der Ehe ohne konkreten Scheidungshorizont eine Unterhaltsvereinbarung schliessen wollen, im Resultat verunmöglicht wird, eine solche Vereinbarung einzugehen. Eine Vereinbarung über den nachehelichen Unterhalt kann – nach wohl einhelliger Lehre – vorehelich und während der Ehe ohne konkreten Scheidungshorizont geschlossen angesichts zwingenden Gesetzesrechts bzw. mit Rücksicht auf Art. 27 ZGB zum Vorherein keinen Bestand haben. Auf jeden Fall dürfte eine solche Vereinbarung aufgrund von Art. 27 ZGB nachträglich hinfällig werden.[178]

Gemäss anderer Auffassung ist von der *Zulässigkeit* von solchen Scheidungskonventionen «auf Vorrat» auszugehen, wobei auf das Genehmigungserfordernis gemäss Art. 279 ZPO verwiesen wird.[179] So argumentiert etwa SCHWENZER, dass es nach Art. 168 ZGB den Ehegatten ohne Weiteres freistehe, jegliche Rechtsgeschäfte untereinander abzuschliessen.[180] Es wird zudem argumentiert, dass der Vorausvereinbarung die Hypothese einer Scheidung zugrunde gelegt werde, weshalb vom Vereinbarten nur aus triftigen, qualifizierten Gründen abgewichen werden sollte.[181] Auf jeden Fall dürfe die Genehmigung nicht bloss deshalb verweigert werden, weil die Vereinbarung vor der Eheschliessung bzw. während der Ehe – aber ohne konkreten Scheidungshorizont – abgeschlossen worden sei.[182]

9. *Beurteilung von Unterhaltsvereinbarungen im Scheidungsverfahren*

Eine im Rahmen eines Scheidungsverfahrens getroffene Unterhaltsvereinbarung hat es an sich, dass sich die zukünftigen Entwicklungen regelmässig auch in diesem Fall nicht zuverlässig beurteilen lassen. Es lassen sich in Scheidungssituationen der zurzeit bestehende Bedarf des Unterhaltsberechtigten als auch die momentane Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen beurteilen, nicht aber ohne Weiteres die zukünftige Entwicklung von Bedarf und Leistungsfähigkeit.[183] Das Bundesgericht hat sich in BGE 122 III 97 ff. zu einer An-

177 HAUSHEER, Privatautonomie (Fn. 71), S. 875.

178 HAUSHEER, Privatautonomie (Fn. 71), S. 879.

179 Vgl. SCHWENZER (Fn. 66), S. 1 ff., insbesondere S. 6; BREITSCHMID, Scheidungsplanung (Fn. 66), S. 1607 ff.

180 Dabei könne auch auf den grundlegenden BGE 121 III 393 ff. verwiesen werden, welcher von der «selbstverständlichen generellen Zulässigkeit derartiger Vereinbarungen» ausgehe; vgl. AJP 1996, S. 1156 ff. m.Anm. SCHWENZER, bestätigt durch BGer, FamPra.ch 2004, S. 345 ff., S. 349; SCHWENZER (Fn. 66), S. 6.

181 BREITSCHMID, Scheidungsplanung (Fn. 66), S. 1610.

182 BREITSCHMID, Scheidungsplanung (Fn. 66), S. 1612. Vgl. dazu auch ausführlich GUILLOD (Fn. 66), S. 37 ff.

183 HAUSHEER, Privatautonomie (Fn. 71), S. 874.

wendung der *clausula rebus sic stantibus* mit seinem verhältnismässig strengen Beurteilungsmassstab bekannt.[184] Ob dies sachgerecht war, kann man sich fragen, sind die Unwägbarkeiten doch praktisch in jedem Fall vorhanden. Eine Einschränkung der Parteiautonomie im Sinne einer «Korrektur» mittels der *clausula rebus sic stantibus* sollte jedenfalls nur aus stichhaltigen Gründen erfolgen.[185]

Die Zulässigkeit von vorgängig abgefassten Vereinbarungen im Zusammenhang mit dem nachehelichen Unterhalt wird von verschiedenen Seiten unter Rückgriff auf Art. 27 ZGB mit folgenden Argumenten verneint:[186] (1) Der nacheheliche Unterhalt sei für den Berechtigten – insbesondere nach langen Ehejahren in einer Einverdiener- oder Zuverdienerehe – von existenzieller Bedeutung.[187] (2) Bei der nachehelichen Eigenversorgung habe das Erwerbseinkommen bzw. sein Ersatz durch den nachehelichen Unterhalt im Vergleich zum Vermögensertrag regelmässig ein überwiegendes Gewicht.[188] Dadurch würden die Ehegatten je nach Sachlage faktisch in ihrer Freiheit beschränkt, auf eine Scheidung hinzuwirken, was wiederum den höchstpersönlichen Kernbereich von Art. 27 ZGB betreffe.[189] Damit sei eine Bindung in diesem Bereich von vornherein ausgeschlossen.[190] Eine durchsetzbare Vereinbarung über den nachehelichen Unterhalt wäre lediglich dann möglich, wenn eine konkrete Scheidung sich bereits abzeichnet.[191] Ausgeschlossen wäre hingegen eine Vereinbarung über den nachehelichen Unterhalt «auf Vorrat».[192]

Selbst wenn nicht von einem absoluten Bindungsausschluss ausgegangen wird, werden antizipierte Vereinbarungen als übermässig qualifiziert, weil sich

---

184 Hausheer, Privatautonomie (Fn. 71), S. 874. Vgl. v.a. auch Jakob, Scheidungskonvention (Fn. 66), S. 280 ff.

185 Zudem wäre anzufügen, dass der Unterhaltspflichtige bereits durch das Instrumentarium des Vollstreckungsrechts geschützt wird – und dies häufig zulasten der unterhaltsberechtigten Partei geht.

186 Vgl. Hausheer, Privatautonomie (Fn. 71), S. 872 ff., S. 875 und 879; Regina Aebi-Müller, Ehe- und Erbrecht, in: Jürg Schmid (Hrsg.), Die Belehrungs- und Beratungspflicht des Notars, Beiträge der Weiterbildungsseminare der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 13. September 2005 in Lausanne und vom 28. September in Zürich, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 67 ff., S. 76; Geiser (Fn. 90), S. 229 Rz. 4.6.

187 Hausheer, Privatautonomie (Fn. 71), S. 875; ähnlich Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 954.

188 Hausheer/Aebi-Müller, Ehe- und Erbverträge (Fn. 114), S. 188.

189 Aebi-Müller, Ehe- und Erbrecht (Fn. 114), S. 76.

190 Aebi-Müller, Ehe- und Erbrecht (Fn. 114), S. 76; Heinz Hausheer, Neuere Entwicklungen zum Persönlichkeitsrecht, Höchstpersönlichkeit der Persönlichkeitsrechte als Schranke des postmortalen Persönlichkeitsschutzes und der Privatautonomie ausserhalb und innerhalb der Familie bis hin zu den Unterhaltsvereinbarungen und zur Wahl des Güterstandes, in: Bucher et al. (Hrsg.), Norm und Wirkung, Festschrift für Wolfgang Wiegand, Bern 2005, S. 319 ff., S. 344 f.; a.M. Breitschmid, Scheidungsplanung (Fn. 66), S. 1607 ff., Kritisch, was eine Bindung im Voraus betrifft, auch Philippe Meier, Planification du divorce: une illusion? Les conventions anticipées d'entretien en droit suisse, in: Recueil de travaux en l'honneur du Professeur Suzette Sandoz, Genève/Zurich/Bâle 2006, S. 289 ff., S. 304.

191 Widmer (Fn. 76), S. 451 m.H.

192 Widmer (Fn. 76), S. 451 m.H.

die tatsächlichen Gegebenheiten während der Ehe massgeblich ändern und die Verhältnisse im Zeitpunkt der Scheidung nicht vorhergesehen werden können.[193] Der Planungsspielraum der Ehegatten erscheint deshalb in diesem Bereich mit gutem Grund beschränkt. Dies hängt auch damit zusammen, dass die Angemessenheit von Unterhaltsregelungen massgeblich von der vorgängigen güterrechtlichen Auseinandersetzung und dem erfolgten Vorsorgeausgleich[194] beeinflusst wird.[195]

10. Zwischenfazit – nachehelicher Unterhalt und güterrechtliche Folgen

Die Vereinbarung über den nachehelichen Unterhaltsbeitrag stellt eine genehmigungsbedürftige Einigung dar. Sie wird bezüglich «offensichtlicher Unbilligkeit» geprüft.[196] Dabei kann ein Zusammenhang mit dem Ergebnis der konkreten güterrechtlichen Auseinandersetzung bestehen.[197] Dieses kann zusammen mit anderen Faktoren für die nacheheliche Eigenversorgungskapazität im Sinne von Art. 125 Abs. 1 ZGB massgebend sein. Bezüglich der *offensichtlichen Unbilligkeit* der Vereinbarung kann geprüft werden, «ob der nacheheliche Unterhaltsbeitrag dem vorteilhaft oder weniger vorteilhaft ausfallenden Ergebnis der güterrechtlichen Auseinandersetzung hinreichend Rechnung trägt».[198] Das Ergebnis der güterrechtlichen Auseinandersetzung anlässlich einer Scheidung beeinflusst sowohl den Bedarf des Unterhaltsberechtigten als auch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten.[199] Damit kann es zu einer indirekten Verknüpfung zwischen dem nachehelichen Unterhalt und dem eventuell vertraglichen (bzw. vertraglich modifizierten) Güterstand kommen.

Die Privatautonomie besteht in allen übrigen Fällen in sehr weitgehendem Masse, zumindest sofern das Güterrecht der Ehegatten betroffen ist, und eingeschränkt dort, wo Fragen des nachehelichen Unterhalts betroffen sind. Unterschiede sind hierbei insbesondere in zeitlicher Hinsicht zu machen: Verfolgen die Parteien die Absicht, bereits vorehelich oder während der Ehe die Schei-

---

193 Vgl. Widmer (Fn. 76), S. 453.

194 Vgl. dazu seit 1. Januar 2017 neu die Art. 122–124e ZGB und Art. 280 und 281 ZPO.

195 Widmer (Fn. 76), S. 451 und 453. Im BGE 121 III 393 hatte sich das Bundesgericht (unter altem Scheidungsrecht) zu einer bereits im Ehevertrag vereinbarten Regelung über den nachehelichen Unterhalt zu äussern und hat sich für die grundsätzliche Zulässigkeit von antizipierten Vereinbarungen betreffend den nachehelichen Unterhalt ausgesprochen. Indessen hat es in einem späteren Entscheid (BGE 122 III 97 [98], E. 3a) festgestellt, dass familienrechtliche Verhältnisse in der Regel auf Dauer angelegt seien und dass das Verbot übermässiger Bindung nach Art. 27 ZGB zumindest verlange, dass die rechtgeschäftliche Konkretisierung dieser Verhältnisse zwingend einem Abänderungsvorbehalt unterstehen müssten. Das Bundesgericht hatte in diesem Entscheid verneint, dass die Voraussetzungen für die Anwendung der clausula rebus sic stantibus vorlägen.

196 Vgl. dazu vorstehend.

197 Hausheer, Privatautonomie (Fn. 71), S. 877.

198 Hausheer, Privatautonomie (Fn. 71), S. 877.

199 Hausheer, Privatautonomie (Fn. 71), S. 879.

dungsfolgen zu regeln, so bestehen insbesondere bezüglich der Unterhaltsregelung Einschränkungen der Privatautonomie, welche auf Art. 2 Abs. 2 ZGB und Art. 27 ZGB gestützt werden. Treffen hingegen die Parteien im Zusammenhang mit einer bevorstehenden Scheidung oder während eines laufenden Scheidungsverfahrens Abmachungen, so unterliegen diese einzig dem in Art. 111 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 279 ZPO statuierten Genehmigungsvorbehalt, welcher der Parteiautonomie einen grosszügig weiten Rahmen einräumt.

Die aufgeführten Entwicklungen des Ehe- und Scheidungsrechts deuten klar auf eine Ausweitung der Privatautonomie hin. Sowohl das materielle Recht wie auch das Prozessrecht haben der Privatautonomie einen grösseren Stellenwert eingeräumt. Das Konzept des schweizerischen Scheidungsrechts geht zudem klar davon aus, dass die Scheidung auf gemeinsames Begehren bewusst gefördert werden soll und diese deshalb in der faktischen Hierarchie der Scheidungsgründe im Vordergrund steht.[200] Damit aber wurde die Grundlage geschaffen, dass kein Raum mehr bleibt, um vereinbarte Regelungen gegen den Willen der betroffenen Ehegatten gerichtlich abzuändern.[201] Anders hat die deutsche Rechtsprechung entschieden, welche eine Wirksamkeitskontrolle solcher Vereinbarungen kennt.[202] Die deutsche Regelung zeigt, dass auch ein liberales System, das die Planung – und damit die Privatautonomie – «grundsätzlich bejaht und ermöglicht, Instrumente braucht, um Missbräuche und stossende Ergebnisse zu verhindern».[203]

III. Zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft

1. Eheliche Perspektiven und nichteheliche Lebensgemeinschaft

Nach dem früheren Primat der Ehe folgte in der jüngeren Entwicklung in ganz Europa die gesellschaftliche und mit einiger Verzögerung die rechtliche Anerkennung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft sowie (meist auch) der gleichgeschlechtlichen Partnerschaften. Welche und wie viele Modelle von Lebensgemeinschaften das Recht zur Verfügung stellt und ob homo- und heterosexuelle Paare die gleichen Wahlmöglichkeiten haben, wird nach wie vor unterschiedlich geregelt.[204]

---

200 Steck (Fn. 110), S. 1634 f. Siehe dazu auch die Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft und Ehevermittlung) vom 15. November 1995, BBl 1996 I S. 1 ff. (zit. Botschaft Revision Scheidungsrecht), S. 29 f.; vgl. ferner Urs Gloor, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch, Kommentar zu Art. 1–456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK ZGB I-Gloor), N. 1 zu Art. 111 ZGB; Daniel Steck, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch, Kommentar zu Art. 1–456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK ZGB I-Steck), N. 2 zu Art. 114 ZGB.

201 Steck (Fn. 110), S. 1635.

202 Vgl. dazu Steck (Fn. 110), S. 1634.

203 Gl.M. Steck (Fn. 110), S. 1634.

204 Vgl. ausführlich Jens M. Scherpe, The Present and Future of European Family Law, Volume IV of European Family Law, Cheltenham, 2016, S. 42 ff.; vgl. dazu die Rezension von Regina

Vergleicht man die Ehe mit der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, so ist festzustellen, dass erstere «von ihrer Absicht her weiterhin auf eine dauerhafte Lebensgemeinschaft angelegt ist. Daher wird sie weiterhin rechtlich in starkem Masse durch zwingendes Recht geregelt.»[205] Allerdings kommt der Gesetzgeber nicht umhin zur Kenntnis zu nehmen, dass die Ehe aus verschiedenen Gründen «brüchiger geworden ist»[206]. Scheidung und Scheidungsfolgen müssten daher, würde man dies tatsächlich berücksichtigen, vermehrt die Lebensplanung beeinflussen;[207] denn mit der Scheidung muss heute schon beim Eheschluss in stärkerem Masse gerechnet werden, als dies noch in der ersten Hälfte des vergangenen Jahrhunderts der Fall war.

Inwieweit allerdings von den Möglichkeiten der privatautonomen rechtlichen Absicherung und Planungsmöglichkeit effektiv schon beim Abschluss oder im Laufe der Ehe Gebrauch gemacht wird, erscheint weitgehend ungewiss. Insbesondere erscheint fraglich, ob ein grösseres Mass von privatautonomer Planungsfreiheit auch zu einem vermehrten Gebrauch des ehevertraglichen Instrumentariums geführt hat. Weiterhin ungeklärt bleibt zudem, welche Schlüsse der Gesetzgeber daraus im Hinblick auf zukünftige Revisionen ziehen sollte.[208]

2. *Von der Registrierten Partnerschaft zur Regelung pluraler Familienformen*

Die Forderung nach einer Besserstellung der Partner nichtehelicher Lebensgemeinschaften, namentlich auch in gleichgeschlechtlichen Beziehungen, hat zur Einführung der registrierten Partnerschaft geführt.[209] In vielen Bereichen des Privatrechts wurde damit die Gleichstellung der registrierten Partner mit den Ehegatten erzielt. Allerdings hat die Tatsache, dass bei diesen Beziehungen idealtypisch von einem kinderlosen Doppelverdienerpaar auszugehen ist, zu gewissen Abweichungen gegenüber dem Eherecht geführt. Die Regelung der Ehe basiert demgegenüber weiterhin – nicht zuletzt im Hinblick auf Kinder – nach wie vor auf dem Idealtypus der zeitweisen Einverdiener- bzw. Zuverdienerehe.[210]

Aebi-Müller, Besprechung von: Scherpe Jens, The Present and Future of European Family Laws, Volume IV of European Family Law, Cheltenham u.a. 2016, in: RabelsZeitschrift 2017 (zit. Aebi-Müller, RabelsZeitschrift 2017), S. 924 ff.

205 Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 947.

206 Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 947.

207 Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 947.

208 Vgl. dazu auch Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 947 f.

209 Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (Partnerschaftsgesetz, PartG) vom 18.06.2004, SR 211.231. Weitergehende Forderungen werden etwa durch Michelle Cottier, Ein zeitgemässes Erbrecht für die Schweiz, Bericht zur Motion 10.3524 Gutzwiller «Für ein zeitgemässes Erbrecht» zuhanden des Bundesamts für Justiz, Sondernummer Not@lex/successio 2014, S. 29 ff., S. 35 f. erhoben, welche die Schaffung eines Rechtsinstituts «faktische Lebensgemeinschaft» fordert.

210 Vgl. etwa Heinz Hausheer/Regina Aebi-Müller, Familienerbrecht und Testierfreiheit in der Schweiz, in: Dieter Henrich/Dieter Schwab (Hrsg.), Familienerbrecht und Testierfreiheit im eu-

Die Vorstellungen des Gesetzgebers über die Grundlagen der Scheidungsfolgeregelung haben sich (erstaunlicherweise) weniger gewandelt, als man angesichts der fast explosionsartigen Zunahme der Scheidungen seit den Sechzigerjahren des vergangenen Jahrhunderts denken könnte.[211] Allerdings wird in neuester Zeit konstatiert, dass sich der heutige Gesetzgeber immer weniger an der traditionellen Familie orientiert.[212] Vielmehr richtet sich dieser mehr und mehr danach aus, dem Einzelnen möglichst viel *Freiheit in der individuellen Lebensgestaltung* zu gewähren:[213] «Die Rechtsordnung darf den Menschen nicht vorschreiben, wie sie zu leben haben.»[214] Es sei somit eine zunehmende Tendenz auszumachen, diese Diversität soweit immer möglich anzuerkennen und auch rechtlich zu berücksichtigen, wobei diese Tendenz allerdings im Widerstreit zu traditionell ausgerichteten Minderheitspositionen stehe.[215]

Das Ziel, die heutigen gesellschaftlichen Realitäten und Werteordnungen der Gesellschaft im Recht abzubilden und dabei gleichzeitig der berechtigten Forderung nachzukommen, die «Pluralisierung der Lebensformen»[216] in egalitärer Weise zu berücksichtigen und für alle Betroffenen befriedigende Normen zur Verfügung zu stellen, ist allerdings sehr hochgesteckt.[217] «Solange nur die Ehe geregelt werden musste, war die durch die Gesetzgebung angestrebte Reduktion der Komplexität einfach zu erreichen, weil sowohl der Reglungsgegenstand als auch die mit der Regelung zu erreichenden Ziele klare Konturen aufwiesen.»[218]

Die Herausforderung, sämtlichen gelebten individuellen und partnerschaftlichen Lebensformen gerecht zu werden, erscheint dabei als eigentliche «Herkulesaufgabe», wenn nicht gar als ein «Ding der Unmöglichkeit».[219] Die bisherige Dichotomie von Ehe (sowie eingetragener Partnerschaften) und nichtehelichen Lebensgemeinschaften – Statusverhältnis mit positivrechtlicher Regelung und Gemeinschaften ohne solche Gesetzesregelung – wird sich voraussichtlich in naher Zukunft auflösen.[220]

---

ropäischen Vergleich, Beiträge zum europäischen Familienrecht, Bd. 7, Bielefeld 2001, S. 213 ff. (Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht), S. 247.

211 Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 948.

212 Vgl. David Rüetschi, Zur Dynamisierung der Gesetzgebung im 21. Jahrhundert – Gedanken zur «Gesetzgebungsbaustelle» Familienrecht, in: Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Thomas Sutter-Somm, Zürich 2016, S. 881 ff., S. 889.

213 Rüetschi (Fn. 212), S. 889.

214 Simonetta Sommaruga, Avenir familles!, Eintretensvotum, zur Tagung vom 24. Juni 2014, FamPra.ch 2014, S. 781 ff., S. 783.

215 Rüetschi (Fn. 212), S. 889.

216 Ingeborg Schwenzer, Grundlinien eines modernen Familienrechts aus rechtsvergleichender Sicht, RabelsZeitschrift 71/2007, S. 705 ff. S. 708. Vgl. zum Wandel des Familienbildes etwa Klaus Preisner, Familialer Wandel und Wandel von Familienrecht und -politik, FamPra.ch 2014, S. 784 ff., S. 786 f.; vgl. auch Cottier (Fn. 209), S. 30 ff.

217 Rüetschi (Fn. 221), S. 890.

218 Rüetschi (Fn. 221), S. 890.

219 Vgl. im Einzelnen Rüetschi (Fn. 221), S. 890.

220 Vgl. Rüetschi (Fn. 221), S. 882 ff.

Unklar erscheint, wie sich dies auf die Privatautonomie auswirken wird. Geht man von einer stärkeren Reglementierung der als «plurale familiale Wirklichkeiten» verstandenen «Gebilde» aus, würde dadurch die Privatautonomie – formal gesehen – zurückgedrängt. Allerdings würde durch die Zulassung von weiteren rechtlich anerkannten Lebensformen, welche den Parteien zur Wahl stünden, die Parteiautonomie gleichzeitig wiederum gestärkt. Schliesslich wäre zu konstatieren, dass die Privatautonomie nie Selbstzweck sein kann; eine gezielte Regelung, um Ungerechtigkeiten und Ungleichheiten auszugleichen, kann durchaus Sinn machen, ja kann geradezu geboten erscheinen.

IV. Grenzen der Privatautonomie in familienrechtlichen Konstellationen i.w.S.

1. Beim güterrechtlichen Ausgleich und Verzicht auf den Vorsorgeausgleich

Der totale Ausschluss jeglichen güterrechtlichen Ausgleichs sowie der gänzliche Verzicht auf den Versorgungsausgleich und auf nachehelichen Unterhalt, wie sie die deutsche Rechtsprechung teilweise zugelassen hat,[221] scheint kein erstrebenswertes Ziel der hiesigen Rechtsentwicklung zu sein. Es kann zu Fällen kommen, in denen die gesetzlich an sich zulässige individuelle Scheidungsfolgenregelung sich einseitig zu Lasten jenes Ehegatten auswirkt, der in der über längere Zeit arbeitsteilig gelebten Ehe in grösserem Masse als der andere auf eine eigene Erwerbstätigkeit verzichtet oder aus familiären Gründen Karriereeinbussen in Kauf genommen hat.

In solchen Fällen muss die gemeinsam individuell gestaltete Scheidungsfolgenregelung im Nachhinein vielfach als unzumutbar bezeichnet werden.[222] «Das ruft [...] die allgemeinen Grenzen der Rechtsordnung (für die Schweiz insbesondere Art. 2 und 27 ZGB bzw. 19 und 20 OR) in Erinnerung, die bei jeder privatautonomen Gestaltung der Lebensverhältnisse zu beachten sind.»[223]

Aus der Optik der jüngeren Entwicklungen in ganz Europa sind folgende Trends festzustellen:[224] Ausgangspunkt stellt als gemeinsamer Kern die zumindest formale Gleichstellung von Mann und Frau dar. In praktischer Hinsicht wirkt sich dies namentlich in einer Aufteilung der Vorsorge und den weiteren wirtschaftlichen Nebenfolgen der Scheidung aus. Allerdings lässt sich auch in diesem Bereich das Spannungsfeld zwischen individueller Autonomie und staatlicher Absicherung erkennen.

---

221 Vgl. dazu HAUSHEER/STECK (Fn. 66), S. 926 ff. m.w.H.; ferner GUILLOD (Fn. 66), S. 87 f. und S. 100 f.

222 HAUSHEER/STECK (Fn. 66), S. 954.

223 HAUSHEER/STECK (Fn. 66), S. 954 f.

224 Vgl. ausführlich SCHERPE (Fn. 204), S. 42 ff.; vgl. dazu die Rezension von AEBI-MÜLLER, RabelsZeitschrift 2017 (Fn. 204), S. 924 ff.

2. *Bei der vertraglichen Unterhaltsregelung*

Ziele wie Planungssicherheit und individuelle Lebensabsicherung können keine absolute Geltung beanspruchen; es muss vielmehr abgewogen werden.[225] Insbesondere im Hinblick auf scheidungsunabhängig eingegangene Scheidungsfolgevereinbarungen ist zentral in die Überlegung einzubeziehen, auf was man gegenüber dem in der Zukunft liegenden gesetzlichen Scheidungsunterhalt verzichtet.[226] Beim nachehelichen Unterhalt bleibt – wie vorstehend ausgeführt – zu bedenken, dass man im Zeitpunkt einer von der gesetzlichen Ordnung abweichenden vertraglichen Regelung noch gar nicht wissen kann, auf was man verzichtet.[227] Auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts ist noch nicht derart gefestigt, dass man erkennen könnte, in welchem Mass bzw. bei welchen Fallgruppen von vorsorglichen Scheidungsvereinbarungen Art. 27 Abs. 2 ZGB als anfänglicher Nichtigkeitstatbestand zur Anwendung gelangen müsste bzw. eine nachträgliche Korrektur der Scheidungsfolgenregelung erfolgen könnte.[228]

Was die mögliche Einordnung für diese nachträgliche, vom Gericht im Scheidungsfall vorzunehmende Kontrolle betrifft, so kann man *zwei Konzepte* herausarbeiten, welche sich entwicklungszeitlich festmachen lassen: Erstens, das mit der Scheidung auf gemeinsames Begehren verbundene Erfordernis einer nachträglichen Bestätigung einer früheren rechtsgeschäftlichen Regelung und die gerichtlich auf «offensichtliche Unbilligkeit» hin eingeschränkte Pri-

---

225 Vgl. zur Güterabwägung durch das deutsche Bundesverfassungsgericht HAUSHEER/STECK (Fn. 66), S. 955 ff. m.w.H.; insbesondere S. 955 f., welcher folgendes ausführt: «Mit der richterlichen Nachkontrolle im Rahmen von § 138 BGB wird – ungeachtet der im deutschen BGB nach wie vor nachzulesenden Zusicherung der vollen Privatautonomie auch im Bereich der wirtschaftlichen Scheidungsfolgen – letztlich (freilich unter nicht unerheblich geänderter Optik) nachträglich wieder eine Einschränkung eingeführt, die in der Schweiz als Verbot der übermässigen Bindung gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB grundsätzlich bei allen Rechtsgeschäften zu beachten bleibt. (...) Während aber bei der Sittenwidrigkeit gemäss § 138 BGB die ausserordentliche Ungleichgewichtslage der Kontrahenten im Vordergrund steht, geht es bei Art. 27 Abs. 2 ZGB um das Übermass an Bindung in eine ungewisse Zukunft hinein und damit um einen nicht hinnehmbaren Verlust an unverzichtbarer Gestaltungfreiheit.» Siehe zur Beurteilung von Eheverträgen ‹auf Vorrat› in Deutschland auch STECK (Fn. 110), S. 1623 f.: «In Deutschland ist zur Frage der Zulässigkeit und Verbindlichkeit solcher Eheverträge eine umfangreiche Gerichtspraxis entstanden. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gilt auch bei Eheverträgen zwar von Gesetztes wegen der Grundsatz der Vertragsfreiheit und Privatautonomie, doch haben die Gerichte dort Grenzen zu setzen, ‹wo der Vertrag nicht Ausdruck und Ergebnis gleichberechtigter Partnerschaft ist, sondern eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehegatten widerspiegelt› (BVerfG vom 6.2.2001 und 29.3.2001 wiedergegeben in FamRZ 2001, 343 ff. und 985; BGH in BGHZ 158, 81 ff., 88 ff (= FamRZ 2004, 601 ff.).»

226 Gl.M. HAUSHEER/STECK (Fn. 66), S. 956.

227 HAUSHEER/STECK (Fn. 66), S. 958.

228 HAUSHEER/STECK (Fn. 66), S. 957 m.H. auf zwei Bundesgerichtsentscheide: Im umstrittenen BGE 121 III 393 ff. war die zu beurteilende vertragliche Scheidungsfolgenregelung derart offensichtlich unbillig, dass auf die Frage der Grenzen der anfänglichen Abschlussfreiheit gar nicht eingegangen werden musste. In BGE 122 III 97 ff. anerkannte das Bundesgericht die *clausula rebus sic stantibus* als in Art. 27 Abs. 2 ZGB verankert.

vatautonomie im Scheidungszeitpunkt;[229] und zweitens, die erweiterte Privatautonomie mit «vollumfassender», «griffiger» Gerichtskontrolle im Scheidungszeitpunkt.[230]

Typisch für moderne Eherechte ist sodann die *Erweiterung der Autonomie* der Ehegatten in der konkreten Ausgestaltung ihrer Beziehung, etwa mit Hilfe eines Ehevertrages.[231] Diese verstärkte Selbstbestimmung ist jedoch nicht nur uneingeschränkt zu begrüssen, da Eheverträge mit erheblichen Unsicherheiten verbunden sind und zudem – trotz formaler Gleichberechtigung – die strukturell schwächere Partei leicht benachteiligen.[232] Damit ergibt sich deutlich das auch in anderen Bereichen des Familienrechts erkennbare Spannungsfeld zwischen individueller Autonomie und staatlicher Absicherung. Auch hier bleiben gewisse Schutzbedürfnisse, welche es mit sinnvollen Regeln und einer gewissen Kontrolle durch den Richter zu wahren gilt.

3. Bezüglich nichtehelicher Lebensgemeinschaften

Bisher war davon auszugehen, dass bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften ein Maximum an Privatautonomie besteht. So können Partner einer nichtehelichen Gemeinschaft allfällige vom Gesetz nicht vorgesehene Unterhaltsansprüche bei Auflösung ihrer Verbindung nur gestützt auf eine ausdrückliche, wenn auch bloss formfreie vertragliche Vereinbarung durchsetzen.[233] Ob hier nicht eine zumindest punktuelle Regelung vonnöten wäre, wird heute m.E. zu Recht kontrovers diskutiert.[234]

---

229 Für dieses Konzept eintretend HAUSHEER/STECK (Fn. 66), S. 958.

230 Dafür eintretend u.a. ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Reformbedürftiges Scheidungsrecht: ausgewählte Fragen, in: Scheidungsrecht, Aktuelle Probleme und Reformbedarf, Symposium zum Familienrecht 2007, Zürich/Basel/Genf, 2008, S. 1 ff., S. 15 ff.

231 SCHERPE (Fn. 204), S. 61 ff.

232 So auch SCHERPE (Fn. 204), S. 62 f.

233 HAUSHEER/STECK (Fn. 66), S. 948. In der Lehre wird teilweise die Forderung nach der Schaffung eines Rechtsinstituts «faktische Lebensgemeinschaft» erhoben; so etwa durch COTTIER (Fn. 209), S. 35 ff. Sie macht folgendes geltend: «Dem Anliegen des Schutzes der Privatautonomie kann auch im Fall der automatischen Anknüpfung von Rechtswirkungen an eine faktische Lebensgemeinschaft Rechnung getragen werden. Es empfiehlt sich denn auch nach dem Vorbild ausländischer Regelungen eine Möglichkeit des «opt-out» vorzusehen, d.h. eine Möglichkeit des Abschlusses eines von den gesetzlichen Regelungen abweichenden Partnerschaftsvertrags. Zum Schutz der schwächeren Partei empfiehlt es sich, analog zu den Formvorschriften betreffend Abschluss eines Ehevertrags, die öffentliche Beurkundung vorzuschreiben.»; COTTIER (Fn. 209), S. 36.

234 So weist etwa COTTIER (Fn. 209), S. 32 f. hinsichtlich der Motive zum Verzicht auf eine Eheschliessung darauf hin, dass Forschungsergebnisse aus dem Ausland den Schluss nahelegen, dass dieser Verzicht oftmals nicht auf einem bewussten, rationalen und privatautonomen Entscheid beruhten, auf die Rechtwirkungen einer Ehe zu verzichten. Gründe wären etwa fehlende Kenntnisse in Bezug auf die Rechtlage oder eine Zurückhaltung, über die als schwierig empfundenen Themen der gegenseitigen Rechtsansprüche im Fall einer Trennung oder über die Möglichkeit des Todes eines Partners zu sprechen. Da es für den Eheschluss das Einverständnis beider Parteien braucht, bestehe schliesslich die Gefahr, dass die finanziell stärkere Partei aus

Nichteheliches Zusammenleben als zunehmende gesellschaftliche Erscheinung hat die Ehe nicht verdrängt. Viele Staaten sehen jedoch die Notwendigkeit zum Erlass von Regeln, welche insbesondere bei Auflösung der Paarbeziehung greifen.[235] Im Zusammenhang mit solchen Bestimmungen wird zumindest von einem Teil der Lehre eine reine «opt-in-Lösung» für ungenügend erachtet, «da es immer Paare geben wird, die sich einer solchen bewussten Entscheidung gerade entziehen – nicht selten aus Unwissenheit über die möglichen Rechtsfolgen eines formal nicht abgesicherten Zusammenlebens».[236] Es spricht einiges dafür, gezielt und entsprechend dem konkreten Schutzbedürfnis der Betroffenen ein Minimum an Schutznormen vorzusehen, welche aufgrund des faktischen Zusammenlebens – und nicht aufgrund einer entsprechenden konkreten Willensäusserung der Partner – zur Anwendung gelangen.[237]

4. *Liberalisierung der Scheidung – Scheidung ohne Gericht?*

Ein weiterer Trend im Eherecht stellt schliesslich die Liberalisierung der Scheidung dar.[238] Symptomatisch für diese Entwicklung war der Übergang vom Verschuldensprinzip zum Zerrüttungsprinzip. Eheverfehlungen wurden als Scheidungsgründe in praktisch allen europäischen Rechtsordnungen entweder abgeschafft oder spielen (neben der Scheidung wegen unheilbarer Ehezerrüttung) nur noch eine untergeordnete Rolle.[239]

Daneben lässt sich eine starke Tendenz zur einvernehmlichen Scheidung – als Ausfluss der Privatautonomie der Ehegatten – beobachten.[240] Die einverständliche Scheidung erfolgt durch entsprechende Erklärung der Ehegatten gegenüber dem Gericht. Der gemeinsame Scheidungswille bildet sodann die Grundlage der richterlich ausgesprochenen Scheidung.

Noch einen Schritt weiter gehen Länder, welche auf die Mitwirkung einer richterlichen Behörde bei der Scheidung verzichten. Die Scheidung erfolgt dann privatautonom, etwa durch Erklärung gegenüber den für die Registrierung

---

durchaus rationalen, aber eigennützigen Gründen ihr Einverständnis zur Formalisierung der Partnerschaft verweigere, was sich zulasten der aufgrund der einseitigen Übernahme von unbezahlter Arbeit (Hausarbeit, Kinderbetreuung, Pflege) schwächeren Partei auswirke. Vgl. zu den sozialwissenschaftlichen Erkenntnissen COTTIER (Fn. 209), S. 31 ff.

235 SCHERPE (Fn. 204), S. 69 ff.; vgl. dazu die Rezension von AEBI-MÜLLER, RabelsZeitschrift 2017 (Fn. 204), S. 924 ff.

236 AEBI-MÜLLER RabelsZeitschrift 2017 (Fn. 204), S. 924–928, insbesondere S. 926; vgl. auch SCHERPE (Fn. 204), S. 69 ff.

237 AEBI-MÜLLER, RabelsZeitschrift 2017 (Fn. 204), S. 926.

238 ANATOL DUTTA/DIETER SCHWAB, Einleitung, in: Dutta/Schwab/Henrich/Gottwald/Löhnig (Hrsg.), Scheidung ohne Gericht? Neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht, Beiträge zum europäischen Familien- und Erbrecht, Bd. 18, Bielefeld 2017, S. 5 ff., S. 5; SCHERPE (Fn. 204), S. 67 ff.; vgl. dazu AEBI-MÜLLER, RabelsZeitschrift 2017 (Fn. 204), S. 924 ff.

239 DUTTA/SCHWAB (Fn. 238), S. 5.

240 DUTTA/SCHWAB (Fn. 238), S. 5.

zuständigen Stellen.[241] In Anbetracht dieser Entwicklungen stellt sich die Frage nach der Begründung einer staatlichen Mitwirkung im Rahmen des Scheidungsverfahrens.[242] Diese kann darin gesehen werden, dass das Gericht für eine gerechte Regelung der ökonomischen Scheidungsfolgen zu sorgen und das Wohl der betreuungs- und unterstützungsbedürftigen Kinder sicherzustellen hat.[243]

Auch im Bereich des Scheidungsrechts lässt sich das *Spannungsfeld* zwischen individueller Autonomie und staatlicher Intervention beobachten. International lässt sich zudem ein gewisser Trend hin zur Zulassung von Privatscheidungen beobachten, wobei diese jedoch häufig nur beim Fehlen von Kindern und bei Einvernehmen über die Scheidungsfolgen möglich ist.[244] Bei der Be-

---

241 Bisher waren Privatscheidungen vor allem aus Asien oder dem islamischen Rechtskreis (mit der Verstossungsscheidung) bekannt; vgl. DUTTA/SCHWAB (Fn. 238), S. 6.

242 Rechtsgeschichtlich betrachtet, stellt die Ehescheidung durch Gerichte eine verhältnismässig späte Entwicklung dar; das römische Recht der Antike kannte eine solche nicht. Die Ehe galt im alten römischen Recht als soziale Tatsache («verwirklichte Lebensgemeinschaft»), nicht jedoch als Rechtsverhältnis. Das Bestehen einer Ehe konnte allerdings als Indizienfrage in einem Rechtsstreit eine Rolle spielen. Aber weder die Eheschliessung noch die Ehescheidung waren an formale Rechtsakte gebunden; vgl. DIETER SCHWAB, Wie kommt die Ehe zum Gericht?, in: Dutta/Schwab/Henrich/Gottwald/Löhnig (Hrsg.), Scheidung ohne Gericht?, Neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht, Beiträge zum europäischen Familien- und Erbrecht, Bd. 18, Bielefeld 2017, S. 13 ff., S. 13. Die römische Freiheit zur Scheidung wurde zeitgeschichtlich dann fraglich, als die Kaiser zum Christentum übertraten und die Kirche dem römischen Scheidungsrecht eine christliche Ehedisziplin entgegensetzte. Auch der Gesellschaft der frühen Neuzeit stand es fern, Ehe und Ehescheidung als «Privatsachen» zu verstehen, deren Bestand durch bloss private Akte hätte bestimmt werden könne. Die Familie, welche in der Zeit noch «Haus» oder «Haushaltung» genannt wurde, war Teil der öffentlichen Ordnung und demzufolge von öffentlichem Interesse. Der eigentliche Scheidungsprozess entstand mit dem Protestantismus, während in den katholischen Staaten zunächst das durch das Konzil von Trient 1563 reformierte kanonische Eherecht, sukzessiv ergänzt durch staatliche Gesetze, massgebend blieb. Mit der Aufklärung wurde die Ehe dann jedoch erstmals als zivilrechtlicher Vertrag angesehen, auf welchen ohne weiteres die allgemeinen Regeln über Vertragsschluss und Vertragsaufhebung angewendet werden konnten. Als Scheidungsgründe galten gegenseitiges Einverständnis und schwere Vertragsverletzung, welche zur Aufhebung der Ehe berechtigten. Ein derart konzipiertes Scheidungsrecht hätte eine gerichtliche Mitwirkung an sich nicht vorausgesetzt; vgl. dazu und zu den nachfolgenden Entwicklungen betreffend Ehe und Scheidung SCHWAB (a.a.O.), S. 13 ff.

243 DUTTA (Fn. 238), S. 6.

244 Eine Scheidung ohne Gericht kennen derzeit Italien, Spanien, Frankreich und Norwegen – und damit auch Länder, in denen eine Scheidung lange ausgeschlossen war (so etwa in Italien bis 1970 oder in Spanien bis 1981). Möglich sind Privatscheidungen auch in *Dänemark, Estland, Lettland, Rumänien* und *Portugal*. Allerdings ist die Privatscheidung sehr unterschiedlich ausgestaltet: In gewissen Ländern erfolgt sie durch blosse Vereinbarung und damit komplett parteiautonom; in anderen Ländern hat die Scheidung vor einem Standesbeamten, vor einem Notar oder durch einen Rechtspfleger zu erfolgen. Teilweise kommt die Privatscheidung nur bei Fehlen von Kindern und bei Einvernehmen über die Scheidungsfolgen in Frage. Gewisse Jurisdiktionen sehen eine Kontrolle durch einen Staatsanwalt (so in Italien) oder durch den Notar (so in Spanien) vor. In anderen Fällen ist allein der Wille der Ehegatten konstitutiv (so etwa in Frankreich; der Notar hat keine Kontrollbefugnis); vgl. dazu die Länderstudien bei DUTTA/SCHWAB/HENRICH/GOTTWALD/LÖHNIG (Hrsg.), Scheidung ohne Gericht? Neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht, Beiträge zum europäischen Familien- und Erbrecht, Bd. 18, Biele-

urteilung der Frage, ob eine gerichtliche Scheidung noch «zeitgemäss» ist, muss zunächst festgestellt werden, dass der sozial- und rechtsgeschichtliche Hintergrund, der die Einführung der gerichtlichen Scheidung motivierte, sich fundamental gewandelt hat.[245] So ist die Ehe nicht mehr die einzig legitime und legale Paarverbindung. Das Bedürfnis nach staatlicher Prägung und Kontrolle der Ehe ist stark zurückgegangen.[246] Insofern lässt sich eine Tendenz zur Privatisierung des ehelichen Verhältnisses im gesellschaftlichen Kontext feststellen.[247]

Auf der anderen Seite wird darauf hingewiesen, dass die Ehe eine «rechtlich verfasste Gemeinschaft ohne Beliebigkeit ist».[248] Die Ehe stellt – zusammen mit der eingetragenen Partnerschaft – diejenige Paarbeziehung dar, welche von den Gatten eine gegenseitige Solidarität rechtlich einfordert.[249] Zudem wird zu Recht geltend gemacht, dass auch künftig ein erhebliches Interesse an klaren Regeln über den Bestand einer Ehe oder einer eingetragenen Lebenspartnerschaft bestehe.[250] Was die aussergerichtliche Scheidung («Scheidung ohne Ge-

---

feld 2017. – In *Italien* gibt es seit 2014 zwei Formen der aussergerichtlichen Scheidung: Die Scheidung mit anwaltlicher Unterstützung und die Scheidung vor dem Standesbeamten. Im ersten Fall schliessen die Ehegatten mit Unterstützung ihrer Anwälte eine Vereinbarung über die Scheidung und deren Folgen. Die Vereinbarung hat die gleichen Wirkungen wie eine gerichtliche Ehescheidung; sie unterliegt einer Kontrolle durch den Staatanwalt beim zuständigen Gericht. Hält der Staatsanwalt die Interessen der Kinder für nicht hinreichend gewahrt, hat er die Akten dem Präsidenten des Gerichts zu überweisen. Eine ähnliche Form der Scheidung kennt auch das *norwegische* und das *dänische* Recht. Im zweiten Fall erklären die Ehegatten ihre Scheidung vor dem Standesbeamten; bei dieser Form dürfen keine minderjährigen Kinder von der Scheidung betroffen sein. Eine Überprüfung der Vereinbarung findet in diesem Fall nicht statt. *Spanien* ist im Jahre 2015 dem italienischen Vorbild gefolgt und hat eine ähnliche Regelung einer aussergerichtlichen Scheidung geschaffen. Die jüngste Regelung einer aussergerichtlichen Scheidung gilt seit 1. Januar 2017 in *Frankreich*. Das französische Modell weicht nur in Einzelheiten von den beiden dargestellten Rechtsordnungen ab; vgl. zum Ganzen Dieter Henrich, Schlussbetrachtungen, in: Dutta/Schwab/Henrich/Gottwald/Löhnig (Hrsg.), Scheidung ohne Gericht? Neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht, Beiträge zum europäischen Familien- und Erbrecht, Bd. 18, Bielefeld 2017, S. 361 ff.

245 Schwab (Fn. 242), S. 26.

246 «Die Motivation der mittelalterlichen Kirche, eine bestimmte Struktur der Ehe durchzusetzen und ihre Akzeptanz mit rechtlichen Mitteln zu sichern, ist ebenso entfallen wie die reformatorische Sicht auf die Ehe als Kern des zur öffentlichen Ordnung gehörigen Hauses»; so Schwab (Fn. 242), S. 26.

247 Schwab (Fn. 242), S. 26. Weitere Komponenten dieser Tendenz stellt die vollzogene Gleichstellung ehelicher und nichtehelicher Kinder dar. Entsprechend wird wie folgt argumentiert: «Wenn zwischen den Rechtslagen, in denen sich eheliche und nichteheliche Kinder befinden, nicht mehr fundamental unterschieden wird, verblasst die Bedeutung des Eherechts für das Kindschaftsrecht und damit auch das öffentlich Interesse an der Ehe selbst.»

248 Schwab (Fn. 242), S. 27.

249 Vgl. Schwab (Fn. 242), S. 27, welcher darauf hinweist, dass wer sich unter das «Joch» *(coniugium)* begibt, für eine verlässliche Struktur des Familienlebens optiert, für die er/sie einen Teil seiner/ihrer Freiheit aufgibt. Dies gelte auch in Zeiten eines liberalisierten Scheidungsrechts, wie die (deutsche) Rechtsprechung über die richterliche Vertragskontrolle über Ehe- und Scheidungsvereinbarung bezeuge.

250 Schwab (Fn. 242), S. 28. Bei der Auflösung der Ehe hängt die Frage der richterlichen Funktion von der Gestaltung des materiellen Scheidungsrechts ab. Solange das subjektive Recht eines jeden Ehegatten, auf Antrag geschieden zu werden, von zu prüfenden materiellen Voraussetzun-

richt») betrifft, kommt diese von vorneherein nur bei einer einvernehmlichen Scheidung in Betracht.[251] Zumindest der beidseitige Scheidungswille muss jedoch geprüft werden, da dieser eine unabdingbare Voraussetzung der Eheauflösung darstellt. Damit wird zumindest dieser Akt der Selbstbestimmung – wiederum sinnvollerweise durch ein Gericht einer Prüfung unterzogen.[252]

Der institutionelle Charakter der Ehe überwiegt den vertraglichen, und nur die Gerichte bieten einen minimalen Schutz dafür, dass Ehen nicht voreilig geschieden werden.[253] Zudem besteht auch bei einer einvernehmlichen Scheidungsfolgenregelung das Risiko, dass die konkreten Bedürfnisse der Kinder oder eines der Ehegatten unzureichend berücksichtigt werden, weshalb eine gerichtliche Kontrolle in gewissem Rahmen weiterhin sinnvoll erscheint.[254] Die Scheidung als solche kann jedoch als weitgehend privatisiert gelten, indem die gemeinsame Zustimmung zur Scheidung vom Gericht als Tatsache zu akzeptieren ist.[255]

D. Privatautonomie und erbrechtliche Entwicklungen

I. Überblick und rechtshistorische Grundlagen

1. Entwicklung des Familienerbrechts und Testierfreiheit

Betrachtet man die Entwicklung der erbrechtlichen Regelungen, so lassen sich einerseits die Entwicklungen beim Familienerbrecht und andererseits diejenige der Testierfreiheit in der Schweiz nachzeichnen.[256] Im Zeitpunkt der Beratung

---

gen abhängt, scheint die Prüfung durch ein Gericht immer noch die sinnvollste Option zu sein; vgl. SCHWAB (Fn. 242), S. 28 f. Dies dürfte zumindest für Rechtsordnungen der Fall sein, welche ein gut funktionierendes, leicht zugängliches, effizientes Gerichtswesen kennen.

251 So auch SCHWAB (Fn. 242), S. 29.

252 Eine gerichtliche Instanz dürfte zumindest für Rechtsordnungen im Vordergrund stehen, welche ein gut funktionierendes, leicht zugängliches, effizientes Gerichtswesen kennen.

253 AEBI-MÜLLER/ZIEGLER (Fn. 112), S. 79.

254 Gl.M. AEBI-MÜLLER/ZIEGLER (Fn. 112), S. 79.

255 AEBI-MÜLLER/ZIEGLER (Fn. 112), S. 80. Die Ehescheidung ohne Richter kann als letzte Konsequenz einer Entwicklung verstanden werden, die dem Richter kaum mehr Kontrollmöglichkeiten belässt. Allerdings erfordert der Schutz der Interessen der Kinder im Verfahren, dass eine Gerichtsinstanz ihre Interessen prüft und dass sie im Gerichts- oder Verwaltungsverfahren angehört werden (vgl. auch Art. 12 der UN-Kinderrechte-Konvention, welche dies verlangt). Diesem besonderen Schutz von Kindern tragen die Rechtsordnungen Rechnung, die einverständliche Scheidungen, insbesondere Scheidungen ohne Richter, nur ermöglichen, wenn die Ehegatten keine (oder jedenfalls keine noch schutzbedürftigen) Kinder haben; vgl. HENRICH (Fn. 244), S. 368.

256 Vgl. dazu ausführlich HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 213 ff. Nach Auffassung von WEIMAR ist die gewillkürte Erbfolge, die auf der Testierfreiheit als einem Teilbereich der Privatautonomie beruht, kein Spezialfall gesetzlicher Erbfolge, sondern deren Gegenteil; vgl. BK-WEIMAR (Fn. 1), Einführung, N. 3. Die Begründung für die Testierfreiheit kann auf folgende Überlegung zurückgeführt werden: «Es wird angenommen, dass der Eigentümer, der zu Lebzeiten sein Gut beliebig übertragen kann, diese Befugnis auch für den Fall seines

des ZGB zu Beginn des 20. Jahrhunderts galt vor allem die Thematik der Pflichtteile als brisant.[257] Der Erlass eines einheitlichen ZGB anstelle des kantonal zersplitterten Rechts drohte damals an der Frage des Kreises der pflichtteilsgeschützten Erben gänzlich zu scheitern. Nur durch einen Kompromiss konnte sichergestellt werden, dass den einzelnen Kantonen die Erweiterung bzw. die Einschränkung des Noterbrechts bezüglich ihrer Kantonsbürger zugestanden wurde.[258] Zudem wurde dem überlebenden Ehegatten ein gesetzlicher, teilweise pflichtteilsgeschützter Erbanspruch zugebilligt.[259]

2. *Ziele der Erbrechtsreform von 1988*

Mit der tiefgreifenden Erbrechtsrevision, welche am 1. Januar 1988 in Kraft getreten ist, wurde die erbrechtliche Stellung des überlebenden Ehegatten deutlich verbessert und gleichzeitig die Verfügungsfreiheit des Erblassers erweitert, während die «weiteren» Blutsverwandten gewisse Einbussen bezüglich ihres gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechts in Kauf nehmen mussten.[260]

Das gesetzliche Erbrecht beruht auf dem Prinzip der Erbberechtigung der Familie, wobei zur Familie auch die ausserhalb der Ehe geborenen Kinder[261] sowie die Adoptivkinder und deren Nachkommen gehören.[262] Der überlebende Ehegatte erhält als gesetzlicher Erbe die Hälfte des Nachlasses, wenn er mit Nachkommen des Erblassers erbt. Sind nur Eltern des Erblassers vorhanden (je-

---

Todes innehaben muss. Dass der Eigentümer, der vor seinem Tode über sein Vermögen frei verfügen kann, über das gleiche Vermögen von Todes wegen jedoch nicht frei verfügen soll, wird als krasser Widerspruch empfunden. Es gilt als eine Ausprägung des Grundrechts auf Privateigentum und Privatautonomie, dass man mit seinem Vermögen machen kann, was man möchte.»; vgl. Rona Serozan, Wohin steuert das Erbrecht?, successio 2014, S. 6.

257 Das Spannungsverhältnis zwischen dem Grundsatz des Familienerbrechts und der Gewährung der Testierfreiheit lässt sich bereits im römischen Recht nachzeichnen; vgl. Babusiaux (Fn. 29), S. 195: Während die hierarchische Familienordnung die Hauskinder gleichberechtigt als natürliche Erben vorsah, stand es dem Testator grundsätzlich frei, einige Kinder gegenüber den übrigen zu bevorzugen oder auch Nichtfamilienangehörige als Erben einzusetzen. Dieses Spannungsverhältnis zwischen den Erwerbserwartungen der Hauserben und der gestalterischen Freiheit des Erblassers wurde im *ius civile* durch Enterbungsvorschriften gelöst. Die nicht berücksichtigten Hauserben konnten enterbt werden; die Enterbung *(exheredatio)* musste aber den dafür geltenden Formvorgaben entsprechen.

258 Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 213. Präzisierend wäre anzufügen, dass die Regelung wohl bezüglich der im Kanton wohnenden Kantonsbürger zur Anwendung gelangte.

259 Der 14. Titel regelt den ganzen Bereich der Testierfreiheit, einschliesslich der Verfügungsfähigkeit, der Grenzen der Verfügungsfreiheit, die sich aus dem Pflichtteilsrecht der nächsten Angehörigen ergeben, der Verfügungsformen und der Anfechtung ungültiger oder herabsetzbarer Verfügungen; vgl. BK-Weimar (Fn. 1), Einführung, N. 2.

260 Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 213.

261 Seit dem 1.01.1978 gilt ein einheitliches Kindesverhältnis; sobald dieses begründet wurde, wird das ausserehelich geborene Kind erbrechtlich gleichgestellt.

262 BK-Weimar (Fn. 1), Einleitung, N. 1 ff.; Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 214.

doch keine Nachkommen), hat er Anspruch auf drei Viertel des Nachlasses. Fehlen auch Angehörige dieser elterlichen Parentel, ist er Alleinerbe.[263]

Daneben stehen dem überlebenden Ehegatten güterrechtliche Ansprüche am Errungenschaftsvermögen seines verstorbenen Partners zu.[264] In Kombination mit diesen gesetzlich statuierten güterrechtlichen Ansprüchen, die (bei kaum vorhandenem bzw. nicht nachweisbarem Eigengut) die Hälfte des in der und durch die Ehe erwirtschafteten Errungenschaftsvermögens betragen, erhält der überlebende Ehegatte drei Viertel des gesamten – in diesem Sinne «ehelichen» – Vermögens. Diese Ausweitung des Ehegattenerbrechts war und ist jedoch rechtspolitisch nicht gänzlich unumstritten.[265] Indes ist anzumerken, dass der «Wille zu einer möglichst weitgehenden, d.h. maximalen, rechtsgeschäftlichen Begünstigung des überlebenden Ehepartners die breite Akzeptanz eines ausgebauten Ehegattenerbrechts in der Bevölkerung zu widerspiegeln scheint».[266]

Den Nachkommen des Erblassers fällt gemäss der gesetzlichen Erbfolge die Hälfte des Nachlasses zu, sofern sie mit dem überlebenden Ehegatten zu teilen haben. Andernfalls erhalten sie die gesamte Erbschaft. Die Parentelen der Eltern und Grosseltern gehen in diesem Fall leer aus; diese sind nur dann gesetzlich erbberechtigt, wenn der Erblasser keine Nachkommen hinterlässt.

3. *Bindung des Erblassers durch das Pflichtteilsrecht*

Das schweizerische Erbrecht zeigt sowohl Züge des germanisch-rechtlichen Verfangenheitsprinzips, wonach sich die Nachfolge von Todes wegen unabhängig vom Erblasserwillen nach einer objektiven Ordnung abwickelt, als auch der römisch-rechtlichen *querela inofficiosi testamenti*[267], die dem Erblasser eine

---

263 Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 216; vgl. Einzelheiten bei BK-Weimar (Fn. 1), N. 18 f. zu Art. 462 ZGB.

264 Es wird nachfolgend vom ordentlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung (geregelt in Art. 196 ff. ZGB) ausgegangen.

265 Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 216 f.; BK-Weimar (Fn. 1), Einleitung, N. 12 ff.

266 Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 217; Regina Aebi-Müller, Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatte – Güter-, erb-, obligationen- und versicherungsrechtliche Vorkehren, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, Bern 2007, insbesondere Rz. 01.01; vgl. zum Ganzen auch Rz. 07.01 ff.; sowie Regina Aebi-Müller, ZBJV 1999, S. 492 ff.

267 Die Beschwerde wegen pflichtwidrigen Testaments *(querela inofficiosi testamenti)* stellte eine besondere Verfahrensart im Rahmen der kaiserlichen Gerichtsbarkeit dar, wobei der Ursprung dieser Beschwerde bis in die Republik zurückreichte. Nach Einschätzung von Babusiaux (Fn. 29), S. 224, dürfte sie zunächst sittlicher Natur gewesen sein: Es widersprach dem familiären Pflichtgefühl *(pietas)*, Eltern oder Nachkommen nicht ausreichend im Testament zu bedenken oder sie gar zu enterben. In der Kaiserzeit wurde daraus eine einklagbare Verpflichtung. Als pflichtwidrig galt ein Testament, in dem jemand zu Unrecht enterbt oder übergangen wurde, bspw. indem Eltern ihre Kinder aufgrund eines falschen Verdachts enterbten. Ohne einen schwerwiegenden Grund galt die unzureichende Berücksichtigung eines Kindes als nicht gerechtfertigt; vgl. Babusiaux (Fn. 29), S. 225.

weitgehende Verfügungsfreiheit in Selbstverantwortung belässt und nur bei missbräuchlicher Vernachlässigung der Familienbande[268] eingreift.[269] Es ist davon auszugehen, dass der Gedanke der Verfangenheit überwiegt, wobei allerdings die Dispositionsfreiheit des Erblassers anlässlich der letzten grossen Revision mit Inkrafttreten auf den 1. Januar 1988 erheblich erweitert wurde. So wurde die verfügbare Quote von 3/16 auf 3/8 verdoppelt, wenn ein überlebender Ehegatte sowie Nachkommen vorhanden sind.[270] Zudem wurde der Pflichtteilsschutz für Geschwister gestrichen.

Als Pflichtteil gilt derjenige Teil der gesetzlichen Quote, den der Erblasser einem bestimmten Erben nicht entziehen kann. So können bestimmte Quoten der gesetzlichen Erbteile der Eltern, der Nachkommen und des überlebenden Ehegatten nicht angetastet werden.[271] Nur bei Vorliegen eines gesetzlichen Enterbungsgrundes[272] oder gestützt auf einen Erbverzichtsvertrag können diese Pflichtteilsquoten entzogen werden.

Das Konzept des Pflichtteilsrechts beruht auf dem Grundsatz, dass innerhalb der Familie eine natürliche Erbberechtigung bestehen soll, die vom Erblasser

---

268 Bereits im römischen Recht lässt sich das Spannungsverhältnis zwischen dem Prinzip der Familienerbfolge und der Testierfreiheit aufzeigen; vgl. Babusiaux (Fn. 29), S. 140 ff.: Die Möglichkeit, durch Testament selbstherrlich das Schicksal des Vermögens über den eigenen Tod hinaus zu bestimmen, stand bereits damals in einem Spannungsverhältnis zum Prinzip der Familienerbfolge; man vermutet daher, dass sich die Testierfreiheit ursprünglich auf die Befugnis beschränkte, Legate auszusetzen, das Intestaterbrecht der Hauskinder somit unangetastet liess. – Die Enterbungsvorschriften des *ius civile* schützten das Erbrecht der Hauserben, indem sie dem Hausvater die formelle Gestaltung der Enterbung vorschrieben. Durch die kaiserliche Gerichtsbarkeit wurde sodann eine verstärkte sittliche Kontrolle der erblasserischen Motive eingeführt. Die staatliche Kontrolle entwertete dadurch die private Rechtsmacht, die gerade im Testament ihren bedeutsamsten Ausdruck gefunden hat; vgl. Babusiaux (Fn. 29), S. 232.

269 Ausführlich zum römischen Recht und dessen erbrechtlichen Grundsätzen Babusiaux (Fn. 29), S. 195 ff.: Der Grundsatz des Familienerbrechts und die Gewährung der Testierfreiheit stehen im römischen Recht in einem Spannungsverhältnis: «Während die hierarchische Familienordnung die Hauskinder gleichberechtigt als natürliche Erben vorsieht, steht es dem Testator grundsätzlich frei, einige Kinder gegenüber den übrigen zu bevorzugen oder auch Nichtfamilienangehörige als Erben einzusetzen.» Vgl. ferner Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 218. Vgl. zudem Jean Nicolas Druey, Grundriss des Erbrechts, 5. Aufl., Bern 2002, § 1 Rz. 13 ff. und § 6 Rz. 1 ff. m.w.H.; und auch Stephan Wolf/Stephanie Hrubesch-Millauer, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, Bern 2017, Rz. 53 ff.; «Das Zivilgesetzbuch schränkt die Testierfreiheit des Erblassers im Interesse seiner nächsten Verwandten (Nachkommen und Eltern) und seines Ehegatten ein, indem es diesen Personen einen Bruchteil ihres gesetzlichen Erbteils als Pflichtteil vorbehält. Sie können eine Verfügung von Todes wegen, die in den Pflichtteil eingreift, ‹herabsetzen›, d.h. gerichtlich so weit beschränken lassen, dass der Pflichtteil ihnen unbelastet zukommt. Die einander widerstreitenden Prinzipien der Erbberechtigung der Familie und der Testierfreiheit werden also dadurch miteinander versöhnt, dass im Bereich der Pflichtteile die gesetzliche Erbfolge gegenüber der Verfügung des Erblassers, im Übrigen aber, d.h. hinsichtlich der disponiblen Quote, Verfügungen von Todes wegen vorgehen»; vgl. BK-Weimar (Fn. 1), Einführung, N. 5.

270 Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 218.

271 Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 218; vgl. Wolf/Hrubesch-Millauer (Fn. 269), Rz. 1000.

272 Vgl. Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 221.

nicht beseitigt werden kann.[273] Den Hintergrund dafür bildet der Gedanke, dass das Vermögen jedenfalls zu einem Teil der Familie zustehen soll und dass die nahen Familienmitglieder gleichmässig daran partizipieren sollen.[274]

Von einer Pflichtteilsverletzung ist dann auszugehen, wenn ein pflichtteilsgeschützter Erbe vollständig enterbt wird oder weniger als seinen Pflichtteil zugewiesen erhält oder wenn der Pflichtteil mit Vermächtnissen, wertvermindernden Auflagen oder Bedingungen «beschwert» wird.[275] Zudem können lebzeitige Zuwendungen sowie ehevertragliche Begünstigungen zu einer Pflichtteilsverletzung führen.[276]

Die Pflichtteilsquote ist je nach Erbenkategorie unterschiedlich gross: Für Nachkommen des Erblassers beträgt sie drei Viertel, für jeden Elternteil und den überlebenden Ehegatten (sowie den eingetragenen Partner oder die eingetragene Partnerin) die Hälfte des gesetzlichen Erbanteils (Art. 471 ZGB).[277] So müssen rechnerisch in einem ersten Schritt zuerst die gesetzlichen Erbanteile ermittelt werden. Diese gesetzlichen Erbteile sind sodann in einem zweiten Schritt mit der entsprechenden Pflichtteilsquote zu multiplizieren. Wenn der Erblasser bspw. Nachkommen und einen Ehegatten hinterlässt, ergibt sich eine verfügbare Quote von 3/8 des gesamten Nachlasses.[278]

4. *Rechtsgeschäftliche Freiheit der Ehegatten*

a. *Privatautonomie und Testierfreiheit*

Die Privatautonomie nimmt im Erbrecht die Gestalt der Testierfreiheit an, welche die Freiheit umfasst, über das eigene Vermögen über den Tod hinaus zu disponieren.[279] Der Erblasser kann solange beliebig über sein Vermögen verfügen,[280] als die Pflichtteile der Nachkommen, der Eltern und des überlebenden

---

273 Der Sinn und Zweck des Pflichtteilsrechts wird in der neueren rechtswissenschaftlichen Literatur aus einer Reihe von Gründen in Frage gestellt; vgl. etwa Cottier (Fn. 209), S. 42 ff. m.H.

274 Vgl. Vorentwurf und erläuternder Bericht zur Änderung des Zivilgesetzbuches (Erbrecht; zit. Bericht Erbrecht), S. 10.

275 Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 219.

276 Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 219; Vgl. zu den Einzelheiten des Pflichtteilsrechts Druey (Fn. 269), § 6 Rz. 38 ff.

277 Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 220. Der Pflichtteil der Geschwister in Höhe eines Viertels des gesetzlichen Erbteils (Art. 471 Ziff. 3 aZGB) wurde mit der am 1. Januar 1988 in Kraft getretenen Revision aufgehoben.

278 Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 220 f.

279 Stephan Wolf/Gian Sandro Genna, Erbrecht 1. Teil, SPR IV/1, Basel 2012, S. 3 (zit. Wolf/Genna); vgl. auch Cottier (Fn. 209), S. 44.

280 Wie Weimar darlegt, entspricht es einem freiheitlichen Menschenbild und dem freiheitlichen Rechtsbegriff, wonach Freiheit und Privatautonomie gleichzeitig mit der Rechtsordnung entstanden sind und selbständig neben ihr bestehen, soweit sie nicht durch zwingende Normen beschränkt sind. Danach ist die gewillkürte Erbfolge, die auf der Testierfreiheit als einem Teilbereich der Privatautonomie beruht, kein Spezialfall gesetzlicher Erfolge, sondern sehr wohl deren Gegenteil; vgl. BK-Weimar (Fn. 1), Einführung, N. 3.

Ehegatten nicht verletzt werden.[281] Die Pflichtteilsquote gibt dem pflichtteilsgeschützten Erben einen Wertanspruch; so kann dem Erben auch eine Abfindung in bar anstelle des Erbes ausbezahlt werden. Anderseits kann ein pflichtteilsgeschützter Erbe nicht verlangen, dass ihm gewisse Nachlasswerte zugewiesen werden.[282]

b. Lebzeitige Schenkungen, Vermächtnisse und Erbeinsetzungen

Lebzeitige Schenkungen, Vermächtnisse sowie Erbeneinsetzungen können dazu führen, dass die verfügbare Quote ausgeschöpft wird. Als zulässig gilt es, wenn mit den Mitteln des Ehegüterrechts der überlebende Ehegatte begünstigt wird – und damit gleichzeitig der Nachlass «verkleinert» wird. Die Beteiligung an der während der Ehe erworbenen Errungenschaft kann ehevertraglich modifiziert werden.[283] Eine beliebte Regelung besteht in der Zuweisung des gesamten Vorschlages beider Ehegatten an den überlebenden Ehegatten (Art. 216 Abs. 1 ZGB). Der Gesetzgeber nahm mit der Einräumung dieser Möglichkeit bewusst in Kauf, dass die gemeinsamen Nachkommen der Ehegatten beim Tode eines Elternteils vorerst leer ausgehen und erst beim Tod des zweitversterbenden Elternteils erben.[284] Von dieser besonders weitgehenden Verfügungsfreiheit der Ehegatten lässt sich in der Form des zweiseitigen (notariellen) Ehevertrages Gebrauch machen.[285]

Je nach Zusammensetzung der Gütermassen wird der Nachlass durch diese – in der Praxis sehr beliebte – ehevertragliche Zuweisung des gesamten Vorschlages an den überlebenden Ehegatten umfangmässig erheblich vermindert.[286] Dies kann so weit gehen, dass der Nachlass nur noch aus den persönlichen Effekten des Erblassers besteht.[287] Anlässlich der 1988 in Kraft getretenen Revision des Ehe- und Ehegüterrechts wurde deshalb bestimmt, dass durch eine

---

281 Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 233.

282 Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 233.

283 Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 229; Wolf/Hrubesch-Millauer (Fn. 269), Rz. 81 f.

284 Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 229.

285 Druey (Fn. 269), § 9 Rz. 50; Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 229 f.

286 Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 229. Die bisherige Streitfrage nach der Qualifikation dieser Vorschlagszuteilung soll durch den nun vorliegenden Vorentwurf zur Änderung des Erbrechts geklärt werden, indem die Rechtsprechung des Bundesgericht (insbesondere BGE 137 III 113) ausdrücklich ins ZGB übernommen werden soll und die Vorschlagszuteilung an den überlebenden Ehegatten als Verfügung von Todes wegen zu qualifizieren ist. Dies wird durch einen neuen Art. 494 Abs. 4 ZGB erreicht, in dem festgehalten wird, dass die Vorschlagszuteilung zugunsten des überlebenden Ehegatten durch Ehevertrag (bzw. zugunsten des eingetragenen Partners durch Vermögensvertrag) wie ein Erbvertrag behandelt wird; vgl. dazu Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 27 m.H.

287 Soweit in diesen Modifikationsmöglichkeiten – in der vom Gesetzgeber anlässlich der Revision von 1988 übernommenen bundesgerichtlichen Rechtsprechung (insbesondere des «leading cases» BGE 102 II 313 ff. i.S. *Nobel*) – eine in den ehevertraglichen Formen vorgenommene Verfügung von Todes wegen zu erblicken ist, kann sogar von einem *Sondererbrecht* in den Formen des Ehegüterrechts gesprochen werden; vgl. dazu BK-Hausheer/Reusser/Geiser

entsprechende ehevertragliche Begünstigung die Pflichtteile der nichtgemeinsamen Nachkommen des betroffenen Ehegatten nicht verletzt werden dürfen (Art. 216 Abs. 2 ZGB).[288]

c. *Nutzniessung des Ehegatten am Nachlass*

Eine weitere rechtsgeschäftliche Begünstigungsmöglichkeit besteht darin, dass dem überlebenden Ehegatten durch letztwillige Verfügung (d.h. mittels Testament oder Erbvertrag) die Nutzniessung am ganzen, den gemeinsamen Nachkommen zufallenden Teil des Nachlasses eingeräumt werden kann (Art. 473 ZGB).[289] Damit erhalten die Nachkommen bis zum Tode des zweiten Elternteils lediglich das nackte Eigentum am Nachlassvermögen. Die Nachkommen müssen somit eine gewisse Beschränkung ihrer Pflichtteile in Kauf nehmen; allerdings steht ihnen mit Art. 530 ZGB eine Handhabe gegen eine übermässige Belastung zur Verfügung.[290] Der Erblasser seinerseits erhält dadurch eine erweiterte Verfügungsbefugnis in bestimmter Hinsicht – allerdings nicht bezüglich einer umfangmässigen Erweiterung.[291]

Eine weitere Verfügungsmöglichkeit besteht darin, dass der Erblasser Teilungsregeln erlassen kann. Mit Erlass einer solchen Teilungsvorschrift übt der Erblasser die ihm durch die Rechtsordnung gewährte Privatautonomie auch im Rahmen der Erbteilung aus.[292] Der überlebende Ehegatte kann jedoch die Zuteilung der im Nachlass befindlichen Hausratsgegenstände auf Anrechnung an seinen Erbteil verlangen (Art. 612a ZGB; allerdings nicht zwingend),[293] sofern

---

(Fn. 72), N. 47 zu Art. 216 ZGB; sowie HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 245.

288 HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 230. Zur Funktion des Pflichtteilsrechts allgemein und zu rechtsvergleichenden Überlegungen vgl. COTTIER (Fn. 209), S. 44 ff.

289 Die Nutzniessung tritt an die Stelle des dem überlebenden Ehegatten neben seinen Nachkommen zustehenden gesetzlichen Erbrechts. Neben dieser Nutzniessung beträgt die verfügbare Quote einen Viertel des Nachlasses. Von dieser Möglichkeit wird in der Praxis häufig Gebrauch gemacht. Die entsprechende Bestimmung in Art. 473 ZGB wurde seit dem Inkrafttreten des ZGB bereits drei Mal revidiert (in den Jahren 1976, 1984 und 2001), wobei sie auch heute noch zu Kritik Anlass gibt; vgl. Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 27 ff.

290 STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, 3. Aufl., Basel 2015, N. 1 zu Art. 530 ZGB.

291 Vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 234, wonach dies vom Wert der kapitalisierten Nutzniessung abhängt und damit namentlich vom Alter des überlebenden Ehegatten.

292 STEPHAN WOLF, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Die Teilung der Erbschaft, Art. 602–619 ZGB, Bern 2014 (zit. BK-WOLF), N. 5 zu Art. 608 ZGB, wobei weiter aus Art. 608 ZGB folgt, dass die gesetzlichen Vorschriften zur Erbteilung grundsätzlich – wie für die Erben – auch für den Erblasser dispositiv sind. Mit Teilungsvorschriften kann der Erblasser zudem das bei der Erbteilung einzuhaltende Verfahren festsetzen. So können insbesondere das Losziehungsverfahren sowie auch andere Modalitäten im Zusammenhang mit der Vorgehensweise bei der Erbteilung geregelt werden; vgl. BK-WOLF (a.a.O.), N. 22 zu Art. 608 ZGB m.w.H.

293 Art. 612a ZGB ist insoweit *dispositiv*, als der Erblasser dem überlebenden Ehegatten oder Partner das Vorrecht durch erblasserische Teilungsvorschrift entziehen kann; vgl. THOMAS WEIBEL,

in der güterrechtlichen Auseinandersetzung nicht bereits der Zuteilungsanspruch (gemäss Art. 219 ZGB) geltend gemacht worden ist.[294] Abgesehen davon steht es dem Erblasser frei, in einer letztwilligen Verfügung die Zuteilung der Nachlassobjekte an die einzelnen Erben und Vermächtnisnehmer nach Belieben vorzunehmen.[295]

d. Erbrechtliche Stellung von nichtehelichen Lebenspartnern

Anders als dem Ehegatten, steht dem nichtehelichen Lebenspartner kein gesetzliches Erbrecht zu. Er ist entsprechend auf eine begünstigende Verfügung von Todes wegen angewiesen.[296] Vom Umfang einer solchen Begünstigung her können allerdings mehr oder weniger enge Grenzen bestehen, je nachdem ob Nachkommen oder Eltern des Erblassers zu berücksichtigen sind. So können einer Begünstigung durch die Pflichtteile der Nachkommen oder Eltern verhältnismässig enge Grenzen gesetzt sein.[297] Hinzu kommt, dass der nichteheliche Lebenspartner in seiner Dispositionsfreiheit insofern zusätzlich beschränkt sein kann, dass nach einer Trennung u.U. ein Ehegatte – und entsprechend dessen noch bestehender Pflichtteilsanspruch – zu berücksichtigen ist.

e. Zwischenfazit – zunehmende erbrechtliche Flexibilisierung und Privatautonomie

Das Familienerbrecht kann «gesamthaft betrachtet durch eine verhältnismässig grosse und tendenziell zunehmende Flexibilität gekennzeichnet werden»[298]. Den verschiedenen Erbenkategorien werden unterschiedliche Erbansprüche zugestanden, je nachdem mit welchen Miterben sie konkurrieren. Neben den unterschiedlich grossen Erbansprüchen variieren auch die Pflichtteilsansprüche je

---

in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, 3. Aufl., Basel 2015, N. 8 zu Art. 612a ZGB.

294 HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 234.

295 Vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 234 f. Der Erbe, welcher über die verfügbare Quote hinaus Anspruch auf Nachlassgegenstände erwirbt, hat eine entsprechende Ausgleichszahlung *(soulte)* zu leisten.

296 HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 243. Allerdings versterben in der Schweiz viele Menschen, ohne eine letztwillige Verfügung zu hinterlassen. Schätzungen variieren stark und gehen von einer Testierquote (Quote der Todesfälle mit letztwilliger Verfügung) von 25 bis 60% aus; vgl. COTTIER (Fn. 209), S. 31. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass auch bei einer erbrechtlichen Gleichstellung weiterhin gewichtige Unterschiede in Bezug auf die Ansprüche der überlebenden Partnerin oder des überlebenden Partners bestehen bleiben. Insbesondere fehlen die güterrechtlichen Ansprüche, welche bei Bestehen einer Ehe im Rahmen der Auflösung des ordentlichen Güterstands der Errungenschaftsbeteiligung (Art. 204 ff., Art. 215 ZGB) für einen Ausgleich sorgen; vgl. COTTIER (Fn. 209), S. 37.

297 HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 243 f.; vgl. zum Ganzen PETER BREITSCHMID, Begünstigung des nichtverheirateten Lebenspartners und Dritter, in: Druey/Breitschmid (Hrsg.), Güter- und erbrechtliche Planung, Bern et al. 1999, S. 45 ff. insbesondere S. 60 ff.

298 HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 244.

nach der Erbenkategorie und der unterschiedlichen Konkurrenz mit allfälligen Miterben. Eine zusätzliche Flexibilität ergibt sich aus den gesetzlich in weitgehendem Masse zugelassenen Abänderungsmöglichkeiten des ordentlichen gesetzlichen Güterstandes der Errungenschaftsbeteiligung.[299] Es kann hierbei sogar von einem *Sondererbrecht* in den Formen des Ehegüterrechts gesprochen werden.[300]

Die Entwicklung, welche einerseits anlässlich der letzten umfassenden Ehe- und Erbrechtsrevision sowie im Rahmen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Ausdruck kommt, zeigt, dass die Verfügungsbefugnis des Erblassers in verschiedener Hinsicht erweitert worden ist. Das Verfangenheitsprinzip hat weitgehend an Bedeutung verloren.[301] Gleichzeitig hat sowohl beim gesetzlichen Erbrecht wie auch mit Bezug auf die Pflichtteile eine Konzentration auf den engeren Familienkreis stattgefunden.[302] Als allgemeine Tendenz lässt sich eine deutliche Verbesserung der Stellung des überlebenden Ehegatten beobachten. Eine solche Verbesserung wurde über das Ehegüterrecht sowie das Erbrecht erzielt, lässt sich aber auch in anderen Rechtsgebieten beobachten.[303]

Die Forderung nach einer Besserstellung der Partner nichtehelicher Gemeinschaften, namentlich auch in gleichgeschlechtlichen Beziehungen, hat zur Einführung der registrierten Partnerschaft geführt.[304] Der registrierte Partner wurde dem überlebenden Ehegatten gleichgestellt, indem ihm entsprechende gesetzliche Erbteilsquoten sowie Pflichtteilsschutz zukommen (Art. 462 i.V.m. Art. 470/471 ZGB).

Unter dem Gesichtspunkt der Privatautonomie kann insgesamt von einer *Stärkung der privatautonomen Regelungsmöglichkeiten* im Erbrecht ausgegangen werden. Insbesondere die Erhöhung der disponiblen Quote hat zu einer grösseren Freiheit geführt und die Privatautonomie im Erbrecht gestärkt. Differenzierter muss die Einschätzung hinsichtlich der Verbesserung der Stellung des überlebenden Ehegatten ausfallen. Soweit sich diese in einer auf Gesetzesrecht gestützten, automatischen Verbesserung mittels grösserer Erbrechtsquote

---

299 Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 245.

300 Dies ist dann der Fall, wenn man diese Modifikationsmöglichkeiten – in der vom Gesetzgeber anlässlich der Revision von 1988 übernommenen bundesgerichtlichen Rechtsprechung (insbesondere des «leading cases» BGE 102 II 313 ff. i.S. *Nobel*) – als eine in den ehevertraglichen Formen vorgenommene Verfügung von Todes wegen qualifiziert; vgl. dazu BK-Hausheer/Reusser/Geiser (Fn. 72), N. 47 zu Art. 216 ZGB; Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 245.

301 So auch Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 245.

302 So auch Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 245.

303 Eine Verbesserung der Stellung des überlebenden Ehegatten hat sich aus dem rasch und stark entwickelnden Sozialversicherungsrecht, insbesondere bei der beruflichen Vorsorge, sowie auch indirekt durch die allmähliche Abschaffung der kantonalen Erbschafts- bzw. Schenkungssteuern zugunsten der Ehegatten, ergeben; vgl. Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 245.

304 Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (Partnerschaftsgesetz, PartG) vom 18.06.2004, SR 211.231.

sowie einem Ausbau seiner güterechtlichen Absicherung auswirkt, müsste zwar formal von einer Einschränkung der Privatautonomie ausgegangen werden. Da die Verbesserungsmechanismen zusätzlich eine grössere Regelungsautonomie brachten, könnte man jedoch auch in diesem Bereich von einer *Stärkung der Privatautonomie* insgesamt ausgehen.

Ebenfalls ein differenziertes Bild ergibt sich bei der registrierten Partnerschaft, wenn man diese aus der Optik der Privatautonomie betrachtet. Die Tatsache, dass überhaupt die Möglichkeit der Eingehung einer registrierten Partnerschaft geschaffen wurde, wäre ordnungsrechtlich als Ausweitung der Privatautonomie zu werten. Gleichzeitig führt die Eingehung einer registrierten Partnerschaft aber auch zu einer Einschränkung der Privatautonomie, indem die Verfügungsfreiheit insofern eingeschränkt wird, als dass die Verfangenheit aufgrund der gesetzlichen Erbansprüche sowie des Pflichtteilsrechts des überlebenden registrierten Partners die Privatautonomie des Erblassers, der in einer registrierten Partnerschaft lebt, einschränkt.

II. Revisionsbestrebungen gemäss Vorentwurf zur Änderung des Erbrechts

1. Verkleinerung der gesetzlichen Pflichtteile

Der Vorentwurf zur Änderung des Zivilgesetzbuches (Erbrecht) von 2016 sieht diverse einschneidende Änderungen im Bereich des Erbrechts vor. Im Zentrum der Revision steht dabei eine Verkleinerung der gesetzlichen Pflichtteile.[305] Damit soll der Handlungsspielraum für den Erblasser in zweierlei Hinsicht vergrössert werden: Einerseits eröffnet sich dem Erblasser die Möglichkeit, einen grösseren Teil seines Vermögens einem einzelnen Nachkommen (oder auch seinem Ehegatten) zukommen zu lassen, und andererseits ermöglicht dieser erweiterte Handlungsspielraum auch, weitere Personen auf dem Weg der Verfügung von Todes wegen zu begünstigen wie bspw. faktische Lebenspartner oder Stiefkinder.[306]

Die Privatautonomie soll durch den nun vorliegenden Entwurf insofern gestärkt werden, dass dieser davon absieht, zusätzlichen Personen gesetzliche Erbansprüche oder sogar ein Pflichtteilsrecht einzuräumen. Die *ratio* dahinter geht davon aus, dass «die persönliche Beziehung etwa zu einem faktischen Lebenspartner oder zu einem Stiefkind in der Realität sehr unterschiedlich sein kann, und es der Erblasserin bzw. dem Erblasser überlassen werden soll zu entscheiden, welche weiteren Personen ihm derart nahestehen, dass sie erbrechtlich begünstigt werden sollen»[307].

305 Vgl. Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 21.
306 Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 1 und 9 ff.
307 Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 1 und 13 ff.

Als Korrektur gewissermassen und um zu vermeiden, dass es in Einzelfällen zu stossenden Ergebnissen kommt, wird die Einführung eines sog. Unterhaltsvermächtnisses vorgesehen. Die faktische Lebenspartnerin (bzw. der faktische Lebenspartner), die (oder der) erhebliche Leistungen im Interesse des Erblassers erbracht hat, könnte so in besonderen Fällen eine Begünstigung zulasten des Nachlasses verlangen.[308] Zudem soll zugunsten von Stiefkindern, die vom Erblasser unterstützt wurden und die auf diese Unterstützung weiterhin angewiesen sind, die Möglichkeit einer solchen Begünstigung mittels eines Unterhaltsvermächtnisses eingeführt werden.[309]

2. *Stärkung der Entscheidungsautonomie*

Die *ratio* hinter der vorgeschlagenen Relativierung des Pflichtteilsrechts wird wie folgt dargelegt: Es wird ausgeführt, dass das geltende Erbrecht auf dem sog. Grundsatz der Verfangenheit beruhe, wonach die Nachfolge von Todes wegen der Verfügung des Erblassers entzogen sei.[310] Damit wird allerdings eine etwas verkürzte Optik eingenommen, welche vom vollständigen Ausschluss der Privatautonomie im Erbrecht auszugehen scheint. Entwicklungsgeschichtlich lässt sich aufzeigen, wie der Grundsatz der Verfangenheit jeweils Einschränkungen erfahren hat und nie absolut galt.[311]

Sodann wird im erläuternden Bericht zum Vorentwurf geltend gemacht, dass insbesondere der Pflichtteil der Nachkommen, der drei Viertel des gesetzlichen Erbteils umfasst, aus heutiger Sicht als verhältnismässig gross erscheine. Die in der Lehre ausgeführten Vorschläge zu einer Revision – und damit Reduktion – des Pflichtteilsrechts würden denn auch den Ansatzpunkt für die Vorschläge

---

308 Die Verbesserung der erbrechtlichen Absicherung von faktischen Lebensgemeinschaften bildet ein zentrales Anliegen der Motion Gutzwiller. In der Begründung der Motion wird gefordert, «dass die bisher diskriminierten unverheirateten Lebenspartnerinnen und -partner in das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht mit einbezogen werden und dadurch eine im Vergleich zu den verheirateten sowie den eingetragenen gleichgeschlechtlichen Partnern faire, d.h. gleichwertige Behandlung erfahren (allenfalls unter bestimmten Voraussetzungen hinsichtlich Gleichwertigkeit der Lebens- und Verantwortungsgemeinschaften).» Vgl. Cottier (Fn. 209), S. 31. Ob mit der nun vorgeschlagenen Einführung eines sog. Unterhaltsvermächtnisses diesem Anliegen wirklich vollumfänglich Rechnung getragen wird, dürfte zweifelhaft sein. Sodann ist bei diesem neu zu schaffenden «Vermächtnis» nicht zu übersehen, dass sich dieses nicht einfach in die erbrechtliche Terminologie und Begrifflichkeit einordnen lässt. Ein Vermächtnis gemäss Art. 484 ZGB kann der Erblasser einem Bedachten zuwenden, ohne dass er diesen als Erben einsetzen muss. Dabei handelt es sich um einen Vermögensvorteil, der in einzelnen Erbschaftssachen oder einer Nutzniessung an der Erbschaft oder einem Teil davon bestehen kann. Dieser Vorteil wird freiwillig und selbstbestimmt – und damit autonom – angeordnet. Dies ist beim Unterhaltsvermächtnis gerade nicht der Fall, womit es sich um einen neuen, bisher unbekannten Typus von Vermächtnis handeln muss.

309 Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 1 und 15 ff.

310 Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 9 unter Hinweis auf Druey (Fn. 269), § 6 Rz. 2 und auch Wolf/Genna (Fn. 279), S. 37.

311 Vgl. demgegenüber vorstehend unter Kap. D. Ziff. I.

des Bundesrates bilden.[312] Dabei ist darauf hinzuweisen, dass das Parlament dem Bundesrat den expliziten Auftrag erteilt hat, das bestehende Erbrecht zu flexibilisieren.[313] Im Vordergrund der Revision sollte daher das Anliegen stehen, die *Entscheidungsautonomie* des Erblassers zu stärken. Diese manifestiert sich im Erbrecht in der Verfügungsfreiheit des Erblassers – als Ausdruck der Privatautonomie – im Rahmen einer Verfügung von Todes wegen über sein Vermögen ganz oder teilweise verfügen zu können.[314] Diese Freiheit wird durch gesetzliche Pflichtteile eingeschränkt (Art. 470 Abs. 1 ZGB), weshalb im Rahmen des Erbrechtsrevisionsprozesses die Diskussionen über den konkreten Umfang solcher Pflichtteile intensiv geführt wurde (und wird).[315]

Eine Revision mit dem Ziel der *Stärkung der Entscheidungsautonomie* des Erblassers – und damit auch der Privatautonomie – muss deshalb primär bei den Pflichtteilen ansetzen, da die Beseitigung oder Reduktion der Pflichtteile automatisch eine Vergrösserung der verfügbaren Quote zur Folge hat.[316]

Eine vollständige Abschaffung von Pflichtteilen wurde aus der Überlegung verworfen, dass eine solche keine politischen Mehrheiten finden dürfte, da der Gedanke, dass ein Teil des Nachlasses bestimmten Personen vorbehalten bleiben soll, tief im allgemeinen Rechtsempfinden verankert ist.[317] In rechtsvergleichender Hinsicht ist festzustellen, dass sämtliche kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen gegenwärtig Formen zwingender Nachlassteilhabe aufgrund persönlicher oder familiärer Nähebeziehung (Näheverhältnisse) kennen. Dagegen wird in den USA, wo kein Pflichtteilsschutz besteht, von einem gewichtigen Teil der Rechtslehre die Einführung eines Schutzes der Nachkommen vor Enterbung im Sinne von Pflichtteilen gefordert.[318]

---

312 Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 9 unter Hinweis auf die Übersicht bei Stephan Wolf, Ist das schweizerische Erbrecht in seinen Grundlagen revisionsbedürftig?, ZBJV 2007, S. 301 ff. (zit. Wolf, ZBJV 2007), S. 313.

313 Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 9 und S. 19 ff.

314 So auch Stephan Wolf, in: Stephan Wolf/Martin Eggel, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Die Teilung der Erbschaft, Art. 602–619 ZGB, Bern 2014 (zit. BK-Wolf), N. 3 zu Art. 608 ZGB. Die geltende Regelung kann man entweder als eine «gemilderte Verfangenheit» oder eine «beschränkte Verfügungsfreiheit» einstufen, je nach dem, von welchem Grundsatz man ausgeht. Die nun diskutierten Anpassungen hinsichtlich der Quoten ändern nichts am Prinzip, sondern nur daran, wie weit man sich von den jeweils konträren Ausgangspunkten entfernt, die ohnehin in der Schweiz (jedenfalls seit dem 19. Jahrhundert) nie in absoluter Form galten. Eine Abschaffung des Pflichtteilsrechts würde sozusagen eine Rückkehr zu einem Prinzip bedeuten, das allenfalls einmal in vorklassischer Zeit in Rom gegolten haben mag.

315 Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 9. Der Sinn und Zweck des Pflichtteilsrechts wird in der neueren rechtswissenschaftlichen Literatur aus einer Reihe von Gründen in Frage gestellt, die in der Motion Gutzwiller ebenfalls Erwähnung finden; vgl. Cottier (Fn. 209), S. 42 m.H.

316 Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 9 f.

317 Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 10.

318 Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 10 unter Hinweis auf Anne Röthel, Das Pflichtteilsrecht auf dem Prüfstand: Ausblicke aus rechtsvergleichender und internationaler Perspektive, in: Dominique Jakob (Hrsg.), Stiften und Gestalten, Basel 2013, S. 119 ff., insbesondere S. 126 f.

Ein Vergleich mit anderen Rechtsordnungen zeigt, dass der Pflichtteil der Nachkommen im schweizerischen Recht relativ hoch ist. Im Zusammenhang mit der geplanten Revision wird deshalb folgendermassen argumentiert: Gerade weil das Erbrecht heute weitgehend seine Funktion als Versorgungsinstitut für die Nachkommen verloren habe, erscheine es naheliegend, das Pflichtteilsrecht im Hinblick auf die Nachkommen zu reduzieren.[319] Dies entspreche im Übrigen der Tendenz, wie sie in vielen ausländischen Rechtsordnungen in den vergangenen Jahren festgestellt werden konnte.[320]

Was die Streichung der Pflichtteile der Eltern betrifft, so werden folgende Argumente dargelegt: Der Gedanke der Solidarität innerhalb der Familie und der Generationen habe in den letzten Jahrzehnten signifikant abgenommen, was rechtlich nachzuvollziehen sei mit der Folge, dass es in Zukunft möglich sein werde, den betreffenden Anteil des Nachlasses der überlebenden Partnerin oder dem überlebenden Partner zuzuwenden.[321] Die heutige Rechtslage, wonach der gesamte Nachlass eines Erblassers, der in einer faktischen Lebensgemeinschaft lebt und keine Nachkommen hat, grundsätzlich seinen Eltern zufällt, wenn diese noch leben, wird ebenfalls als korrekturbedürftig eingestuft.[322] Dabei ist zu beachten, dass die Hälfte des Nachlasses pflichtteilsgeschützt ist mit der Folge, dass dem Lebenspartner auf dem Weg der Verfügung von Todes wegen maximal die Hälfte des Nachlasses zugewendet werden kann. Diese Situation erscheint insbesondere deshalb unbefriedigend, weil der Lebenspartner dem Erblasser häufig näher stehen dürfte als seine Eltern und zudem in diesen Fällen für den Lebenspartner keine Partizipation an der Errungenschaft möglich ist.[323] Auch

---

319 Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 10; vgl. auch PETER BREITSCHMID, Bericht zu den Konturen eines «zeitgemässen Erbrechts» zuhanden des Bundesamtes für Justiz zwecks Umsetzung der «Motion Gutzwiller» (10.3524 vom 17.06.2010), Sondernummer Not@lex/successio, Zürich 2014, S. 7 ff. (zit. BREITENSCHMID, Zeitgemässes Erbrecht), S. 7 ff. Ziff. 34. Dieser Struktur- und Funktionswandel der Familie wird von SEROZAN wie folgt knapp umschrieben: «Gegenwärtig hat die Familie ihr altes ökonomisches, soziales und damit ihr erbrechtliches Gewicht eingebüsst. Der Nächste zum Blut ist nicht mehr gleichzeitig der Nächste zum Gut!»; vgl. SEROZAN (Fn. 256), S. 5.

320 RÖTHEL (Fn. 318), insbesondere S. 126 f.

321 Allerdings erscheinen der Anwendungsbereich und die Konsequenz dieser Anpassung in ihren Auswirkungen gering, indem der Pflichtteil der Eltern überhaupt nur eine Rolle spielt, wenn der Erblasser keine Nachkommen hat. Nur in diesen Fällen erfolgt eine Erhöhung der Verfügungsfreiheit des Erblassers (allerdings wirkt sich diese nur aus, wenn nicht gleichzeitig der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten erhöht wird). Zu fragen wäre sicherlich grundsätzlich, wer am ehesten finanziell versorgt werden soll, wenn man dem Erbrecht eine Rolle als «Versorgungsinstitut» zuweist. Zu denken wäre dabei an den überlebenden Ehegatten und (angesichts der hohen Lebenserwartung) an die Enkel des Erblassers.

322 Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 10 f.; vgl. auch BREITSCHMID, Zeitgemässes Erbrecht (Fn. 319), S. 7 ff. Ziff. 33; ferner RÖTHEL (Fn. 318), insbesondere S. 125 f.

323 Allerdings könnte man einwenden, dass den kinderlosen Erblasser, der seinen faktischen Partner berücksichtigen will, niemanden hindert, dass er dem Lebenspartner zu Lebzeiten sein Vermögen überschreibt und die Eltern auf den Pflichtteil setzt.

aus einer rechtsvergleichenden Optik spricht einiges für die Abschaffung des Pflichtteilsrechts der Eltern.[324]

Die Folgen der geplanten erbrechtlichen Gesetzesänderungen bestehen in einer insgesamt signifikanten Stärkung der Parteiautonomie des Erblassers bzw. der Erblasserin.

3. *Zum Dilemma überlebender Ehegatte vs. Nachkommen*

Ausgangspunkt jeder Revision ist das Dilemma, den Nachlass zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Kindern des Erblassers angemessen aufzuteilen. Die Tendenz in der Schweiz als auch im europäischen Ausland geht in die Richtung einer Besserstellung des überlebenden Ehegatten.[325] Begründet wird dies mit der allgemeinen gesellschaftlichen Entwicklung, wonach die Bedeutung der Familie als solidarischer Verbund der Generationen zurückgegangen und das Interesse, Vermögen im Familienstamm zu halten, weitgehend entfallen sei. So lässt sich argumentieren, dass es in vielen Fällen angemessen erscheint, den Ehegatten bzw. den eingetragenen Partner, der während Jahren zur Bildung des Vermögens des Erblassers beigetragen hat, an diesem Vermögen auch erbrechtlich angemessen partizipieren zu lassen.

Schliesslich werden die finanzielle Sicherheit des überlebenden Partners im Alter sowie der Gedanke der Fürsorge für diesen erwähnt.[326] Auch die Praxis der Notariate lässt den Schluss zu, dass es vor allem die gesetzliche Absicherung des überlebenden Partners ist, welche zum Abschluss von Ehe- und Erbverträgen führt.[327] Sodann ist zu vermerken, dass Nachkommen zum Zeitpunkt des Erbganges – im Gegensatz zum überlebenden Partner – in vielen Fällen keinen dringenden finanziellen Bedarf mehr aufweisen, weil sie sich in einer Lebensphase befinden, in der sie sich bereits im Erwerbsleben etabliert haben und auf ein geregeltes Einkommen zugreifen können.[328]

Daneben ist nach Ansicht des Bundesrates die *Stärkung der Privatautonomie* ein explizites Ziel der Revision – und nicht etwa eine Verschiebung der gesetzlichen Erbanteile unter den Erben: «Ein modernes Erbrecht muss dem Erblasser vielmehr die Möglichkeit eröffnen, den Nachlass zu einem wesentlichen Teil nach seinem eigenen Willen den von ihm bestimmten Personen zuzuwei-

---

324 So sind etwas in den skandinavischen Ländern, aber auch in den Niederlanden und in Frankreich, die Eltern heute nicht mehr pflichtteilsberechtigt; vgl. Röthel (Fn. 318), insbesondere S. 125 f.

325 Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 11.

326 Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 12 m.H.

327 Die Abänderung der gesetzlichen Regelung zum Zweck der Begünstigung des überlebenden Ehegatten bzw. des überlebenden eingetragenen Partners bilden den Hauptgrund für den Abschluss von Ehe- und Erbverträgen bzw. Vermögensverträgen; vgl. Wolf, ZBJV 2007 (Fn. 312), S. 305.

328 Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 12.

sen und damit eine im Einzelfall angemessene und von seinem subjektiven Willen getragene Lösung zu treffen.»[329] Was die Bedeutung eines effektiv gelebten Näheverhältnisses für die gesetzliche Erbberechtigung betrifft, so wird festgehalten, dass es sich um eine subjektive Bewertung handelt, welche am besten dem Erblasser zur Beurteilung überlassen wird. Dafür aber braucht es eine Vergrösserung seiner Verfügungsfreiheit.[330]

4. *Frage des erbrechtlichen Einbezugs von faktischen Lebenspartnern*

Was den Einbezug von faktischen Lebenspartnern in die gesetzliche Erbteilungsordnung betrifft, hat sich der Bundesrat mit dem nun vorliegenden Vorentwurf gegen eine solche entschieden.[331] Faktische Lebenspartner sollen auch in Zukunft grundsätzlich nur dann erbrechtlich begünstigt werden, wenn dies vom Erblasser ausdrücklich so vorgesehen wird. Allerdings wird die Einführung eines gesetzlichen, vom Willen des Erblassers unabhängigen Vermächtnisses vorgeschlagen.[332]

Damit ein solches Unterhaltsvermächtnis ausgerichtet wird, müssen verschiedene Voraussetzungen erfüllt sein: (1) Anspruchsberechtigt kann nur sein, wer mit dem Erblasser während mindestens drei Jahren eine faktische Lebensgemeinschaft geführt hat.[333] (2) Weiter ist vorausgesetzt, dass die begünstigte Person erhebliche Leistungen im Interesse des Erblassers erbracht hat; dabei stehen Betreuungsleistungen zugunsten des Erblassers selbst oder seiner Angehörigen oder von gemeinsamen Kindern oder von Kindern des Erblassers im Vordergrund. (3) Zudem muss die Ansprecherin für die Bestreitung eines angemessenen Lebensunterhalts auf ein solches Unterhaltsvermächtnis angewiesen sein, d.h. sie darf nicht über ausreichende eigene Mittel verfügen, um ihren angemessenen Lebensunterhalt selber zu decken.[334] (4) Schliesslich muss die Ausrichtung dieses Vermächtnisses für die gesetzlichen Erben (namentlich auf-

---

329 Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 12 f.

330 Die Lösung für eine bessere Berücksichtigung von effektiv gelebten Naheverhältnissen liegt nach Ansicht des Bundesrates ebenfalls in einer Vergrösserung der Verfügungsfreiheit des Erblassers, namentlich in einer Verkleinerung der Pflichtteile und der damit zusammenhängenden Ausweitung der verfügbaren Quote; vgl. Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 13.

331 Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 21 ff.

332 Allerdings fragt sich, wie der Gesetzgeber dieses neue Institut als «Vermächtnis» bezeichnen kann, wenn dieses nichts mit dem in Art. 484 ZGB geregelten Vermächtnis gemeinsam hat und eher als «Nachlasslast» zu bezeichnen wäre, geht es doch hierbei nicht um eine freiwillige Ausrichtung eines Vermögensteils, sondern um einen nachträglichen, nach dem Tode zwangsweise (gerade gegen den Willen des Erblassers) auszurichtenden Vermögensvorteil zulasten des Nachlasses. Damit muss auch die kritische Frage gestellt werden, inwiefern ein solches mit der Privatautonomie vereinbar sein soll.

333 Vorausgesetzt ist dabei, dass es sich um ein Zusammenleben als (gleich- oder verschiedengeschlechtliches) Paar handelt. Der Umstand, dass sich einer oder beide Partner noch (mit einer Drittperson) verheiratet oder in einer eingetragenen Partnerschaft befand, spielt dabei keine Rolle; vgl. Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 22.

334 Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 22.

grund ihrer finanziellen Lage und der Höhe des Nachlasses) zumutbar sein. Sind alle diese Voraussetzungen erfüllt, besteht der Anspruch gegenüber dem Nachlass auf Ausrichtung eines solchen Unterhaltsvermächtnisses.

Die Motivation zur Einführung eines solchen Unterhaltsvermächtnisses bestand in der Abfederung von Bedürftigkeitssituationen.[335] Allerdings ist nicht zu verkennen, dass die Hürden zur Erlangung eines solchen doch beträchtlich sind und wohl in den allermeisten Fällen eine gerichtliche Durchsetzung nötig sein dürfte, was den praktischen Nutzen eines solchen «Vermächtnisses» nicht unerheblich schmälern dürfte.[336]

Eine entsprechende Regelung wird auch vorgeschlagen für Stiefkindsituationen, bei denen der Erblasser während mindestens fünf Jahren mit einem minderjährigen Stiefkind im gleichen Haushalt gelebt und dieses von ihm eine finanzielle Unterstützung erhalten hat, die ohne das Versterben des Erblassers voraussichtlich fortgesetzt worden wäre.[337]

5. *Zwischenfazit – Tendenz in Richtung Verfügungsfreiheit*

Das schweizerische Pflichtteilsrecht stellt eine Begrenzung der Privatautonomie dar, welche unbestrittenermassen ein grundlegendes Prinzip der Schweizer Rechtsordnung darstellt.[338] Mit den vorgeschlagenen Änderungen des Erbrechts wird das Pflichtteilsrecht flexibilisiert, wobei gleichzeitig der Kerngehalt des geltenden Rechts bewahrt wird. Dabei findet keine erbrechtliche Gleichstellung von nichtehelichen Lebensgemeinschaften mit Ehegatten statt, und es steht dem Erblasser weiterhin frei, seine Angehörigen im bisherigen Ausmass zu begünstigen.[339]

Was die kritische rechtspolitische Frage betrifft, wie der Konflikt zwischen Verfügungsfreiheit und Pflichtteilszwang gelöst werden kann, stellt letztendlich einen Wertentscheid dar.[340] So äusserte sich etwa Serozan wie folgt: «Soll in diesem Konflikt die Priorität der Verfügungsfreiheit und der gewillkürten Erbschaft zuteil kommen oder soll umgekehrt die pflichtteilsgeschützte gesetzliche Erbschaft den Vorrang geniessen? Im Bewusstsein, vielleicht im Unterbewusstsein, bzw. offen oder latent, spielt diese rechtspolitische Parteinahme die ausschlaggebende Rolle.»[341] Weiter kann im Hinblick auf die derzeitigen Entwick-

---

335 So der Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 22.

336 Wie in Art. 484a Abs. 2 ZGB Vorentwurf festgehalten, wird das Unterhaltsvermächtnis auf Klage hin vom zuständigen Gericht festgesetzt. Das Gericht prüft, ob die Voraussetzungen von Abs. 1 im konkreten Fall erfüllt sind und setzt gegebenenfalls das Unterhaltsvermächtnis fest; so bereits im erläuternden Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 23.

337 Vgl. Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 23 f.

338 So etwa Cottier (Fn. 209), S. 44.

339 Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 24.

340 So auch Serozan (Fn. 256), S. 14.

341 Regina Aebi-Müller, Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis, successio 2012, S. 4 ff.; Serozan (Fn. 256), S. 14.

lungstendenzen folgendes Fazit gezogen werden: «Man muss eingestehen, dass die Tendenz in Richtung Verfügungsfreiheit und gewillkürter Erbschaft unter dem Einfluss sozio-ökonomischer, demografischer und rechtspolitischer Dynamiken stets steigend ist.»[342]

Somit ist festzustellen, dass die Privatautonomie im Erbrecht in den letzten Jahren sowie auch gemäss der derzeit vorliegenden Erbrechtsnovellierung deutlich gestärkt wurde. Allerdings erscheint die Bilanz doch eher durchzogen, indem die vorgenommenen Anpassungen doch recht zögerlich und nur punktuell vorgenommen wurden. Mit dem Unterhaltsvermächtnis wurde zudem etwas in das bestehende Erbrecht eingefügt, was sich weder in das bewährte System und die Terminologie des Erbrechts einfügen lässt, noch den Ansprüchen an Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit der Beteiligten zu genügen vermag. Das mit der Schutz- und Bedürftigkeitssituation des faktischen Lebenspartners begründete neue Institut, vermag die Erwartungen und Ansprüche kaum zu erfüllen und bedeutet überdies einen ernsthaften Einbruch in die sonst beobachtete Tendenz zur Erhöhung der Privatautonomie im Erbrecht.

E. Privatautonomie und persönlichkeitsrechtliche Entwicklungen

I. Überblick

Die privatautonome Regelung von Rechtsbeziehungen spielt auch im Bereich des Persönlichkeitsrechts und des Persönlichkeitsschutzes eine wichtige Rolle. Die aktuellen Entwicklungen in diesem Bereich erfordern neue Konzepte und neue Schutzmechanismen. Zunächst stellt sich die Frage des Umfangs der Privatautonomie. So erscheint in diesen Rechtsbereichen nicht ganz klar, ob die formal zwar durchaus bestehenden privatautonomen Regelungsmöglichkeiten auch tatsächlich genutzt werden können. Im Zusammenhang mit dem Persönlichkeitsrecht der informationellen Selbstbestimmung, im Bereich des Selbstbestimmungsrechts am Lebensende sowie im Zusammenhang mit dem elektronischen Patientendossier stellen sich besonders brisante Fragen, welche nachfolgend unter dem Aspekt der Privatautonomie beleuchtet werden sollen.

II. Recht auf informationelle Selbstbestimmung

1. Wirkung des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung zwischen Privaten

Beim Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung handelt es sich um das Recht, selber zu entscheiden, ob, wem und wann persönliche Lebenssachver-

342 Serozan (Fn. 256), S. 14 f.

halte, Gedanken, Empfindungen oder Emotionen offenbart werden sollen.[343] Es handelt sich um ein Grundrecht, welches typischerweise auch unter Privaten wirksam werden kann.[344]

Besteht zwischen Privaten eine privatautonome Rechtsbeziehung und führt der Missbrauch der Privatautonomie zu einem Übergriff auf ein Grundrecht, kommt ein Sonderfall der Schutzpflicht zur Anwendung.[345] Die Drittwirkung von Grundrechten stellt eine besondere Schutzaufgabe des Staates bei der Regulierung von Privatrechtsbeziehungen dar, indem die Privatautonomie zur Kontrolle gegen den Missbrauch beschränkt werden kann.[346] Findet bspw. eine Datenbearbeitung innerhalb einer privatautonomen Vertragsbeziehung statt, kann das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung mittels indirekter Drittwirkung bei der Rechtsanwendung wirksam werden.[347] Wenn ein Privater die Daten eines andern Privaten ohne privatautonomes Verhältnis bearbeitet, erlangt das Grundrecht mittels der staatlichen Schutzpflichten Wirkung.[348]

2. *Privatrechtlicher Schutz auf informationelle Privatheit*

Im Privatrecht schützt Art. 28 ZGB die Person vor persönlichkeitsverletzenden faktischen Beeinträchtigungen durch Dritte.[349] Zum Schutzbereich des Persönlichkeitsrechts wird insbesondere die Privat- und Geheimsphäre des Einzelnen gezählt. Der Schutz dieser informationellen Privatheit – auch als informationelle Selbstbestimmung bezeichnet und konkretisiert – soll verhindern, dass jede private Lebensäusserung der Allgemeinheit bekannt wird.[350] Der Einzelne soll selber bestimmen dürfen, welches Wissen über ihn bekannt wird und auch darüber entscheiden können, welche personenbezogenen Begebenheiten und Ereignisse des konkreten Lebens einer weiteren Öffentlichkeit verborgen bleiben sollen.[351]

---

343 So wird etwa durch die Bearbeitung von biometrischen Daten im Rahmen der automatischen Gesichtserkennung auf Fotos der Nutzer durch den Anbieter eines sozialen Netzwerks der Schutzbereich des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung tangiert; vgl. Dominika Blonski, Biometrische Daten als Gegenstand des informationellen Selbstbestimmungsrechts, Diss. Bern 2015 (ASR Bd. 816, S. 253 ff.), S. 258 und 269 m.w.H. auf René Rhinow/Markus Schefer, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Basel 2009, Rn. 1177.

344 Blonski (Fn. 343), S. 258. Die Botschaft zum Bundesgesetz über das elektronische Patientendossier (EPDG) vom 29. Mai 2013, BBl 2013 5321 ff. (zit. Botschaft EPDG; Bundesgesetz über das elektronische Patientendossier, in Kraft seit dem 15. April 2017) betont, dass die informationelle Selbstbestimmung im Rahmen des elektronischen Patientendossiers gewährleistet wird, indem die betroffene Person ihre Zugriffsrechte selbst steuern kann; vgl. dazu die Botschaft EPDG, S. 5327.

345 Blonski (Fn. 343), S. 256.

346 Vgl. Blonski (Fn. 343), S. 256 m.H.

347 Blonski (Fn. 343), S. 273.

348 Blonski (Fn. 343), S. 281.

349 Statt vieler Hausheer/Aebi-Müller, Personenrecht (Fn. 171), Rz. 12.01 ff.

350 Hausheer/Aebi-Müller, Personenrecht (Fn. 171), Rz. 12.113.

351 Hausheer/Aebi-Müller, Personenrecht (Fn. 171), Rz. 12.113.

Es soll der Hoheit der individuellen Person überlassen bleiben, wer welches Wissen über sie erhält.

Diesem Aspekt des Persönlichkeitsschutzes kommt eine eigenständige Bedeutung zu, indem die Geheimhaltung an sich geschützt werden soll und es sich nicht um ehrenrührige Tatsachen handeln muss. Die Verletzung der informationellen Privatheit muss sich auf einen der in Art. 28 Abs. 2 ZGB genannten Rechtfertigungsgründe (Einwilligung, überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder Gesetz) stützen können.[352] Ansonsten hat sie als widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung – mit den entsprechenden Rechtsfolgen – zu gelten.[353] In Frage kommt der Rechtfertigungsgrund des überwiegenden Informationsinteresses und im Einzelfall auch die persönliche Einwilligung des Rechtsträgers.[354]

Geschützt wird einerseits die Geheimsphäre des Einzelnen wie auch die Privatsphäre. Der Geheimbereich umfasst diejenigen Lebensvorgänge, die der Kenntnis aller anderen Personen entzogen sein soll, mit Ausnahme derjenigen, denen diese besonders anvertraut werden sollen (wie etwa innerfamiliäre Konflikte, sexuelle Präferenzen, medizinische Tatsachen).[355] Dieser Bereich gilt als absolut geschützt, wobei keine Rechtsfertigungsgründe für die Verletzung anerkannt werden.[356] Zur Privatsphäre werden die übrigen Bereiche des Privatlebens gezählt, wozu alle jene Lebensäusserungen gehören, welche regelmässig nur mit einem begrenzten, relativ nahe verbundenen Personenkreis (z.B. Angehörigen, Freunden und Bekannten) geteilt werden.[357]

An besonderer Relevanz hat der Schutz der informationellen Selbstbestimmung aufgrund der elektronischen Datenverarbeitung gewonnen, indem personenbezogene Daten in scheinbar beliebigem Umfang gespeichert, verknüpft und reproduziert werden und damit auch in besonderem Masse schützenswerte Persönlichkeitsprofile erstellt werden können.[358] Damit kommt der Bereich der Datenschutzgesetzgebung ins Spiel. Dem Einzelnen soll die Herrschaft über die

---

352 Im Zusammenhang mit dem geltenden Datenschutzrecht ist darauf hinzuweisen, dass eine Person nur dann rechtsgültig in das Verarbeiten ihrer Daten einwilligen kann, wenn ihr die Tragweite bewusst ist, was in der Praxis doch häufig fraglich bleiben muss. So zeigen Erhebungen, dass bis zu 90% der Internetnutzer Datenschutzerklärungen gar nicht lesen. Das Erfordernis der Einwilligung wird damit zwar formell-rechtlich, aber nicht materiell-rechtlich, erfüllt, indem die *informierte Zustimmung* eben gerade fehlt. Wer nicht weiss, wann und wie seine Daten bearbeitet werden, kann auch nicht entscheiden, ob er damit einverstanden ist. Es fehlt die nötige Transparenz.

353 Vgl. zum Rechtsschutz aus Persönlichkeitsverletzung HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht (Fn. 171), Rz. 14.01.

354 Ein besonders heikler Fragenkomplex stellt in neuester Zeit die Persönlichkeitsverletzung durch Veröffentlichung von Bildern auf sozialen Netzwerken dar; vgl. dazu ROLAND FANKHAUSER/NADJA FISCHER, Kinderfotos auf Facebook oder wenn Eltern die Persönlichkeitsrechte ihrer Kinder verletzen, in: Ivo Schwander/Ruth Reusser/Roland Fankhauser (Hrsg.), Brennpunkt Familienrecht, Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Zürich 2017, S. 193 ff.

355 HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht (Fn. 171), Rz. 12.119; BGE 97 II 97 E. 3.

356 HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht (Fn. 171), Rz. 12.119.

357 HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht (Fn. 171), Rz. 12.120.

358 Vgl. dazu nachstehend unter E. II. Ziff. 3.

ihn betreffenden Daten zukommen, und zwar grundsätzlich ohne Rücksicht darauf, wie «sensibel» (mit Rücksicht auf die Schutzbedürftigkeit des Individuums) die fraglichen Informationen tatsächlich sind.[359] Dazu gehört auch das Recht am eigenen Bild.[360]

Da die Übergabe der persönlichen Daten und der Zugriff auf solche in zunehmendem Masse freiwillig durch den Einzelnen erfolgen (z.B. via soziale Medien wie Facebook, Instagram usw.),[361] erscheinen die Mittel des Persönlichkeitsschutzes und der Datenschutzgesetzgebung zunehmend ungeeignet, den nötigen Rechtsschutz zu gewährleisten.[362] Zudem stellt sich die Frage des Schutzes «wovor» überhaupt. Eine Antwort dürfte die Privatautonomie dazu geben sowie die Persönlichkeitsrechte nach Art. 27 Abs. 2 ZGB. Indem zwar autonom die Zustimmung zur Benützung von persönlichkeitsrelevanten Informationen den Unternehmen übergeben werden, wird der persönliche Freiraum für die Zukunft in gewissermassen unabsehbarer Weise eingeschränkt, indem mittels Datenverknüpfung (und im Rahmen von sog. «Big Data») letztlich für den Einzelnen unabsehbare Informationsgefässe und damit potentielle Kontrollmöglichkeiten des Datenherrn geschaffen werden, welche der informationellen Selbstbestimmung diametral entgegenstehen. Die informationelle Privatheit[363] des Einzelnen kann dadurch tatsächlich und spürbar beeinträchtigt werden, wobei die Eingriffe zumeist nur schwer fassbar sein können. Die Privatsphäre erscheint angesichts dieser Entwicklungen zunehmend als vielschichtiges und hochkomplexes Konzept. Es scheint deshalb an der Zeit, dass grundlegend und interdisziplinär über das Konzept der Privatsphäre nachgedacht wird und empirische Belege für die Bedürfnisse der Menschen in diesem Bereich zusammengetragen werden.[364]

3. *Grundzüge der datenschutzrechtlichen Regelungen*

Unter datenschutzrechtlichen Grundsätzen muss der private Datenbearbeiter gemäss dem Datenschutzgesetz folgende Grundsätze einhalten: Rechtmässigkeit

---

359 Hausheer/Aebi-Müller, Personenrecht (Fn. 171), Rz. 12.123.

360 Vgl. dazu Fankhauser/Fischer (Fn. 354), S. 195 ff. Vgl. ferner den exemplarischen BGE 138 II 346, bei dem es dem Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) gelang, im Zusammenhang mit Bildaufnahmen für den Internetdienst Google Street View einen verstärkten Schutz der Person (mittels Unkenntlichmachung) zu erreichen.

361 Es wird in diesem Zusammenhang von «Privacy Paradox» gesprochen. Die Privatsphäre ist dem Einzelnen wichtig. Dennoch teilen viele Menschen im Internet bspw. private Fotos, die Handynummer und ihre aktuelle Stimmungslage.

362 Das heutige Datenschutzrecht geht auf Konzepte aus den 1970er-Jahren zurück, auf eine Zeit also, in der es das Internet noch gar nicht gab. Diese Regulierung ist weitgehend unverändert geblieben, während sich Gesellschaft und Technik seither tiefgreifend verändert haben; vgl. ebenfalls kritisch dazu Florent Thouvenin, Professor für Informations- und Kommunikationsrecht an der Universität Zürich, in: UZH Magazin 1/2018, S. 16.

363 Vgl. zum Begriff und seinen Ausprägungen Hausheer/Aebi-Müller, Personenrecht (Fn. 171), Rz. 12.125 f.

364 So auch die Forderung von Thouvenin (Fn. 362), S. 16.

(Art. 4 Abs. 1 DSG), Datenbearbeitung nach Treu und Glauben (Art. 4 Abs. 2 DSG), Verhältnismässigkeit (Art. 4 Abs. 2 DSG), Zweckbindung (Art. 4 Abs. 3 DSG), Erkennbarkeit der Datenbeschaffung und des Bearbeitungszwecks (Art. 4 Abs. 4 DSG), Richtigkeit der Daten (Art. 5 Abs. 1 DSG) sowie Datensicherheit (Art. 7 Abs. 1 DSG).[365] Von Bedeutung ist insbesondere die Frage, ob im konkreten Fall die Datenbeschaffung sowie der Bearbeitungszweck für die betroffene Person erkennbar waren. Dieser Grundsatz soll der betroffenen Person den Entscheid ermöglichen, sich der Datenbearbeitung zu widersetzen. Aus den Umständen müssen die Beschaffung und der Bearbeitungszweck für die betroffene Person ersichtlich sein, wobei davon ausgegangen wird, dass sich daraus keine Informationspflicht ableiten lässt.[366]

Verletzt ein privater Datenbearbeiter datenschutzrechtliche Bestimmungen, kann sich die betroffene Person mittels Klage zum Schutz der Persönlichkeit nach Art. 28 ff. ZGB dagegen wehren und insbesondere die Sperrung der Datenbearbeitung, das Verbot der Bekanntgabe der Daten an Dritte, die Berichtigung und Vernichtung der Daten durchsetzen (Art. 15 Abs. 1 DSG).[367]

Die Entwicklung eines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung in neuerer Zeit soll den Schutz der Privatautonomie in diesem sensitiven Lebensbereich rechtlich absichern. Allerdings ist nicht zu übersehen, dass die rasanten technologischen und gesellschaftlichen Entwicklungen dazu führen, dass das Recht den gegenwärtigen Entwicklungen massiv hinterherhinkt.[368]

III. Selbstbestimmungsrecht des Patienten

1. Einwilligung des Patienten zu medizinischen Behandlungen

Die Einwilligung des Patienten stellt im Medizinrecht den bedeutsamsten Rechtfertigungsgrund dar.[369] Sie schützt das Selbstbestimmungsrecht des Patienten und damit gleichzeitig die eng damit verbundene körperliche und phy-

---

365 Blonski (Fn. 343), S. 262; Näheres zu den einzelnen Grundsätzen Eva Maria Belser/Astrid Epiney/Bernhard Waldmann, Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern 2001, S. 518 ff.

366 Dazu David Rosenthal, in: Rosenthal/Jöhri, Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich/Basel/Genf 2008, N. 34 und 51 zu Art. 4 DSG.

367 Corrado Rampini, in: Maurer-Lambrou/Blechta (Hrsg.), Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz und Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., Basel 2014, N. 7 ff. zu Art. 15 DSG.

368 Die Datenschutzgesetzgebung geht auf Konzepte aus den 1970er-Jahren zurück. Ihre Entstehung stand unter dem Einfluss politischer Ereignisse und kann in der Schweiz mit dem «Fichenskandal», der Bespitzelung der Bürger durch den Staat seit Anfang des letzten Jahrhunderts, verortet werden. Bei der neuen Datenschutzgrundverordnung der EU, welche per Ende Mai 2018 erstmals einen harmonisierten Rechtsrahmen für den Datenschutz innerhalb der EU schafft, lässt sich der Einfluss der «Snowden-Affäre» ablesen; vgl. Thouvenin (Fn. 362), S. 16

369 Siehe dazu Art. 28 Abs. 2 ZGB; statt vieler Regina Aebi-Müller, Perpetuierte Selbstbestimmung? Einige vorläufige Gedanken zur Patientenverfügung nach neuem Recht, in: ZBJV 2013, S. 150 ff. (zit. Aebi-Müller, ZBJV 2013), insbesondere S. 171; Stefanie Haussener, Selbstbestimmung am Lebensende: Realität oder Illusion? Eine kritische Analyse von Rechtslage und

sische Integrität, in die bei medizinischen Behandlungen regelmässig eingegriffen wird.[370]

Das Recht auf Selbstbestimmung entstammt dem «ethischen Prinzip der Autonomie»[371] und wird im Kontext der medizinischen Behandlung als «Möglichkeit [...] der aktiven Mitgestaltung durch den Patienten» beschrieben.[372] Damit wird jedem Patienten die Entscheidungshoheit eingeräumt, selbstverantwortlich in eine medizinische Behandlung einzuwilligen oder eine solche zu verweigern.[373] Als Schranke des Selbstbestimmungsrechts gilt die Urteilsunfähigkeit des Patienten.[374]

Das Recht auf Privatleben gemäss Art. 13 Abs. 1 BV schliesst auch das Recht ein, selbstbestimmt über medizinische Behandlungen zu entscheiden.[375] Da medizinische Daten im Sinne des Datenschutzes als besonders schützenswert gelten, wird die Selbstbestimmung des Patienten ferner als Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung über den Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten nach Art. 13 Abs. 2 BV vermittelt.[376] Aus dem Recht auf physische und psychische Integrität fliesst einerseits ein Anspruch des Patienten auf Aufklärung und Information zur Behandlung und andererseits ein Anrecht auf medizinische Pflege.[377]

---

medizinischer Praxis, Diss. Luzern 2016, Zürich 2017, S. 23; illustrativ dazu BGE 133 III 121, E. 4.1.1, S. 128; 117 Ib 197, E. 2a, S. 200.

370 HAUSSENER (Fn. 369), S. 23 m.z.H.

371 In der Medizinethik wurden weitere Differenzierungen des Autonomiebegriffes vorgenommen. Danach gelten Willensäusserungen zu medizinischen Behandlungen dann als autonom, wenn «die Person sie in einem Zustand der *Freiwilligkeit*, der *angemessenen Informiertheit*, der *qualifizierten Urteilsfähigkeit* und in Übereinstimmung mit ihren grundlegenden Wertvorstellungen *(Authentizität)* macht; vgl. JÜRG GASSMANN, Die Psychiatrische Patientenverfügung, Chancen für die Patientenautonomie – Grenzen ihrer Wirksamkeit, in: Ivo Schwander/Ruth Reusser/Roland Fankhauser (Hrsg.), Brennpunkt Familienrecht, Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Zürich 2017, S. 257 ff., S. 265. Die Begriffe «Selbstbestimmung» und «Autonomie» werden häufig synonym verwendet; vgl. HAUSSENER (Fn. 369), Fn. 149. Zur Autonomie vgl. JOHANNES HEYERS, Passive Sterbehilfe bei entscheidungsunfähigen Patienten und das Betreuungsrecht, Diss. Berlin, 2001, S. 33; vgl. TOM L. BEAUCHAMP/JAMES F. CHILDRESS, Principles of Biomedical Ethics, New York 2013, S. 120 ff.; ULRIKE RIEDEL, Integration privatrechtlicher Elemente der Patientenverfügung in das Geflecht übergreifender Normen, in: Marion Albers (Hrsg.), Patientenverfügungen, Baden-Baden 2008, S. 151; KATHARINA SEIBEL/FRANZISKA KRAUSE/GERHILD BECKER, Ärztliche Verantwortung gegenüber Palliativpatienten unter dem neuen Paradigma der Kundenorientierung, in: Ethik Med 2014, S. 48; MARC THOMMEN, Medizinische Eingriffe an Urteilsunfähigen und die Einwilligung der Vertreter, Eine strafrechtliche Analyse der stellvertretenden Einwilligung, Diss. Basel 2004, Basel/Genf/München 2004, S. 109 (alle Werke zitiert bei HAUSSENER [Fn. 369], Fn. 149).

372 HAUSSENER (Fn. 369), S. 23.

373 HAUSSENER (Fn. 369), S. 25 f. m.z.H.

374 Dazu statt vieler HAUSSENER (Fn. 369), S. 25 f.

375 HAUSSENER (Fn. 369), S. 32 m.H.

376 Das Selbstbestimmungsrecht findet sich in Art. 10 Abs. 1 BV als Recht auf Leben und in Art. 10 Abs. 2 BV als Recht auf persönliche Freiheit, im Besonderen auf körperliche und geistige Unversehrtheit und Bewegungsfreiheit; vgl. HAUSSENER (Fn. 369), S. 32 f. m.H.

377 HAUSSENER (Fn. 369), S. 33 m.H.

Von Bedeutung ist im Zusammenhang mit Patientenrechten und dem Selbstbestimmungsrecht zudem der Persönlichkeitsschutz. Innerhalb des Rechts auf Persönlichkeit im ZGB findet sich das Selbstbestimmungsrecht als Grundsatz der Privatautonomie.[378] Ausdruck erfährt dieser Grundsatz über den Persönlichkeitsschutz, wie er in Art. 27 und 28 ZGB statuiert ist.[379]

2. *Zum Selbstbestimmungsrecht am Lebensende*

Im Zusammenhang mit dem Selbstbestimmungsrecht stellt sich die Frage, ob auch ein negatives Lebensrecht, mit anderen Worten ein Recht auf Verfügungsfreiheit über den eigenen Körper und den eigenen Tod, besteht.[380] Bislang existieren in der Schweiz keine Normen, welche diese Frage spezifisch regeln.[381] Aus den Rechtsquellen des Selbstbestimmungsrechts lässt sich jedoch ein allgemeiner Rahmen hinsichtlich der Patientenautonomie in der letzten Lebensphase ableiten. Danach stellt nach Auffassung von HAUSSENER nicht nur die Entscheidungsfreiheit über Mass und Art medizinischer Massnahmen, sondern genauso die Ablehnung lebenserhaltender und -verlängernder Behandlung als Recht auf den Tod ein schützenswertes Patientenrecht dar. Das bedeutet, dass auch am Lebensende jede Person im Einklang mit dem persönlichen Wertesystem zu entscheiden hat, ob die vielfältigen medizinischen «Möglichkeiten in Anspruch genommen werden sollen oder unter welchen Bedingungen darauf verzichtet werden kann.»[382]

---

378 HAUSSENER (Fn. 369), S. 37 m.H.

379 Einerseits werden Personen dadurch vor übermässiger Bindung geschützt (Art. 27 ZGB) und andererseits wird ihnen ein Schutz vor Persönlichkeitsverletzungen durch Dritte gewährt (Art. 28 ZGB). Die Ärztin oder der Arzt hat einer Patientenverfügung zu entsprechen (Art. 372 Abs. 2 ZGB); vgl. HAUSSENER (Fn. 369), S. 37 f. m.H. Allerdings besteht das gesetzesimmanente Risiko, dass die medizinischen Anordnungen nicht oder nur teilweise befolgt werden. So weist GASSMANN (Fn. 371), S. 265, darauf hin, dass sich die Anordnungen an Ärzte richten, die ohne systematische Kontrolle und Aufsicht aufgrund eigener Wertvorstellungen darüber entscheiden, ob sie die medizinischen Anordnungen befolgen oder nicht. Art. 372 Abs. 2 ZGB öffnet ein gewisses Einfallstor für Ermessensentscheide, die den Grundsatz der Verbindlichkeit stark relativieren. Insbesondere wenn begründete Zweifel bestehen, dass die Anordnungen noch dem mutmasslichen Willen des Patienten entsprechen, sind Abweichungen denkbar. Jede nahestehende Person kann zwar ein Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde verlangen, wenn der Patientenverfügung nicht entsprochen wird (Art. 373 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB); vgl. GASSMANN (Fn. 371), S. 265 f.

380 In der somatischen Medizin hat sich die Idee des «living will» entwickelt; die Anordnung eines Patienten im Endstadium einer Krankheit auf lebensverlängernde Massnahmen zu verzichten kann als verbindlich gelten, selbst wenn dies zum Tode führt; vgl. GASSMANN (Fn. 371), S. 259.

381 KATHRIN REUSSER, Patientenwille und Sterbebeistand. Eine zivilrechtliche Beurteilung der Patientenverfügung, Diss. Zürich 1994, S. 49.

382 PETRA VETTER, Selbstbestimmung am Lebensende. Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht, 2. Aufl., Stuttgart/München 2009, S. 19; ebenso Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28.06.2006 (Botschaft KESR), BBl 2006 7001 ff., S. 7011; MARLIES NÄF-HOFMANN/ANDREAS NÄF, Palliative Care – Ethik und Recht, Eine Orientierung, Zürich 2011, S. 84.

Die *gestiegene Relevanz* der Selbstbestimmung am Lebensende ist gemäss HAUSSENER primär auf folgende Entwicklungen zurückzuführen:

- medizinischer Fortschritt, der Leben künstlich erhalten kann, und damit verbundene Furcht von Patienten vor dem «Ausgeliefert-Sein» bzw. vor Überbehandlung,
- Enttabuisierung von Sterbevorstellungen und -wünschen,
- Veränderung der Wertvorstellungen in der Gesellschaft, worin die Autonomie in Form der aufgeklärten Einwilligung zunehmend die Arzt-Patienten-Beziehung prägt.[383]

Die Rechtsbeziehung zwischen Patient und Arzt beruht im ambulanten Bereich meist auf einem Auftrag des Obligationenrechts. Im stationären Bereich liegt entweder ein privatrechtliches oder ein öffentlich-rechtliches Vertragsverhältnis zwischen Patient und Arzt bzw. Spital vor. Trotz unterschiedlichen rechtlichen Gestaltungsformen des medizinischen Behandlungsverhältnisses sind die Rechte und Pflichten der Rechtssubjekte im privaten und im öffentlichen Rechtsverhältnis miteinander vergleichbar.[384]

Im Zentrum der Arzt-Patienten-Beziehung steht der ärztliche Heileingriff. Dieser kann nur durch die Einwilligung des Patienten legitimiert werden. Die aufgeklärte Einwilligung ist Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts, das aus unterschiedlichen internationalen und nationalen Rechtsquellen erwächst. Die jeweiligen Normen wirken sich direkt oder indirekt auf das privatrechtliche Behandlungsverhältnis aus.[385]

Das Selbstbestimmungsrecht erlaubt es dem Patienten, indizierten lebenserhaltenden bzw. -verlängernden Massnahmen der modernen Medizin zuzustimmen oder solche wirksam zu verweigern. Die passive und indirekte aktive Sterbehilfe wie auch die Beihilfe zum Suizid gelten unter gewissen Voraussetzungen als zulässig, wobei die ärztliche Verpflichtung zur Suizidhilfe abgelehnt wird. Als inhaltliche Grenze eines Lebensendentscheids sind rechts- oder sittenwidrige Anordnungen, wie bspw. die direkte aktive Sterbehilfe oder kontraindizierte medizinische Massnahmen, auszumachen.[386]

Die Patientenautonomie kann in der letzten Lebensphase über unterschiedliche Wege realisiert werden. Die Urteils(un)fähigkeit ist wegweisend für die Art und Weise einer Lebensendentscheidung.[387] Ein Erwachsener, dem nicht infolge geistiger Behinderung, psychischer Störung, Rausch oder ähnlicher Zustände die Fähigkeit mangelt, einen Willen zu bilden und diesen umzusetzen, ist frei, einen direkten Behandlungsentscheid selbst zu tref-

383 Vgl. dazu ausführlich HAUSSENER (Fn. 369), S. 44 m.z.H.
384 Vgl. zum Ganzen HAUSSENER (Fn. 369), S. 45.
385 Aus zivilrechtlicher Betrachtungsweise ergibt sich das Recht auf Selbstbestimmung insbesondere aus den Bestimmungen des Persönlichkeits- und Erwachsenenschutzes.
386 Vgl. zum Ganzen HAUSSENER (Fn. 369), S. 45.
387 Vgl. GASSMANN (Fn. 371), S. 260 ff.

fen.[388] Er kann zudem für den Fall einer zukünftigen Urteilsunfähigkeit rechtliche Vorsorge mittels Patientenverfügung oder Vorsorgeauftrag treffen.[389] Die Patientenverfügung stärkt die Autonomie bzw. das Selbstbestimmungsrecht der Patienten.[390] Sie verleiht einer urteilsfähigen Person die Möglichkeit, eine eventuelle künftige Krankheitssituation vorwegzunehmen und für den Fall der später auftretenden Entscheidungsunfähigkeit rechtlich bindende Anordnungen für die medizinische Behandlung zu treffen.[391] Das Prinzip der Autonomie hat sich seit Mitte des 20. Jahrhunderts in der Medizin als oberste ethische Maxime etabliert.[392]

Wurde keine antizipierte Behandlungsentscheidung mittels Patientenverfügung vorgenommen, kommen bei Urteilsunfähigkeit der betreffenden Person die Bestimmungen über die Vertretung bei medizinischen Massnahmen zur Anwendung. Eine in der gesetzlichen Vertretungskaskade vorgesehene Person entscheidet stellvertretend über die Behandlung des Patienten.[393] Damit hat der Gesetzgeber einen klaren gesetzlichen Rahmen für die Ausübung des Selbstbestimmungsrechts, und damit auch der Privatautonomie, geschaffen, der letztlich zu einer Stärkung der Privatautonomie geführt hat.[394]

Allerdings könnte man sich auch fragen, ob die Form- und Inhaltsvorschriften zur Patientenverfügung und zum Vorsorgeauftrag nicht eigentlich eine Beschränkung der Parteiautonomie gebracht haben. Geht man von der vollständigen Vertragsfreiheit aus, so besteht eigentlich kein Grund, an der vormals bestehenden (uneingeschränkten) Zulässigkeit solcher Abreden zu zweifeln. Bereits aufgrund der Rechts- und Handlungsfähigkeit hatte der Einzelne grundsätzlich das Recht, über die Bereiche zu bestimmen, welche nun durch die gesetzliche Regelung zu Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag eine Normierung erfahren haben. Aus dieser Argumentation ergäbe sich somit eine Beschränkung der Autonomie durch die gesetzliche Formgebundenheit und die statuierten Inhaltsvorschriften.

---

388 Siehe zum dualistischen Konzept im Erwachsenenschutzrecht GASSMANN (Fn. 371), S. 260: Nach der allgemeinen Regelung liegt der Entscheid über medizinische Massnahmen bei einer vertretungsberechtigten Person (Art. 377 ff. ZGB). Daneben besteht bei fürsorgerischen Unterbringungen eine Sonderregelung (Art. 434 ff. ZGB). Der behandelnde Arzt hat zunächst einen Behandlungsplan zu erstellen (Art. 433 ZGB). Dessen Umsetzung erfordert die Zustimmung des Patienten, sofern dieser urteilsfähig ist. Bei einer urteilsunfähigen Person ist eine allfällige Patientenverfügung zu berücksichtigen.

389 Vgl. GASSMANN (Fn. 371), S. 217 ff.

390 Vgl. dazu GASSMANN (Fn. 371), S. 258 und 270 m.z.H.

391 Botschaft KESR (Fn. 382), S. 7030; vgl. zur psychiatrischen Patientenverfügung GASSMANN (Fn. 371), S. 257 ff.

392 GASSMANN (Fn. 371), S. 258 m.H.

393 Vgl. zum Ganzen HAUSSENER (Fn. 369), S. 45 f.

394 Aufgrund des höchstpersönlichen Rechts eines jeden urteilsfähigen Patienten selbst über seine medizinische Behandlung zu entscheiden, wird auch das Recht des Patienten abgeleitet, jede medizinische Behandlung abzulehnen, auch wenn diese medizinisch indiziert erscheint (sog. Grundsatz des «informed consent»); vgl. GASSMANN (Fn. 371), S. 258.

3. *Behandlung von urteilsunfähigen Patienten*

Die erforderliche Behandlung einer urteilsunfähigen Person ist durch den behandelnden Arzt unter Beizug des nach Art. 378 ZGB zuständigen Vertreters zu planen (Art. 377 ZGB).[395] Der Behandlungsplan bedarf keiner besonderen Form und kann auch darin bestehen, dass im Patientendossier in groben Zügen festgehalten wird, was der Arzt zu tun gedenkt.[396]

Gemäss Art. 372 Abs. 2 ZGB kann von einer Patientenverfügung dann abgewichen werden, «wenn diese gegen gesetzliche Vorschriften verstösst oder wenn begründete Zweifel bestehen, dass sie auf freiem Willen beruht oder noch dem mutmasslichen Willen des Patienten entspricht».[397] Gelangt der behandelnde Arzt bzw. das Ärzteteam zum Schluss, dass aus einem der genannten Gründe der Patientenverfügung nicht zu entsprechen ist, so ist dies unter entsprechender Grundangabe im Patientendossier zu vermerken (Art. 372 Abs. 3 ZGB). Damit verdeutlicht der Gesetzgeber, dass dem Grundsatz nach von der Verbindlichkeit der Verfügung auszugehen ist, und dem Arzt die Beweislast obliegt, wenn er einen Unverbindlichkeitsgrund geltend macht.[398] Das Nichtbefolgen einer gültigen und wirksamen Patientenverfügung stellt eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung dar, welche zivil-, straf- und standesrechtliche Folgen zeitigen kann.[399] Allerdings wären die praktischen Anwendungsbereiche noch näher auszuloten.[400]

Vertrauensvolle Arzt–Patientengespräche sind für das Gelingen der ärztlichen Behandlung wichtig. Einerseits erlauben sie dem Arzt tiefe Einblicke in das Privat- und gegebenenfalls Intimleben der Patienten, ihre Lebensgewohnheiten und die ihrer Familien und Freunde. Andererseits besteht immer mehr der Trend, geheime Patientendaten Dritten zugänglich zu machen, sei es durch Chipkarten, vernetzte Arztpraxen oder Spitäler oder auch durch die im Vordringen befindlichen elektronischen Patientendossiers, die zwischen verschiedenen Institutionen ausgetauscht werden. Alle diese Praktiken sind nicht nur an den auftrags- und datenschutzrechtlichen Vorgaben, sondern auch an Art. 321

395 Vgl. dazu GASSMANN (Fn. 371), S. 260 ff.

396 REGINA AEBI-MÜLLER/WALTER FELLMANN/THOMAS GÄCHTER/BERNHARD RÜTSCHE/BRIGITTE TAG, Arztrecht, Bern 2016, § 5 Rz. 86 m.H.

397 Vgl. dazu GASSMANN (Fn. 371), S. 265 f.

398 Dazu AEBI-MÜLLER, ZBJV 2013 (Fn. 369), insbesondere S. 171; vgl. auch GASSMANN (Fn. 371), S. 261 f., wonach psychiatrische Patientenverfügungen regelmässig von psychiatrieerfahrenen Personen verfasst werden, die in symptomfreien Phasen einer chronischen psychischen Erkrankung den Wunsch haben, ihre Behandlungspräferenzen für einen künftigen Krankheitsschub verbindlich festzuhalten.

399 AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHE/TAG (Fn. 396), § 5 Rz. 155 m.H.

400 So erscheint es doch kaum vorstellbar, dass z.B. der Patient gegen das Spital einen Prozess führt, weil sein Todeswunsch nicht beachtet wurde oder die Erben gegen den Arzt klagen, weil dieser den Widerruf des Todeswunsches übersah oder sie umgekehrt einen Prozess anstreben, weil ihr Erbanspruch geschmälert wurde, da der Arzt der gewünschten Einstellung der Behandlung nicht nachgekommen ist und dadurch Behandlungskosten entstanden sind.

StGB, dem strafrechtlichen Schutz des Berufsgeheimnisses, zu messen. Zudem ist zu fragen, inwieweit dabei auch die Persönlichkeitsrechte und die Privatautonomie des Patienten betroffen sind.

IV. Zum elektronischen Patientendossier

1. Einführung des elektronischen Patientendossiers

Das Bundesgesetz über das elektronische Patientendossier (EPDG) trat am 15. April 2017 in Kraft. Der Bundesrat ging beim Erlass davon aus, dass in der ersten Hälfte des Jahres 2018 die ersten Patientinnen und Patienten ihr elektronisches Patientendossier eröffnen können.[401] Mit dem EPDG wurden die Rahmenbedingungen für den Aufbau und die Verbreitung des virtuellen elektronischen Patientendossiers in der Schweiz festgelegt.[402] Als Rahmengesetz regelt es die Voraussetzungen für die elektronische, zentrale Bearbeitung von sensiblen Patientendaten.[403] Dadurch können Gesundheitsfachpersonen künftig auf bereits vorhandene behandlungsrelevante Daten ihrer Patienten zugreifen, die zu einem früheren Zeitpunkt von Dritten bereits erhoben und erfasst wurden.[404]

---

401 Im Zusammenhang mit dem elektronischen Patientendossier werden z.T. auch Kostenpunkte aufgeführt: Die Schweizer Gesundheitskosten haben sich seit Mitte der Neunziger Jahre fast verdoppelt. Laut Berechnungen von KPMG Schweiz würde eine konsequente Digitalisierung zu effektiveren und effizienteren medizinischen Behandlungen führen und ein Sparpotenzial von fast CHF 300 Mio. mit sich bringen. Die Gesundheitskosten in der Schweiz haben sich gemäss Daten des Bundesamtes für Statistik (BFS) seit 1995 verdoppelt: 2014 beliefen sich die direkten Gesundheitskosten auf CHF 74.6 Mrd. bzw. CHF 759 pro Einwohner und Monat, was 11.6% des Schweizer Bruttoinlandprodukts entspricht. Fast 80% dieser Kosten werden von 2.2 Mio. chronisch kranken Patienten verursacht. Als «chronisch krank» gelten im Nationalen Gesundheitsbericht Personen, die an Diabetes, Demenz, Lungenkrankheiten, Krebs, Herz-Kreislauf-Problemen, Depressionen, Rheuma oder andere Schmerzen leiden. Direkte Kosten bezeichnen dabei die Ausgaben, welche unmittelbar durch Behandlungen anfallen, wie bspw. Arzt- oder Operationskosten.

402 Der Bundesrat hat am 22. März 2017 die Verordnungen zum Bundesgesetz über das elektronische Patientendossier verabschiedet. Gesetz und Umsetzungsbestimmungen (Verordnungen) traten am 15. April 2017 in Kraft. Die Verordnungen legen die technischen und organisatorischen Vorgaben für das elektronische Patientendossier (EPD) fest.

403 Die Humanforschung wird nicht durch das EPDG geregelt. Die Botschaft EPDG (Fn. 344) stellt (auf S. 5372) klar, dass das EPDG keine Reglung zur Verwendung von medizinischen Daten für Forschungszwecke enthält. Damit ist es momentan Forschenden nicht erlaubt, auf das elektronische Patientendossier und seine Daten zuzugreifen. Es müsste zuerst eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, wie dies bereits in der Botschaft vorgesehen wurde. Allerdings ist denkbar, dass die betroffene Person ihre Einwilligung zur Verwendung ihrer Daten zu Forschungszwecken erteilt, womit auf das EPD zugegriffen werden könnte. Gemäss den Vorgaben von Art. 32 ff. HFG (Bundesgesetz über die Forschung am Menschen vom 30. September 2011, SR 810.30, Humanforschungsgesetz, HFG) müsste die betroffene Person genügend informiert sein und die Einwilligung ausdrücklich erteilen. Die betroffene Person sollte bei der Erteilung ihrer Zustimmung die Möglichkeit haben, zu bestimmen, ob ihre Daten nur verschlüsselt oder anonymisiert weitergegeben werden dürfen; zudem sollte sie entscheiden können, welche Daten sie zur Verfügung stellen will.

404 Da der Nutzen eines elektronischen Patientendossiers erst bei wiederholter Konsultation von Leistungserbringern zum Tragen kommt, ist diese Neuerung besonders für chronisch kranke Menschen von Bedeutung. So ergab eine gemeinsame Regulierungsfolgenabschätzung des

Jede Patientin und jeder Patient kann dann selber entscheiden, ob er oder sie ein «E-Dossier» eröffnen will und welche Daten einsehbar sind. Das elektronische Patientendossier ermöglicht es den Patienten, am Computer ihre Dokumente abzurufen, seien das nun Röntgenbilder, Laborberichte oder Medikamentenlisten. Sie können zudem Ärzten den Zugriff auf diese Informationen ermöglichen.[405] Die Daten stehen so zu jeder Zeit und überall zur Verfügung. Ziel ist es, dass Patienten in besserer Qualität, sicherer und effizienter behandelt werden können. Das elektronische Patientendossier weckt grosse Hoffnungen auf der einen Seite – es soll die Medizin besser machen –, es stellen sich jedoch auch zahlreiche rechtliche Fragen.[406]

2. *Inhalt des elektronischen Patientendossiers*

Das elektronische Patientendossier (EPD) stellt eine Sammlung von persönlichen Dokumenten der Patienten dar.[407] Diese Dokumente enthalten behandlungsrelevante Informationen, wie z.B. den Austrittsbericht des Spitals, einen Pflegebericht der Spitex, Röntgenbilder, den Impfausweis oder das Rezept für die Apotheke. Patienten können auch eigene Gesundheitsinformationen, wie etwa die Blutdruckwerte oder ein Brillenrezept, in das EPD speichern.[408]

Im elektronischen Patientendossier können alle medizinischen Daten abgelegt werden, die für die Behandlung eines Patienten wichtig sind. Die dazu

---

Bundesamts für Gesundheit (BAG) und des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) potenzielle Kosteneinsparungen von über CHF 1.6 Mrd. Koppelt man das elektronische Pateientendossier mit den technologischen Möglichkeiten des Smartphones (Gesundheits-Apps, Wearables) entlang eines digitalisierten Patientenpfades, entsteht ein noch höheres Potenzial für signifikante Kosteneinsparungen im Schweizer Gesundheitswesen. Vgl. dazu jedoch kritisch nachfolgend.

405 Im Vorreiterkanton Genf sind elektronische Dossiers schon seit einigen Jahren im Gebrauch.

406 Die Eröffnung eines EPD ist für Patientinnen und Patienten freiwillig.

407 Im Zuge der Digitalisierung wächst die Anzahl Smartphone-Nutzer in der Schweiz jährlich signifikant. «Mit Blick auf die damit verbundenen technologischen Möglichkeiten stellt die Verknüpfung des Smartphones mit dem künftigen elektronischen Patientendossier einen effektiven Ansatzpunkt für Kosteneinsparungen dar», erklärte Michael Herzog, Sektorleiter Gesundheitswesen von KPMG Schweiz.

408 Geregelt werden auch Voraussetzungen für die Zertifizierung von sogenannten Stammgemeinschaften und Gemeinschaften. Dies sind Zusammenschlüsse von Spitälern, Arztpraxen, Apotheken, Spitex, Pflegeheimen und anderen Gesundheitseinrichtungen. Sie stellen den elektronischen Austausch der Daten des EPD sicher. Unter *Gemeinschaft* versteht man den organisatorischen Zusammenschluss von Gesundheitsfachpersonen und deren Einrichtungen mit dem Ziel, eine dezentrale Informationsstruktur für das EPD zu betreiben. Um die technischen und organisatorischen Voraussetzungen sicherzustellen, müssen sich die Gemeinschaften zertifizieren und rezertifizieren lassen (Art. 11 ff. EPGD i.V.m. Art. 32 Abs. 4 EPDV). Die *Stammgemeinschaften* erfüllen weitergehende Aufgaben als die Gemeinschaften; insbesondere verwalten sie die Einwilligungen und Widerrufserklärungen der Patienten (Art. 10 Abs. 2 lit. a EPDG). Sie sind dafür verantwortlich, dass Patienten auf ihre Daten zugreifen, selber eigene Daten erfassen und die Zugriffsrechte für Gesundheitsfachpersonen vergeben und anpassen können (Art. 10 Abs. 2 lit. b EPDG). Die Pflicht zur Einführung eines EPF würde gewissermassen eine Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit des Arztes bedeuten, indem er verpflichtet würde, eine Datensammlung zu erstellen und zu befüllen.

berechtigten Gesundheitsfachpersonen haben damit Zugang zu den Daten, unabhängig von Ort und Zeit. Dabei müssen gemäss dem Bundesamt für Gesundheit Datenschutz und Datensicherheit höchste Priorität haben.[409]

Der Patient soll die Herrschaft über die Daten ausüben, indem er selber entscheidet, wem er welche Daten zugänglich machen will. Nur wenn eine Gesundheitsfachperson über ein Zugriffsrecht verfügt, kann sie die Daten des elektronischen Patientendossiers abrufen (Art. 9 Abs. 1 EPDG).[410] Der Patient hat ebenfalls die Möglichkeit, die verschiedenen Daten den unterschiedlichen Vertraulichkeitsstufen zuzuordnen (Art. 9 Abs. 3 EPDG).[411] Allerdings besteht damit auch die latente Gefahr, dass der Patient aus Unkenntnis oder Unerfahrenheit bei der Handhabung des EPD die für die Behandlung wichtigen Daten der «falschen» Vertraulichkeitsstufe zuweist und deshalb der Nutzen des EPD eingeschränkt wird.

3. *Grundzüge und Anwendungsbereiche des elektronischen Patientendossiers*

a. *Eröffnung eines elektronischen Patientendossiers*

Im Zeitalter der Digitalisierung, welches im Gesundheitssystem derzeit grosse Auswirkungen hat, werden Lösungen dafür gesucht, dass die Behandlungsketten immer länger werden und die Aufbereitung der Patientendaten sehr zeitintensiv sein können.[412] Die Fachperson soll schnell Zugriff auf die personenbezogenen Daten des Patienten erhalten. Ziele des EPD sind deshalb die Verbesserung der Behandlungsprozesse, die Erhöhung der Patientensicherheit und die Steigerung der Effizienz des Gesundheitssystems.[413]

---

409 Da es sich bei den Daten im EPD um sehr sensible Daten handelt, wurden Bestimmungen eingefügt, um den Schutz der Daten möglichst sicherzustellen. So sind die Gemeinschaften bspw. verpflichtet, sicherzustellen, dass ein Zugriff auf Daten ihrer Dokumentanablage und Dokumentenregister nur möglich ist, wenn die Zugriffsentscheidung der Stammgemeinschaft des Patienten vorliegt (Art. 10 Abs. 1 lit. a EPDV i.V.m. Ziff. 2.1. Anhang 2 EPDV-EDI).

410 Siehe Erläuternder Bericht zum Bundesgesetz über das elektronische Patientendossier (EPDG) vom 16. September 2011 (zit. Erläuternder Bericht EPDG), S. 41.

411 Als *Zugriff* gilt das Herunter- oder Heraufladen von Daten aus dem elektronischen Patientendossier durch eine Gesundheitsfachperson oder die betroffene Person. Jede Datenbearbeitung muss gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. b EPDG dokumentiert werden. Die Protokolldaten geben Auskunft darüber, wer wann auf welche Daten Zugriff genommen hat und welcher Art dieser Zugriff war; vgl. dazu die Botschaft EPDG (Fn. 344), S. 5384. Auch das *Abrufen* (d.h. das Abfragen und Anschauen) von Daten muss dokumentiert werden (Art. 10 Abs. 1 lit. b EPDG i.V.m. Art. 10 Abs. 3 lit. d EPDV). Dem Patienten steht es frei, welche Daten er welcher Vertraulichkeitsstufe zuweist (Art. 1 EPDV). Zudem kann er verschiedenen Gesundheitsfachpersonen verschiedene Zugriffsrechte zuordnen (Art. 2 EPDV).

412 Siehe Botschaft EPDG (Fn. 344), S. 5327.

413 Erläuternder Bericht EPDG (Fn. 410), S. 2. Mit den neuen technischen Möglichkeiten ist es einfach, Gesundheitsdaten über sich selbst mittels Wearables (d.h. Kleinstcomputern, welche mittels Sensoren Daten über den Träger aufzeichnen) zu sammeln, wie Schrittzahl, Kalorienver-

Der einzelne Patient entscheidet freiwillig über die Eröffnung eines EPD. Es besteht somit – zumindest formalrechtlich – kein Zwang, ein solches zu eröffnen oder zu führen. Entscheidet sich ein Patient für die Eröffnung eines EPD, so muss er dies einer Gesundheitsfachperson mitteilen, welche einer Stammgemeinschaft angeschlossen ist.[414] Der Patient muss der Eröffnung des EPD schriftlich zustimmen, nachdem er angemessen über die Art und Weise der Datenbearbeitung und deren Auswirkungen informiert worden ist (Art. 3 Abs. 1 EPDG i.V.m. Art. 16 EPDV).[415] Der Patient muss über den Zweck des EPD, die Grundzüge der Datenbearbeitung, die Folgen der Einwilligung und die Möglichkeit eines Widerrufs sowie die Erteilung der Zugriffsrechte informiert werden (Art. 15 Abs. 1 EPDV). Die Einwilligung muss freiwillig erfolgen.[416] Sobald das EPD eröffnet ist, kann der Patient entscheiden, welchen Gesundheitsfachpersonen er welche Zugriffsrechte erteilt (Art. 9 Abs. 3 EPDG i.V.m. Art. 2 EPDV).[417]

Gemäss Gesetz kann das Personal öffentlich-rechtlicher und kantonaler Einrichtungen die Daten bearbeiten, wenn ein Patient dem EPD zugestimmt hat.[418] Keinen Einblick in das EPD haben Krankenkassen und Arbeitgeber.[419] Der Ein-

---

brauch etc., und diese selbst ebenfalls ins EPD zu laden, was eine Diagnoseerleichterung bringen soll.

414 Botschaft EPDG (Fn. 344), S. 5334.

415 Im Behandlungsfall wird dann vermutet, dass die betroffene Person einverstanden ist, wenn die Gesundheitsfachperson Daten im EPD erfasst (Art. 3 Abs. 2 EPDG). Das DSG sieht allerdings vor, dass bei der Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten eine ausdrückliche Zustimmung vorliegen muss; diese kann somit gemäss DSG nicht konkludent erfolgen. Man kann argumentieren, dass das EPDG als späteres *(lex posterior)* und als spezielleres Gesetz *(lex specialis)* der Regelung des DSG vorgehen muss; dem EPDG würde damit der Vorrang zukommen.

416 Die Zentrale Ausgleichsstelle (ZAS) vergibt dem Patienten auf Verlangen der Stammgemeinschaft eine zufällig generierte Identifikationsnummer (Art. 4 Abs. 1 EPDG i.V.m. Art. 6 Abs. 1 EPDV); vgl. Botschaft EPDG (Fn. 344), S. 5335. Im Vorentwurf des EPDG war die neue AHV-Nummer (AHVN 13) als Identifikationsmerkmal vorgesehen, was aufgrund massiver Kritik im Vernehmlassungsverfahren fallengelassen wurde.

417 Er kann bspw. festlegen, dass die Physiotherapeutin nicht die Daten der Psychologin einsehen kann. Erteilt der Patient einer Gesundheitsfachperson die Berechtigung, einen Gesundheitsbereich in das EPD zu laden, können andere Fachpersonen mit Zugriffsberechtigung diesen Bericht einsehen.

418 Die bereitgestellten Daten werden nicht an einem zentralen Ort gespeichert; die Ablageorte der Daten werden im EPD festgehalten. Technisch gesehen wird eine «Kopie» der Originaldaten im Primärsystem des heraufladenden Leistungserbringers erstellt; siehe Botschaft EPDG (Fn. 344), S. 5334.

419 Mit der Einführung der elektronischen Patientenakte und der zunehmenden Integration und Vernetzung der unterschiedlichen IKT-Systeme (Administrativsystem, Laborsysteme, bildgebende Systeme, Patientendossier) und Akteure (vor- und nachbehandelnde Ärzte, Versicherer etc.), sowohl innerhalb eines Krankenhauses als auch krankenhausübergreifend, und im Hinblick auf elektronisch kompatible und durchgängige Prozesse, stellt sich auch die Frage nach der Organisation der elektronischen Aufbewahrung und Archivierung der anfallenden Daten neu. Einerseits sind aus technischer Sicht optimale Lösungen anzustreben, mit denen eine redundante Datenhaltung möglichst vermieden wird. Andererseits sind die vielfältigen rechtlichen Anforderungen bezüglich der Dokumentation medizinischer Tätigkeiten, bezüglich der Aufbewahrung

zelne kann (gemäss Art. 3 Abs. 4 EPDG) nicht gezwungen werden, Daten aus seinem elektronischen Patientendossier zugänglich zu machen;[420] nur Gesundheitsfachpersonen sowie die betroffene Person selbst erhalten Zugriff auf das EPD (Art. 8 Abs. 1 und Art. 9 Abs. 1 EPDG). Aufgrund dieser Freiwilligkeit der Datenbekanntgabe müsste ein übergeordnetes Gesetz eine Verwendung gegen den Willen des Patienten oder für therapiefremde Zwecke erlauben oder aber es bräuchte zuerst eine Gesetzesänderung, welche dies erlauben würde; ansonsten wäre die nichtautorisierte Verwendung als widerrechtlich zu qualifizieren. Ein Widerruf der Einwilligung ist im EPDG jederzeit ohne Angabe von Gründen vorgesehen (Art. 3 Abs. 3 EPDG). Der Zugriff auf die im EPD erfassten Daten wird damit gesperrt.[421]

b. Elektronisches Patientendossier und Datenschutzgesetz

Die Grundsätze der Datenbearbeitung haben sich nach dem Datenschutzgesetz des Bundes zu richten.[422] Art. 4 Abs. 1 DSG legt den Grundsatz der Rechtmässigkeit fest. So wäre bspw. die Bearbeitung von Daten des EPD, welche durch Diebstahl erlangt wurden, widerrechtlich oder auch die Weitergabe der Daten des EPD durch einen Arzt an Dritte.[423]

Der Grundsatz von *Treu und Glauben* (Art. 4 Abs. 2 DSG) verlangt, dass im Rechtsverkehr ein loyales und vertrauenswürdiges Verhalten an den Tag gelegt wird. Die Daten von Patienten dürfen nach Treu und Glauben nur dort beschafft werden, wo die betroffene Person damit rechnen musste und einverstanden war.[424] Ebenfalls in Art. 4 Abs. 2 DSG findet sich der Grundsatz der Verhältnismässigkeit legiferiert, welcher verlangt, dass eine staatliche Massnahme geeig-

---

der entsprechenden Daten sowie der Informations- und Auskunftspflichten gegenüber den betroffenen Patienten und Dritten, wie Krankenversicherer und Behörden, und vor allem die datenschutzrechtlichen Grundsätze, wie etwa die Grundsätze der Zweckgebundenheit und der Verhältnismässigkeit, zu berücksichtigen. – Den unübersichtlichen und sich teilweise offen widersprechenden rechtlichen Anforderungen haben die Verantwortlichen bei der Implementierung eines elektronischen Patientendossiers Rechnung zu tragen. Diese Zielkonflikte und Anforderungen sind nicht nur teilweise unvereinbar bzw. in sich widersprüchlich; sie sind im Konfliktfall auch nicht justiziabel. Völlig unklar erscheint derzeit, welche Gesichtspunkte in der Abwägung welches Gewicht haben sollen und wie der Rechtsanwender und die Praxis damit umzugehen haben. Es besteht somit noch ein nicht zu unterschätzender Klärungsbedarf.

420 Diese Bestimmung stellt eine Schutzklausel dar und verhindert, dass die betroffene Person Zugangsrechte erteilen muss, oder dass von ihr gefordert werden kann, dass sie die Daten anders zugänglich macht; vgl. Botschaft EPDG (Fn. 344), S. 5378.

421 Botschaft EPDG (Fn. 344), S. 5334.

422 Vgl. dazu vorstehend unter Ziff. II. 3.

423 Der Arzt verletzt dadurch seine ärztlichen Pflichten aus dem Berufsgeheimnis nach Art. 312 StGB sowie ärztliche Standespflichten.

424 Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 23. März 1988, BBl 1988 II 413 ff., S. 449. Bezüglich Gesundheitsdaten dürfen diese nicht bei anderen Ärzten, Arbeitgebern usw. erhoben werden, es sei denn, der Patient hätte zu diesem Vorgehen seine Einwilligung gegeben. Auch die Daten des EPD sollen direkt bei der betroffenen Person oder mit ihrem Einverständnis bei Dritten erhoben werden.

net und erforderlich ist; zudem muss ein angemessenes Verhältnis zwischen der Datenbearbeitung und dem Eingriff in die Privatsphäre bestehen.[425] Der Grundsatz der *Zweckbindung* des DSG verlangt, dass die Daten nur zu dem Zweck bearbeitet werden dürfen, der bei der Datenbeschaffung angegeben wurde, aus den Umständen ersichtlich oder im Gesetz vorgesehen ist (Art. 4 Abs. 3 DSG). Werden Daten des elektronischen Patientendossiers für therapiefremde Zwecke verwendet, liegt ein Verstoss gegen das Zweckbindungsgebot vor.

Gemäss dem in Art. 4 Abs. 4 DSG geregelten Grundsatz der *Transparenz* muss sowohl die Beschaffung von Personendaten wie auch deren Zweck für die betroffene Person ersichtlich sein. Dadurch soll das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gewahrt und sichergestellt werden, dass entsprechende Abwehransprüche geltend gemacht werden können. Werden bspw. Daten für therapiefremde Zwecke erhoben, muss dies für den Patienten erkennbar sein. Der Grundsatz der Datensicherheit verlangt zudem, dass Personendaten durch angemessene Massnahmen vor unbefugtem Bearbeiten geschützt werden (Art. 7 Abs. 1 DSG).[426]

Die Vorteile sowie die weiteren Anwendungsbereiche des EPD eröffnen neue Möglichkeiten mittels eines «digitalen Patientenpfades» gegenüber dem bisherigen «traditionellen Patientenpfad», welcher geprägt ist von physischen Kontakten zwischen Patient und Leistungserbringer, telefonischen Terminvereinbarungen sowie vom Austausch medizinischer Verlaufsdokumente per Mail, Fax oder Post.[427] Weiter wird herausgestrichen, dass bei einer umfassenden Verbreitung des EPD der physische Austausch von medizinischen Patientendaten vollständig wegfallen werde, da diese über das elektronische Patientendossier zentral gespeichert, heruntergeladen und eingesehen werden könnten.[428]

---

425 BGE 138 II 346 ff. (362), E. 9.2.

426 Im zweiten Anhang der EPDV-EDI werden die technischen und organisatorischen Voraussetzungen geregelt, welche eine Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft erfüllen muss.

427 Mit einem digitalen Patientenpfad könnten hingegen Wearables und Gesundheits-Apps bspw. die Vitalfunktionen des Patienten laufend überwachen und bei Bedarf direkt dem Arzt zur Überprüfung übermitteln. Telemedizinische Anbieter würden dabei die Funktion des ersten Ansprechpartners bei medizinischen Problemen oder Rückfragen einnehmen. Der Patient wäre beim digitalen Patientenpfad auch ausserhalb der Öffnungszeiten stets in der Lage, bspw. über sein Smartphone unabhängig von Öffnungszeiten Arzttermine zu buchen. Dadurch entfielen die bisherigen aufwendigen Terminabsprachen. – Es darf jedoch nicht unterschätzt werden, welche Gefahren von solchen Gesundheits-Apps ausgehen, welche den Nutzern das Sammeln von persönlichen Gesundheitsdaten ermöglichen. Solche Daten könnten in das EPD heraufgeladen werden; die Daten können z.B. über den Blutdruck, tägliche Schrittzahl, Schlafenszeiten etc. Auskunft geben. Es bestünde die Gefahr, dass solche Daten für fremde Zwecke missbraucht würden.

428 Berechnungen von KPMG zeigen, dass sich bei einem vollständigen Durchlaufen dieses digitalen Patientenpfades über fünf Stationen (Hausarzt, Spezialist, Akutspital, Rehabilitationsklinik, Hausarzt) pro Patient ein Einsparpotenzial von bis zu 87 Minuten bzw. CHF 59 ergibt. Vgl. zum Ganzen: ‹https://home.kpmg.com/ch/de/home/medien/press-releases/2017/09/smartphones-to-curb-costs-in-swiss-healthcare-industry.html›; eHealth Suissemobile Health (mHealth) Emp-

4. *Zwischenfazit – vorläufige Einschätzung des elektronischen Patientendossiers*

Die Einführung des elektronischen Patientendossiers (EPD) führt zu einem eigentlichen Paradigmenwechsel im Gesundheitswesen.[429] Durch die mit dem EPD dem Einzelnen zur Verfügung stehenden sehr weitgehenden Informationen und Informationsrechte müsste an sich von einer signifikanten Stärkung und Ausweitung der Privatautonomie ausgegangen werden. Der Patient soll mit der Einführung des EPD neu auf Diagnosen des Hausarztes, Laborbefunde, Austrittsberichte von Spitälern und vieles mehr zugreifen können. Allerdings dürfte der Zugriff allein auf eine umfangreiche Datenmenge dem Einzelnen praktisch kaum viel nützen.[430] Aus dem «Mehr an Informationen» dürfte vor allem ein höherer Beratungsbedarf resultieren. Zudem soll es dem Patienten gemäss dem Rahmengesetz überlassen sein, ein solches EPD zu eröffnen oder auch darauf zu verzichten.

Dies alles weist auf eine bedeutende Ausweitung der Privatautonomie hin, indem dem Einzelnen im medizinischen Bereich nicht nur ein viel grösseres Mass an Informationen wie bisher zur Verfügung stehen wird. Es stehen dem Einzelnen dadurch auch ganz andere Möglichkeiten der Ausübung seiner persönlichen Rechte offen. Der «mündige Patient», wie er seit einiger Zeit als selbständig handelnder, ausgezeichnet informierter Patient wahrgenommen wird, erhält durch diese zusätzlichen Möglichkeiten weitere Handlungs- und Eingriffsoptionen. Beispielsweise können Patienten damit einsehen, was der Hausarzt alles in der Krankenakte festgehalten hat. Dadurch dürfte das Verhältnis von Arzt und Patient eine grundlegende Änderung erfahren. Der Patient dürfte sich nun noch stärker als bisher in seiner Rolle als privatautonom handelnde Partei und als Partner im Gesundheitswesen erleben.

Allerdings sind auch die möglicherweise kritischen Aspekte dieser «Revolution im Gesundheitsrecht» zu bedenken und aus rechtlicher Sicht abwägend zu begleiten.[431] Zunächst stellt sich die Frage, was der Einzelne (und insbesondere der Patient) mit diesem signifikanten Mehr an medizinischen Informationen anfangen kann (und soll) und wie diese für ihn letztendlich einzustufen sind. In diesem Zusammenhang ist der Begriff der «behandlungsrelevanten Daten»,

---

fehlungen I Ausgangslage und erste Schritte, verabschiedet durch den Steuerungsausschuss Bern, 16. März 2017: ‹https://www.e-health-suisse.ch/fileadmin/user_upload/Dokumente/2017/D/170316_mHealth_Empfehlungen_I_d.pdf.›

429 Es wird in diesem Zusammenhang auch von einer «Revolution» gesprochen, welche sich im Gesundheitswesen anbahne; vgl. etwa «Schweiz am Wochenende» vom 27.01.2018, S. 16.

430 Die Datenherrschaft führt nicht zwingend dazu, dass der Datenherr die Informationen und Auswirkungen auch versteht. Abgesehen von dieser Problematik der erhöhten Komplexität, welche das EPD bringt, muss vermerkt werden, dass auch abgesehen von der Einführung des EPD ein Rechtsanspruch auf die Einsichtnahme in die Krankenakte bereits bisher durchaus bestand.

431 Die Fortschritte in der *personalisierten Medizin* etwa würden bedingen, dass die Bearbeitung von Personendaten zu Forschungszwecken vereinfacht würde. Dazu müssten die konkreten Probleme identifiziert und transparent gemacht werden.

welche im EPD aufgenommen werden, von Bedeutung. Im Gesetz zum Patientendossier wurde offengelassen, was als behandlungsrelevant zu gelten hat (und was nicht).[432]

Dem Bedürfnis einer möglichst umfassenden Information steht das Interesse entgegen, das EPD möglichst übersichtlich zu gestalten. Es muss deshalb inhaltlich auf das medizinisch Wesentliche beschränkt werden, um dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu entsprechen, da nur dann die nötige Gewähr besteht, dass Ärzte und andere Gesundheitsfachpersonen die wirklich relevanten Gesundheitsinformationen rasch finden.

Zudem stellen sich verschiedene rechtliche Fragen, die zurzeit noch einer Klärung bedürften. So ist einerseits unklar, ob bspw. Ärzte dafür haftbar gemacht werden können, wenn sie einen Befund nicht im EPD abgelegt haben, der später für eine Behandlung im Spital oder in einem Notfall wichtig gewesen wäre. Auf der anderen Seite stellt sich die Frage, ob inskünftig eine Verpflichtung des Einzelnen (nicht nur des Patienten) oder eine Haftung konstruiert werden könnte, für das Unterlassen der – heute noch als freiwillig bezeichneten – Eröffnung eines EPD.

Geht man davon aus, dass (wie verschiedene Berechnungen zeigen) mit der Einführung des EPD ein riesiges Einsparpotenzial verbunden ist, dürften nicht nur Spitäler, Ärzte und Krankenversicherer ein entsprechend hohes Interesse an einer flächendeckenden Einführung des EPD haben. Um dieses Ziel zu erreichen, dürften sich die entsprechenden Akteure im Hinblick auf die geplante Einführung des EPD bereits jetzt Gedanken zu möglichst gezielten Anreizsystemen machen.[433] Die gesetzlich vorgesehene Freiwilligkeit hinsichtlich der Eröffnung eines EPD dürfte damit die Gefahr mit sich bringen, praktisch nicht umgesetzt zu werden. Damit aber würde zumindest im Hinblick auf eine Eröffnung, wohl aber auch hinsichtlich verschiedener begleitender Umstände, die Privatautonomie des Einzelnen empfindliche Abstriche erfahren. Verweigert bspw. ein Versicherer aufgrund fehlender Einwilligung für den Zugriff auf das EPD den Abschluss eines Vertrags, ist dies für die betroffene Person nicht nur

---

432 Die Ärztegesellschaft FMH hat entsprechende Bedenken angemeldet. Gemäss der Zuständigen im Zentralvorstand der FMH, Departement e-Health und Digitalisierung, Yvonne Gilli, könne es nicht die Idee sein, dass im EPD alle möglichen Informationen abgelegt werden.

433 Die Stellung der *privaten Versicherer* müsste geklärt werden. Derzeit ist davon auszugehen, dass ein Zugriff auf das elektronische Patientendossier für Versicherer nicht zulässig ist. Dazu bräuchte es eine Gesetzesänderung des EPDG, um einen solchen Zugriff zu ermöglichen. Da damit ein schwerer Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Person vorgenommen würde, bräuchte es eine ausdrückliche gesetzliche Regelung in einem Gesetz im formellen Sinne (im EPDG sowie im VGG). Problematischer erscheint die Situation mit Blick auf die Zusatzversicherungen. Da der Versicherte grundsätzlich selber entscheidet, ob er eine Zusatzversicherung abschliessen will (und auch der Versicherer unter keinem Kontraktionszwang steht), wäre es denkbar, dass der Versicherer Zugriff auf bestimmte Dokumente im elektronischen Patientendossier verlangen würde. Die Zustimmung müsste dann von der betroffenen Person erteilt werden, was sicherlich eine Voraussetzung wäre; allerdings würde diese Zustimmung unter dem faktischen Druck erteilt, ohne diese keine Zusatzversicherung abschliessen zu können.

ärgerlich, sondern kann sie empfindlich treffen. Rechtswidrig wäre dies allerdings nicht, da im Bereich der Privatautonomie (hier zugunsten des Versicherers) ein Vertragsantrag abgelehnt werden kann. So stellt sich weiter die Frage, was gilt, wenn eine Person kein EPD hat und bspw. der Versicherer ein solches zur Bedingung macht.[434]

Generell sind Diskriminierungen aufgrund von Datenbearbeitungen möglich (wie etwa der Ausschluss von einer Versicherung). Dem müssten sich Gesellschaft und Gesetzgeber stellen und entscheiden, bei welchen Arten von Versicherungen (etwa der Krankenversicherung) die Solidarität zentral ist und in welchen Fällen Versicherungen von ihren Kunden unterschiedliche Prämien verlangen dürfen.[435]

Die Einführung des EPD, welche gemäss dem Bundesamt für Gesundheit für die zweite Hälfte 2018 geplant war, wird sich nun zwar zeitlich verzögern.[436] Damit wäre die Möglichkeit gegeben, die dringend notwendigen rechtlichen Absicherungen und Abklärungen zu tätigen.

Was die Frage der Privatautonomie betrifft, so erscheint das Bild einer vordergründig stark ausgeweiteten Autonomie des Einzelnen, welche es ihm ermöglicht, anhand von vielfältigen medizinischen Informationen weitere Rechte und potentiell besser informierte Entscheidungen zu treffen. Auf der anderen Seite dürfte der – insbesondere durch ökonomische Interessen und Kostendämpfungs-

---

434 Aufgrund der Freiwilligkeit für ambulante Leistungserbringer kann es sein, dass der behandelnde Arzt kein EPD führt. Besteht der Versicherer auf ein EPD, so wäre die Person gezwungen, den Arzt zu wechseln. Diese Konsequenz wäre allenfalls für sich allein nicht allzu gravierend. Allerdings würde sich die Situation allenfalls so auswirken, dass die betroffene Person damit einem Zwang zu einem EPD unterworfen wird. Dies wäre doch als gravierende Konsequenz zu werten, welche im Übrigen nicht den Intentionen des Gesetzgebers entspräche. Solange die betroffene Person die Möglichkeit hat, zu einem anderen Versicherungsanbieter zu wechseln, welcher kein EPD verlangt, erscheinen die Privatautonomie des Einzelnen sowie seine Persönlichkeitsrechte gewahrt. Anders sieht es m.E. aus, wenn alle Versicherungsanbieter ein EPD verlangen.

435 So auch die Forderung von Thouvenin (Fn. 362), S. 19, welcher jedoch auch darauf hinweist, dass aktuell ein solches Vorgehen weitgehend ausgeschlossen sei, weil das Datenschutzrecht mit Blick auf oft rein hypothetische Risiken die Bearbeitung von Personendaten «als solche» problematisiere und tiefgreifend reguliere, wodurch die Nutzung von Personendaten in Wirtschaft und Forschung massgeblich erschwert werde. Damit würden hohe Kosten verursacht, ohne einen klar erkennbaren Nutzen für die betroffenen Personen zu generieren.

436 Im März 2017 schrieb das Bundesamt für Gesundheit (BAG) in seiner Medienmitteilung zum EPD, dass «die ersten Patientinnen und Patienten in der zweiten Hälfte 2018 ein elektronisches Patientendossier eröffnen können». In den meisten Kantonen dürfte es frühestens im 2019 soweit sein. Es gibt derzeit schweizweit zehn Stammgemeinschaften, die sich um die Einführung des EPD kümmern. Erst wenn das EPD vom Bund zertifiziert wurde, ist der Datenaustausch über die Kantonsgrenze möglich und zulässig. Als einziger Kanton hat Genf bereits im Jahre 2013 das EPD eingeführt. Das BAG geht weiterhin davon aus, dass das EPD im Frühling 2020 vollständig eingeführt sein wird. In den Nordwestschweizer Kantonen Basel-Stadt, Basel-Land und Solothurn wird damit gerechnet, dass im Laufe des 2018 das erste EPD erstellt werden wird. Da die entsprechend vorgesehene Zertifizierung bis dahin voraussichtlich noch nicht bereit sein wird, wird von einer nicht-zertifizierten Einführung ausgegangen (vgl. «Schweiz am Sonntag», 27.01.2018, S. 16).

massnahmen getriebene – Ansatz zur Schaffung von Anreizsystemen, der einen faktischen Zwang des Einzelnen zur Eröffnung und weitgehenden Mitwirkung beim EPD nach sich ziehen könnte, die Privatautonomie des Einzelnen wiederum stark einschränken. Diese Entwicklungen sind sicherlich mit grosser Aufmerksamkeit zu verfolgen und auf ihre rechtliche Bedeutung zu untersuchen.

F. Folgerungen

Wie sich im Rahmen der vorliegenden Untersuchung gezeigt hat, kann die Privatautonomie rechtshistorisch nicht nur auf einen Erfolgs- und Siegeszug zurückschauen. Sie erfreut sich jedoch auch heute einer grossen Beliebtheit und dürfte sich weiterhin in einem gewissen Aufwärtstrend bewegen. Belege für eine solche Entwicklung dürften die zunehmende Gestaltungsfreiheit beim Abschluss von Eheverträgen und die antizipierten Vereinbarungen im Hinblick auf allfällige Scheidungsfolgen darstellen. Zudem sind im Bereich des Scheidungsrechts die zunehmend parteiautonom gestaltete Scheidungsordnung und das Primat der einvernehmlichen Scheidung nach Art. 111 ZGB, welches rechtlich und faktisch eine starke Vorzugsstellung einnimmt, zu nennen.

Als weiterer Hinweis auf die starke Stellung der Privatautonomie dürfte das weitgehende Fehlen einer gesetzlichen Ordnung für nichteheliche Partnerschaften sein. Sowohl während dem Bestehen der nichtehelichen Partnerschaft, wie auch bei Auflösung dieser Partnerschaftsform, ist es den Partnern überlassen, wie sie ihre Beziehung rechtlich gestalten und allenfalls absichern wollen. Einzig für den Fall, dass gemeinsame Kinder der Partner in die Gemeinschaft geboren werden, sieht das Gesetz gewisse Bestimmungen vor: einerseits im Zusammenhang mit der Feststellung des Kindesverhältnisses und anderseits im Zusammenhang mit dem Kindesunterhalt sowie dem nun seit dem 1.1.2017 neu eingeführten Betreuungsunterhalt. Ob diese starke Gewichtung der Parteiautonomie für die nichteheliche Partnerschaft wirklich die einzige Möglichkeit (bzw. ob sie tatsächlich als uneingeschränkt positiv zu werten) ist, wird an dieser Stelle eher kritisch beurteilt.

Die Entwicklungen im Erbrecht zeigen ebenfalls eine bewusste Stärkung und Ausweitung der Privatautonomie. Bereits seit Längerem ist es den Ehegatten unbenommen, im Rahmen von Ehe- und Erbverträgen die für ihre Beziehung passende Regelung vorzunehmen. Die Möglichkeiten zur Begünstigung des überlebenden Ehegatten sind sowohl aufgrund des Ehegüterrechts (insbesondere aufgrund der beliebten Gesamtvorschlagszuweisung) wie auch des Erbrechts in weitem Masse gegeben und ermöglichen den Ehegatten, privatautonom und praktisch uneingeschränkt (bzw. mit nur wenigen gesetzlichen Einschränkungen) zu disponieren.

Im Rahmen der laufenden Revision des Erbrechts, wird dieser Spielraum voraussichtlich noch weiter ausgedehnt und die Privatautonomie damit noch

einmal gestärkt, indem unter anderem die disponible Quote erhöht werden soll. Der Schutz von nichtehelichen Lebensgemeinschaften und insbesondere die finanzielle Absicherung des überlebenden Partners sind gemäss dem Vorentwurf weiterhin praktisch uneingeschränkt der Parteidisposition und damit der individuellen Vorsorge anheimgestellt. Zwar sieht der Vorentwurf unter gewissen Voraussetzungen ein Unterhaltsvermächtnis zugunsten des überlebenden Partners vor; ebenso sollen gewisse Vorkehren zugunsten des Stiefkindes eingeführt werden.

Formal gesehen stellen diese geplanten Änderungen in gewisser Weise (in einem kleinen Umfang) eine teilweise Einschränkung der Privatautonomie dar, welche jedoch aus Schutz- und Gerechtigkeitsgründen an dieser Stelle von der Überlegung her klar zu begrüssen wäre. Allerdings dürfte der praktische Nutzen eines solchen Unterhaltsvermächtnisses sehr eng begrenzt sein und in der Praxis vor allem zu unschönen Gerichtsverfahren führen.

Das Persönlichkeitsrecht zeichnet sich vor allem in neuester Zeit durch eine grosse Dynamik aus, indem aufgrund von technologischen und gesetzlichen Entwicklungen von einem eigentlichen «Paradigmenwechsel» gesprochen werden kann. Namentlich im Zusammenhang mit der Einführung des elektronischen Patientendossiers zeigt sich eine eigentliche Revolution, bei welcher noch nicht klar ist, ob sie zu einer Stärkung der Privatautonomie führen wird, indem der Patient umfangreichere Informationen und damit Handlungsmöglichkeiten erhält, oder ob umgekehrt ein gewisser Zwang aufgrund von Anreizsystemen auf den Einzelnen zukommen wird, welcher die Privatautonomie wiederum empfindlich einschränken wird. Diesen Fragen, welche bisher – soweit ersichtlich – in der juristischen Lehre nicht diskutiert wurden, wäre m.E. dringend nachzugehen.

Was die Behandlung von urteilsunfähigen Patientinnen und Patienten sowie die Frage der Entscheidungen am Lebensende betrifft, kann festgestellt werden, dass in den letzten Jahren bedeutende Schritte erfolgt sind, welche den Rahmen des privatautonomen Handelns in diesen Bereichen abgesteckt und einer nachvollziehbaren gesetzlichen Regelung zugeführt haben. Allerdings hat der Gesetzgeber davon abgesehen, gewisse heikle Bereiche (wie etwa die Sterbebegleitung) weitergehender als heute zu ordnen. Die Privatautonomie wurde in diesem Rechtsbereich insgesamt formal, etwa im Rahmen der Einführung der Patientenverfügung und des Vorsorgeauftrages, deutlich gestärkt.[437]

Weitere wichtige und aktuelle Bereiche mit Berührungspunkten zum Persönlichkeitsrecht sind unter dem Aspekt der «informationellen Selbstbestimmung» aktuell. Allerdings erscheint eine abschliessende Beurteilung hinsichtlich der

437 Siehe zur Patientenverfügung und zum Vorsorgeauftrag weiterführend PATRICK FASSBIND, Vorsorgeauftrag in der Praxis – Risiken und Nebenwirkungen, in: Ivo Schwander/Ruth Reusser/Roland Fankhauser (Hrsg.), Brennpunkt Familienrecht, Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Zürich 2017, S. 217 ff. sowie GASSMANN (Fn. 371), S. 257 ff.

Entwicklung der Privatautonomie in diesem Bereich noch kaum möglich. Die neueren Entwicklungen insbesondere im Zusammenhang mit den sozialen Medien wären aufgrund ihrer praktisch nicht zu unterschätzenden Dynamik und ihrem potenziellen Gefährdungspotential hinsichtlich der Privatautonomie einer vertieften rechtstatsächlichen und juristischen Aufarbeitung zu unterziehen.