

Herausgegeben von Professor Dr. Stephan Wolf

Stephan Wolf/Stephanie Hrubesch-Millauer/
Martin Eggel/Cristiano Cicero/Vincenzo Barba
(Herausgeber)

Der Erbvertrag aus rechts- vergleichender Sicht/ Il contratto successorio, aspetti di diritto comparato

Rechtsvergleichendes Symposium an der Rechtswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Bern vom 17./18. Mai 2018

Convegno di diritto comparato alla Facoltà di Giurisprudenza
dell'Università di Berna, 17/18 maggio 2018



Stämpfli Verlag

u^b

**UNIVERSITÄT
BERN**

INR 23

Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis
an der Universität Bern

Stephan Wolf/Stephanie Hrubesch-Millauer/
Martin Eggel/Cristiano Cicero/Vincenzo Barba
(Herausgeber)

**Der Erbvertrag aus rechtsvergleichender Sicht /
Il contratto successorio, aspetti di diritto
comparato**



Schriften INR

Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis
an der Universität Bern

Herausgegeben von Professor Dr. Stephan Wolf



Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis
an der Universität Bern

Stephan Wolf/Stephanie Hrubesch-
Millauer/Martin Eggel/Cristiano Cicero/
Vincenzo Barba (Herausgeber)

**Der Erbvertrag aus rechts-
vergleichender Sicht /
Il contratto successorio, aspetti
di diritto comparato**

Rechtsvergleichendes Symposium an der Rechts-
wissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern
vom 17./18. Mai 2018

Convegno di diritto comparato alla Facoltà
di Giurisprudenza dell'Università di Berna,
17/18 maggio 2018



Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

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

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2018
www.staempfliverlag.com

ISBN 978-3-7272-2068-5

Über unsere Online-Buchhandlung www.staempflishop.com
sind zudem folgende Ausgaben erhältlich:
Judocu ISBN 978-3-0354-1578-0

printed in
switzerland



© Stämpfli Verlag AG Bern

Zum Erbvertrag – Einführung und Überblick

STEPHAN WOLF* / BETTINA SPICHIGER**

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	3
Materialienverzeichnis	7
I. Einleitung	8
II. Zum Begriff des Erbvertrages	10
A. Allgemeines	10
B. Der Begriff nach der Europäischen Erbrechtsverordnung	10
C. Der Begriff aus der Sicht des schweizerischen Zivilgesetzbuches	11
1. Der Erbvertrag als Verfügung von Todes wegen mit Bindungswirkung	11
2. Abgrenzung von Verträgen vor dem Erbgang (Art. 636 ZGB)	12
3. Erbwendungsvertrag (positiver Erbvertrag) und Erbverzichtsvertrag (negativer Erbvertrag)	13
a) Vorbemerkung	13
b) Erbwendungsvertrag (positiver Erbvertrag)	14
c) Erbverzichtsvertrag (negativer Erbvertrag)	15
4. Gemeinschaftliche und korrespektive Testamente	16
D. Der Begriff nach französischem und italienischem Recht	18
1. Einleitende Bemerkung	18
2. Frankreich	18
3. Italien	19
E. Ergebnis	19
III. Rechtsvergleichende Übersicht über den Erbvertrag in Europa	20
A. Vorbemerkung	20
B. Den Erbvertrag zulassende Rechtsordnungen	20
1. Deutschland	20
2. Österreich	22
3. Tschechien	23
4. Katalonien	24
5. Ungarn	24

* Prof. Dr. iur., Fürsprecher und Notar, Ordinarius für Privatrecht sowie Notariatsrecht an der Universität Bern.

** MLaw, ehemalige Hilfsassistentin am Zivilistischen Seminar der Universität Bern.

6.	Bosnien und Herzegowina	25
7.	Lettland	26
8.	Estland.....	26
9.	Türkei.....	27
10.	Schweiz	27
C.	Den Erbvertrag grundsätzlich nicht zulassende oder nicht kennende Rechtsordnungen	27
D.	Ersatzlösungen und Alternativen zum Erbvertrag	28
E.	Tendenzen zur Lockerung des historischen Verbots des Erbvertrages.....	29
1.	Vorbemerkung.....	29
2.	Frankreich	29
3.	Belgien	30
IV.	Gründe für das Verbot des Erbvertrags im romanischen Rechtskreis	31
V.	Entwicklung des Erbvertrags im schweizerischen Zivilrecht	31
A.	Kantonale Regelungen.....	31
B.	Entstehungsgeschichte des ZGB.....	32
1.	Vorentwurf des ZGB.....	32
2.	Expertenkommission und Entwurf von 1904	33
3.	Beratung in den Eidgenössischen Räten	33
VI.	Schluss	34

Literaturverzeichnis

- ALASCIO CARRASCO LAURA, Los pactos sucesorios en el Derecho Civil Catalán, Barcelona 2016
- BECK ALEXANDER, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, 2. Aufl., Bern 1976
- BERGMANN AET/SAABER ANNE, Estland, in: Süß Rembert (Hrsg.), Erbrecht in Europa, 3. Aufl., Bonn 2015
- CICERO CRISTIANO, Istituzioni di diritto privato, Milano 2018
- Commission des Affaires Européennes (C.A.E.)/Institut de Recherches et d'Études Notariales Européennes (I.R.E.N.E.)/Conseil des Notariats de l'Union Européenne (C.N.U.E.), Les successions en Europe, Le droit national de 42 pays européens, Thessalonique 2016 (zit. CAE/IRENE/CNUE)
- CUBEDDU WIEDEMANN MARIA GIOVANNA/WIEDEMANN ANTON, Italien, in: Süß Rembert (Hrsg.), Erbrecht in Europa, 3. Aufl., Bonn 2015
- DÖBEREINER CHRISTOPH, Frankreich, in: Süß Rembert (Hrsg.), Erbrecht in Europa, 3. Aufl., Bonn 2015
- DRUEY JEAN NICOLAS, Grundriss des Erbrechts, 5. Aufl., Bern 2002
- DUTTA ANATOL/WEBER JOHANNES (Hrsg.), Internationales Erbrecht, EuErbVO, Erbrechtliche Staatsverträge, EGBGB, IntErbRVG, IntErbStR, IntSchenkungsR, München 2016 (zit. AUTOR/IN, Internationales Erbrecht)
- ECCHER BERNHARD, Erbrecht, Bürgerliches Recht Band VI, 6. Aufl., Wien 2016
- ECCHER BERHARD/SCHURR FRANCESCO A./CHRISTANDL GREGOR (Hrsg.), Handbuch Italienisches Zivilrecht, Wien 2009 (zit. AUTOR/IN, Handbuch)
- ESCHER ARNOLD, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band III: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, Art. 457–536 ZGB, 3. Aufl., Zürich 1959 (zit. ZK-ESCHER)
- FAVIER YANN, Le principe de la prohibition des pactes successoraux en droit français, in: Bonomi Andrea/Steiner Marco (Hrsg.), Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé, Genève 2008, S. 29 ff.
- FRANK SUSANNE, Luxemburg, in: Süß Rembert (Hrsg.), Erbrecht in Europa, 3. Aufl., Bonn 2015
- FUSARO ANDREA, Linee evolutive del diritto successorio europeo, Giustizia civile, n. 2, 2014, p. 509 ss. (cit. FUSARO, linee)

- FUSARO ANDREA, Uno sguardo comparatistico sui patti successori e sulla distribuzione negoziata della ricchezza d'impresa, *Rivista di diritto privato* 3/2013, p. 391 ss. (cit. FUSARO, sguardo)
- HAAS-LEIMACHER CHRISTELLE, Das gemeinschaftliche Testament und die Frage der Bindung an Absprachen auf den Todesfall bei Vertrauensbeziehungen. Rechtsvergleichend anhand des deutschen, österreichischen und französischen Rechts mit Schlussfolgerungen aus schweizerischer Sicht, Diss., Zürich 2016
- HAUNSCHMIDT FRANZ, Österreich, in: Süß Rembert (Hrsg.), *Erbrecht in Europa*, 3. Aufl., Bonn 2015
- HEEMANN FRANK, Litauen, in: Süß Rembert (Hrsg.), *Erbrecht in Europa*, 3. Aufl., Bonn 2015
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB*, 5. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK-AUTOR/IN)
- HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE, Der Erbvertrag: Bindung und Sicherung des (letzten) Willens des Erblassers, *Habil.*, Zürich/St.Gallen 2008
- HUSTEDT VOLKER, Belgien, in: Süß Rembert (Hrsg.), *Erbrecht in Europa*, 3. Aufl., Bonn 2015
- HUZEL ERHARD/WOLLMANN INES, Portugal, in: Süß Rembert (Hrsg.), *Erbrecht in Europa*, 3. Aufl., Bonn 2015
- JOHANSSON ERNST, Schweden, in: Süß Rembert (Hrsg.), *Erbrecht in Europa*, 3. Aufl., Bonn 2015
- KILIÇ MEMET, Türkei, in: Süß Rembert (Hrsg.), *Erbrecht in Europa*, 3. Aufl., Bonn 2015
- KIPP THEODOR/COING HELMUT, *Erbrecht, Ein Lehrbuch*, 14. Aufl., 1990 Tübingen
- KLAUBERG THEIS/BALODE-BURAKA ESMERALDA, Lettland, in: Süß Rembert (Hrsg.), *Erbrecht in Europa*, 3. Aufl., Bonn 2015
- ŁAKOMY SŁAWOMIR, Polen, in: Süß Rembert (Hrsg.), *Erbrecht in Europa*, 3. Aufl., Bonn 2015
- LAMARCA I MARQUÈS ALBERT, Katalonien, in: Süß Rembert (Hrsg.), *Erbrecht in Europa*, 3. Aufl., Bonn 2015
- LANGE HEINRICH/KUCHINKE KURT, *Erbrecht*, 5. Aufl., München 2001
- LEROYER ANNE-MARIE, *Droit des successions*, 3^e édition, Paris 2014
- ODERSKY FELIX, Grossbritannien: England und Wales, in: Süß Rembert (Hrsg.), *Erbrecht in Europa*, 3. Aufl., Bonn 2015

- PAINTNER BEATE, Island, in: Süß Rembert (Hrsg.), *Erbrecht in Europa*, 3. Aufl., Bonn 2015
- POVLAKIĆ MELIHA/SOFTIĆ KADENIĆ DARJA, Bosnien und Herzegowina, in: Süß Rembert (Hrsg.), *Erbrecht in Europa*, 3. Aufl., Bonn 2015
- ROMBACH CLAUDIE, Tschechien, in: Süß Rembert (Hrsg.), *Erbrecht in Europa*, 3. Aufl., Bonn 2015
- ROSSEL VIRGILE/MENTHA FRITZ HENRI, *Manuel du droit suisse*, tome deuxième, deuxième édition, Lausanne/Genève 1922
- SCHULIN HERMANN/VOGT NEDIM PETER, Die Unabtretbarkeit von Forderungen: Bemerkungen zum schweizerischen Vertrags- und Erbrecht, in: Pichonnaz Pascal/Vogt Nedim Peter/Wolf Stephan (Hrsg.), *Spuren des römischen Rechts*, Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag, Bern 2007, S. 609 ff.
- STAMATIADIS DIMITRIOS/T SANTINIS SPYROS, Griechenland, in: Süß Rembert (Hrsg.), *Erbrecht in Europa*, 3. Aufl., Bonn 2015
- STEINAUER PAUL-HENRI, *Le droit des successions*, 2^e édition, Berne 2015
- STEINAUER PAUL-HENRI, Se lier pour cause de mort?, in: *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques*, Études à la mémoire du professeur Alfred Rieg, Bruxelles 2000, S. 753 ff. (zit. STEINAUER, lier)
- STEINMETZ ALEXANDER/HUZEL ERHARD/GARCÍA ALCÁZAR ROCÍO, Spanien, in: Süß Rembert (Hrsg.), *Erbrecht in Europa*, 3. Aufl., Bonn 2015
- SÜß REMBERT, Kroatien, in: Süß Rembert (Hrsg.), *Erbrecht in Europa*, 3. Aufl., Bonn 2015 (zit. SÜß, Kroatien)
- SÜß REMBERT, Malta, in: Süß Rembert (Hrsg.), *Erbrecht in Europa*, 3. Aufl., Bonn 2015 (zit. SÜß, Malta)
- SÜß REMBERT, Nachlassbezogene Verfügungen, in: Süß Rembert (Hrsg.), *Erbrecht in Europa*, 3. Aufl., Bonn 2015 (zit. SÜß, Verfügungen)
- TERSTEEGEN JENS, Deutschland, in: Süß Rembert (Hrsg.), *Erbrecht in Europa*, 3. Aufl., Bonn 2015
- TORRENTE ANDREA/SCHLESINGER PIERO, *Manuale di diritto privato*, 22^a edizione, Milano 2015
- TÓTH ÁDÁM, Ungarn, in: Süß Rembert (Hrsg.), *Erbrecht in Europa*, 3. Aufl., Bonn 2015
- TROISI BRUNO, *Diritto Civile*, Lezioni, 6^a edizione, Napoli 2015
- TUOR PETER, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Band III: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, Art. 457–536 ZGB, 2. Aufl., Bern 1952 (zit. BK-TUOR)

- TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/JUNGO ALEXANDRA, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich 2015
- VON KNORRE KARL-FRIEDRICH/MINCKE WOLFGANG, Finnland, in: Süß Rembert (Hrsg.), Erbrecht in Europa, 3. Aufl., Bonn 2015
- WEIMAR PETER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band III: Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, 1. Teilband: Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, 1. Teil: Die Verfügungsfähigkeit, die Verfügungsfreiheit, die Verfügungsarten, die Verfügungsformen, Art. 457–516 ZGB, Bern 2009 (zit. BK-WEIMAR)
- WOLF STEPHAN, Die Europäische Kommission auf den Spuren von Eugen Huber und Virgile Rossel, in: Kunz Peter V./Herren Dorothea/Cottier Thomas/Matteotti Rene (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Roland von Büren, Basel 2009, S. 941 ff. (zit. WOLF, Europäische Kommission)
- WOLF STEPHAN, Il contratto successorio secondo il Codice civile svizzero, in: Maria Giovanna Falzone Calvisi (Hrsg.), Diritto successorio, Approfondimenti tematici, Volume II, Milano 2013, p. 265 ss. (cit. WOLF, contratto successorio)
- WOLF STEPHAN/GENNA GIAN SANDRO, Schweizerisches Privatrecht, Vierter Band, Erbrecht, Erster Halbband, Basel 2012 (zit. WOLF/GENNA, SPR IV/1)
- WOLF STEPHAN/GENNA GIAN SANDRO, Schweizerisches Privatrecht, Vierter Band, Erbrecht, Zweiter Halbband, Basel 2015 (zit. WOLF/GENNA, SPR IV/2)
- WOLF STEPHAN/HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, Bern 2017
- WORTHMANN ELKE, Irland, in: Süß Rembert (Hrsg.), Erbrecht in Europa, 3. Aufl., Bonn 2015

Materialienverzeichnis

- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das Schweizerische Zivilgesetzbuch vom 28. Mai 1904 (zit. Botschaft ZGB)
- HUBER EUGEN, Amtliches Stenographisches Bulletin der schweizerischen Bundesversammlung vom 13. Dezember 1905, Nationalrat (zit. HUBER, Bulletin 1905)
- HUBER EUGEN, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, Band I, 2. Ausgabe, Bern 1914 (zit. HUBER, Erläuterungen)
- HUBER EUGEN, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Protokoll der Expertenkommission, Band 2, Sitzung vom 12. März 1902 (zit. Protokoll Expertenkommission)
- ROSSEL VIRGILE, Amtliches stenographisches Bulletin der schweizerischen Bundesversammlung vom 15. Dezember 1905, Nationalrat (zit. ROSSEL, Bulletin 1905)

I. Einleitung

Vi diamo il benvenuto all'Università di Berna in occasione del nostro Convegno di diritto comparato sul contratto successorio, argomento che suscita interesse in Italia, ma che è anche un argomento di discussione in Germania, Austria e Svizzera. Infatti, il contratto successorio ha trovato negli ordinamenti dei diversi paesi europei un regolamento in parte simile, in parte invece differente e – considerato il suo divieto in alcuni paesi – pure opposto.¹ L'importanza del contratto successorio è stata sottolineata negli ultimi anni anche da parte della Commissione Europea, che ha raccomandato agli Stati membri di ammettere il contratto successorio come strumento giuridico per facilitare il trasferimento di imprese ed assicurare la successione nel caso di morte dell'imprenditore.²

Die Möglichkeit, dass der Erblasser seine Erbfolge nicht nur testamentarisch und damit einseitig, sondern auch durch Vertrag und damit bindend ordnen kann, hat lange Tradition.³ Der Erbvertrag hat in den kodifizierten Zivilrechtsordnungen der einzelnen europäischen Länder eine je eigene Normierung erfahren. Dabei erweisen sich die nationalen Regelungen als teilweise vergleichbar, teilweise aber doch als unterschiedlich und insofern, als der Erbvertrag nach einzelnen Gesetzgebungen überhaupt nicht zulässig ist, gar als gegensätzlich.

Jedenfalls in der Tendenz ist der Erbvertrag eine germanische, deutschrechtliche Erscheinung. Demgegenüber stehen die romanischen Ordnungen dem Erbvertrag grundsätzlich ablehnend gegenüber.⁴

In denjenigen Ländern, die den Erbvertrag kennen, stellt er ein wichtiges, praktisch gar unverzichtbares Mittel der Nachlassplanung dar. Das gilt namentlich für die Schweiz. In Ordnungen, die den Erbvertrag nicht zulassen, bestehen dafür teilweise Sonderregelungen, oder es wird auf Ersatzlösungen ausgewichen.

¹ Vedi a proposito anche FUSARO, linee, p. 510 s., che constata che le «differenze tra gli ordinamenti sono rimarchevoli» tra l'altro «nei confronti di patti successorii».

² Raccomandazione della Commissione del 7 dicembre 1994, sulla successione nelle piccole e medie imprese. Vedi a proposito anche WOLF, contratto successorio, p. 277, ed ancora con ulteriori riferimenti WOLF, Europäische Kommission, S. 943.

³ Vgl. KIPP/COING, S. 231 f., wonach die Möglichkeit der bindenden Ordnung des Erbvertrages jedenfalls seit dem Mittelalter in verschiedenen Arten bekannt ist.

⁴ Vedi anche FUSARO, linee, p. 521: «Con riguardo ai patti successorii, nel panorama giuridico europeo, si stagliano due modelli polarizzati: rispettivamente tedesco – laddove essi sono accolti – e francese, che li osteggia.» Inoltre già FUSARO, sguardo, p. 392.

Die Bedeutung des Erbvertrages als Gestaltungsmittel für die erbrechtliche Nachfolge ist in jüngerer Zeit auch auf europäischer Ebene betont worden. Die Europäische Kommission hat – im Anschluss an bereits früher ergangene Empfehlungen⁵ – im Jahre 2006 in einer Mitteilung festgehalten, dass es der Erbvertrag, der in etlichen Ländern verboten sei, unter anderem ermögliche, im Todesfall die Kontinuität eines Unternehmens sicherzustellen.^{6, 7}

Die unterschiedliche Behandlung des Erbvertrages in den verschiedenen nationalen Rechtsordnungen in Europa sowie der Ruf nach Einführung des Institutes in Ländern, die es bisher nicht kennen, bilden den Anlass zum wissenschaftlichen Symposium von heute und morgen. Im Rahmen unseres Austauschs wird der Erbvertrag einmal aus den nationalen Perspektiven von Deutschland, Österreich, Italien und der Schweiz betrachtet. Dabei sollen rechtsvergleichende Betrachtungen angestellt und Erkenntnisse gewonnen werden. Ergänzend werden Überlegungen zur Geschichte des Institutes, zum internationalen Privatrecht und aus der Perspektive des angelsächsischen Rechtsraums angestellt.

Der vorliegende Beitrag enthält eine Einführung in das Thema des Erbvertrages. Er muss sich naturgemäss auf erste Hinweise beschränken. Zunächst finden sich Ausführungen zum Begriff des Erbvertrages (II.). Weiter wird eine rechtsvergleichende Übersicht über den Erbvertrag in Europa vorgenommen (III.), dies mit Hinweisen auch auf Reformansätze und Tendenzen zur Lockerung des Verbotes. Sodann werden die Gründe für das Verbot des Erbvertrages im romanischen Rechtskreis angeführt (IV.) und die Entwicklung des Erbvertrages in der Schweiz kurz dargestellt (V.). Es folgen Betrachtungen zum Schluss (VI.).

⁵ Empfehlung der Kommission zur Übertragung von kleinen und mittleren Unternehmen vom 7. Dezember 1994, ABI EG Nr. L 385 vom 31. Dezember 1994; Mitteilung der Kommission zur Übertragung kleiner und mittlerer Unternehmen (Nr. 98/C 93/02), ABI EG Nr. C 93/2 vom 28. März 1998.

⁶ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Umsetzung des Lissabon-Programms der Gemeinschaft für Wachstum und Beschäftigung, Unternehmensübertragung – Kontinuität durch Neuanfang (KOM [2006] 117 endg.). Das Dokument ist abrufbar unter <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006DC0117&from=DE>> (zuletzt besucht am 28. August 2018).

⁷ Zum Ganzen m.H. schon WOLF, Europäische Kommission, S. 943.

II. Zum Begriff des Erbvertrages

A. Allgemeines

Der *Begriff* des Erbvertrages erweist sich aus historischer und rechtsvergleichender Sicht als *uneinheitlich*. Das erschwert eine Diskussion von Anfang an. An dieser Stelle soll deshalb der Versuch einer ersten Umschreibung des Begriffs des Erbvertrages vorgenommen werden, dies unter Abstützung auch auf einzelne Rechtsquellen des internationalen Rechts und der nationalen Ordnungen.

B. Der Begriff nach der Europäischen Erbrechtsverordnung

Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. d EuErbVO fallen unter den Begriff «Verfügung von Todes wegen» das Testament, das gemeinschaftliche Testament und der Erbvertrag. Demnach handelt es sich beim Erbvertrag zunächst um eine *Unterart der Verfügung von Todes wegen*.⁸

Als Verfügung von Todes wegen ist der Erbvertrag – jedenfalls aus schweizerischer Sicht – abzugrenzen von den Rechtsgeschäften unter Lebenden. Mit dem Erbvertrag kann sich indessen durchaus eine Gegenleistung unter Lebenden verbinden.⁹

Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b EuErbVO bezeichnet der Ausdruck Erbvertrag «eine Vereinbarung, einschliesslich einer Vereinbarung aufgrund gegenseitiger Testamente, die mit oder ohne Gegenleistung Rechte am künftigen Nachlass oder künftigen Nachlässen einer oder mehrerer an dieser Vereinbarung beteiligter Personen begründet, ändert oder entzieht». Der Begriff des Erbvertrages im Sinne der EuErbVO ist dabei autonom zu bestimmen,¹⁰ mithin unabhängig von den einzelnen Landesrechten.

Wie ist die eben dargelegte Umschreibung der EuErbVO im Lichte der nationalen Begriffsbestimmungen zu werten?

Die Definition des Art. 3 Abs. 1 lit. b EuErbVO geht – im Vergleich mit den einzelnen nationalen Rechtsordnungen – relativ weit und schliesst auch den Erbverzicht und die Schenkung auf den Todesfall mit ein.¹¹ Der so festgelegte

⁸ SÜß, Verfügungen, § 4 N. 26.

⁹ Dazu näher II.C.3.b.

¹⁰ BAUER, Internationales Erbrecht, N. 2 zu Art. 25 EuErbVO.

¹¹ SCHMIDT, Internationales Erbrecht, N. 5 zu Art. 3 EuErbVO; SÜß, Verfügungen, § 4 N. 27 und 70.

Begriff des Erbvertrages ist wesentlich weiter gefasst als etwa im deutschen BGB (§ 2274 ff. BGB).^{12, 13} Und er ist ebenfalls weiter gefasst als im schweizerischen ZGB.

Indem Art. 3 Abs. 1 lit. b EuErbVO den Erbvertrag als Vereinbarung bezeichnet, welche die Rechte mindestens einer Vertragspartei am künftigen Nachlass begründet, ändert oder entzieht, statuiert er eine materielle Definition. Dafür zentral sind die «Rechte ... am künftigen Nachlass»; mit dem Begriff des Rechtes gemeint ist eine Einschränkung der allgemein vorhandenen Testierfähigkeit und mithin eine Bindungswirkung des Erblassers, der sich – im Gegensatz zur einseitigen letztwilligen Verfügung (Testament) – vom Erbvertrag nur eingeschränkt oder überhaupt nicht einseitig lösen dürfen. Erfasst werden nicht nur Rechte einer Vertragspartei am künftigen Nachlass, sondern auch solche Rechte Dritter (Erbvertrag zugunsten Dritter). Einzubeziehen sind weiter über Berechtigungen am Nachlass hinaus auch Rechte auf Einräumung einer Nachlassberechtigung.¹⁴

Nach der EuErbVO ist somit für das Vorliegen eines Erbvertrages entscheidend, dass eine Partei Rechte am künftigen Nachlass erhält. Das ist nur dann der Fall, wenn der Erbvertrag für den oder die beteiligten Erblasser *Bindungswirkung* entfaltet, mithin wenn eine einseitige Lösung davon nur unter erschwerten Voraussetzungen zugelassen wird.¹⁵

C. Der Begriff aus der Sicht des schweizerischen Zivilgesetzbuches

1. *Der Erbvertrag als Verfügung von Todes wegen mit Bindungswirkung*

Im Vergleich mit der EuErbVO ist der Erbvertrag aus der Optik des schweizerischen ZGB enger zu verstehen.

Der Erbvertrag stellt ein vertragliches – mithin ein zwei- oder mehrseitiges – Rechtsgeschäft von Todes wegen dar, in welchem mindestens eine Partei –

¹² SCHMIDT, Internationales Erbrecht, N. 5 zu Art. 3 EuErbVO; BAUER, Internationales Erbrecht, N. 2 zu Art. 25 EuErbVO; SÜß, Verfügungen, § 4 N. 27.

¹³ Dabei bestimmen sich die Zulässigkeit, die Wirksamkeit und die Wirkungen eines Erbvertrages nach Erbrecht und jeweils nach dem Errichtungsstatut (Art. 25 Abs. 1 EU-ErbVO); dazu und zur Bestimmung des Errichtungsstatuts SÜß, Verfügungen, § 4 N. 28 ff.

¹⁴ Zum Ganzen näher BAUER, Internationales Erbrecht, N. 2 zu Art. 25 EuErbVO.

¹⁵ BAUER, Internationales Erbrecht, N. 4 zu Art. 25 EuErbVO.

der Erblasser – von Todes wegen verfügt (vgl. Art. 494 ZGB).¹⁶ Im Unterschied zur letztwilligen Verfügung als der einseitigen – und damit jederzeitig widerruflichen (vgl. Art. 509 Abs. 1 ZGB) – Verfügung von Todes wegen stellt der Erbvertrag eine zwei- oder mehrseitige und damit grundsätzlich *bindende Verfügung von Todes wegen* dar (vgl. Art. 494 ZGB).¹⁷ Für das Vorliegen eines Erbvertrages ist denn auch vorauszusetzen, dass mindestens eine bindende Verfügung von Todes wegen darin enthalten ist.¹⁸

Die *Bindung* aus dem Erbvertrag ist dabei eine solche *von Todes wegen*, d.h. es kann nicht mehr anderweitig *mortis causa* verfügt werden. Verfügungen von Todes wegen, die mit dem Erbvertrag nicht vereinbar sind, unterliegen der Anfechtung (Art. 494 Abs. 3 ZGB).

Demgegenüber bewirkt der Erbvertrag grundsätzlich keine Bindung unter Lebenden, der Erbvertragserblasser kann mithin zu seinen Lebzeiten weiterhin über sein Vermögen frei verfügen (Art. 494 Abs. 2 ZGB). Vorzubehalten bleiben allerdings Schenkungen, die mit den Verpflichtungen des Erblassers aus dem Erbvertrag nicht vereinbar sind; solche nach Abschluss eines Erbvertrages ausgerichtete Zuwendungen unterliegen der Anfechtung (Art. 494 Abs. 3 ZGB).

Im Einzelnen ist der Erbvertrag weiter zu unterteilen in den *Erbzuwendungsvertrag* (positiver Erbvertrag)¹⁹ und den *Erbverzichtsvertrag* (negativer Erbvertrag).²⁰

Für die Schweiz ist der Erbvertrag in einem materiellen Sinne *Verfügung von Todes wegen mit Bindungswirkung* (vgl. namentlich Art. 494 ff. ZGB). In einem formellen Sinne ist der Erbvertrag eine selbständige, neben der letztwilligen Verfügung stehende *Verfügungsform mortis causa* (Art. 512 ZGB).

2. *Abgrenzung von Verträgen vor dem Erbgang (Art. 636 ZGB)*

Als Verfügung von Todes wegen mit Bindungswirkung²¹ ist der Erbvertrag abzugrenzen von Verträgen, die ein Erbe über eine noch nicht angefallene Erbschaft ohne Mitwirkung und Zustimmung des Erblassers mit einem Mit-

¹⁶ WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 502 und 851.

¹⁷ WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 502.

¹⁸ WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 851.

¹⁹ Dazu näher II.C.3.b. hienach.

²⁰ Dazu näher II.C.3.c. hienach.

²¹ Zu diesen Eigenschaften des Erbvertrages nach dem ZGB II.C.1. soeben.

erben oder einem Dritten abschliesst (Art. 636 Abs. 1 ZGB; sog. Verträge vor dem Erbgang).²²

Derartige Verträge über erwartete, künftige Erbschaften sind ohne Mitwirkung und Zustimmung des Erblassers sittenwidrig und deshalb unverbindlich (Art. 636 Abs. 1 ZGB), d.h. nichtig (Art. 20 OR).²³ Die Leistungen, welche aufgrund solcher Verträge erbracht wurden, können zurückgefordert werden (Art. 636 Abs. 2 ZGB).

Der *Erblasser* selber ist – anders als beim Erbvertrag – *nicht Vertragspartei* der Vereinbarung gemäss Art. 636 ZGB; seine *Zustimmung* nimmt dem Vertrag vor dem Erbgang bloss die diesem sonst eigene Sittenwidrigkeit und lässt ihn damit für die Parteien verbindlich werden.²⁴

Verträge nach Art. 636 ZGB stellen deshalb *keine Verfügungen von Todes wegen* dar. Damit gehören sie auch nicht zu den Erbverträgen. Gesetzessystematisch werden Verträge vor dem Erbgang auch nicht unter den Erbverträgen geregelt, sondern im Erbteilungsrecht (Art. 636 ZGB).

Und nur Verträge nach Art. 636 ZGB werden ohne Zustimmung des künftigen Erblassers als sittenwidrig qualifiziert. Erbverträge als solche werden dagegen durch das ZGB umfassend zugelassen.

Auch in formeller Hinsicht unterliegen Verträge nach Art. 636 ZGB nicht den Vorschriften für Verfügungen von Todes wegen. Vielmehr genügt für sie die Schriftform (Art. 13 OR).²⁵

3. *Erbzuwendungsvertrag (positiver Erbvertrag) und Erbverzichtsvertrag (negativer Erbvertrag)*

a) **Vorbemerkung**

Das ZGB unterscheidet zwischen dem Erbzuwendungs- und dem Erbverzichtsvertrag, mithin zwischen positivem und negativem Erbvertrag.

²² Art. 636 Abs. 1 ZGB stellt rechtsvergleichend eine Ausnahmeregelung dar; vgl. dazu SCHULIN/VOGT, S. 909 ff., 611.

²³ WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 385 f.; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 2052.

²⁴ WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 2058.

²⁵ WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 2055.

b) Erbzuwendungsvertrag (positiver Erbvertrag)

Der positive Erbvertrag hat eine *erbrechtliche Zuwendung an den vertraglich Bedachten* zum Inhalt, namentlich eine Erbeinsetzung oder ein Vermächtnis.²⁶

Der Erbzuwendungsvertrag ist in Art. 494 Abs. 1 ZGB angesprochen. Danach kann sich der Erblasser durch Erbvertrag einem anderen gegenüber verpflichten, ihn oder einen Dritten als Erben einzusetzen. Erbvertraglich ebenfalls möglich ist das Eingehen der Verpflichtung, dem Bedachten ein Vermächtnis, d.h. einen Vermögensvorteil, zu hinterlassen. Art. 494 Abs. 1 ZGB sieht ausdrücklich auch den Erbvertrag zugunsten Dritter vor.²⁷

Der Erblasser kann sich demnach durch einen positiven Erbvertrag ebenfalls zugunsten eines *Dritten* verpflichten (Art. 494 Abs. 1 ZGB). Auch in dieser Konstellation ist der Erblasser nur gegenüber der Vertragspartei verpflichtet, nicht jedoch gegenüber dem Dritten. Der Vertrag kann deshalb unter den Parteien auch ohne Zustimmung des Dritten jederzeit aufgehoben werden, woraus für diesen eine relativ schwache Position resultiert.²⁸

Der positive Erbvertrag kann ohne oder mit Gegenleistung der anderen Partei abgeschlossen werden. Es lassen sich somit folgende Varianten unterscheiden.²⁹

- *Ohne Gegenleistung*: Nur der Erblasser nimmt eine erbrechtliche Zuwendung vor. Damit liegt ein unentgeltlicher Erbzuwendungsvertrag vor.
- *Mit Gegenleistung*: Sowohl der Erblasser als auch die Gegenpartei erbringen eine Leistung, womit ein entgeltlicher Erbzuwendungsvertrag vorliegt. Der Erblasser nimmt eine erbrechtliche Zuwendung vor. Die Vertragspartei kann eine Gegenleistung unter Lebenden oder eine solche von Todes wegen erbringen.³⁰ Im zweiten Fall liegt ein gegenseitiger Erbvertrag vor.

Die Aufzählung der möglichen positiven *Inhalte* eines Erbvertrags in Art. 494 Abs. 1 ZGB ist nicht abschliessend; vielmehr kann grundsätzlich alles, was in einem Testament angeordnet werden kann, auch durch einen Erbvertrag geregelt werden.³¹ In einen Erbvertrag können deshalb beispielsweise auch Bedingungen, Auflagen, Teilungsvorschriften oder Ersatz- und Nachverfügungen

²⁶ WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 855.

²⁷ Vgl. WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 861.

²⁸ Zum Ganzen HRUBESCH-MILLAUER, N. 98; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 876; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 209 f.

²⁹ Dazu insgesamt WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 857.

³⁰ Also ebenfalls eine Erbeinsetzung oder die Zuwendung eines Vermächtnisses; vgl. TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 72 N. 52.

³¹ WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 867; BECK, S. 54.

gen aufgenommen werden. Aufgrund der zwingend einseitigen Natur können demgegenüber weder eine Willensvollstreckung (Art. 517 Abs. 1 ZGB) noch eine Enterbung (Art. 477 ff. ZGB) und auch nicht eine Kindesanerkennung (Art. 260 Abs. 3 ZGB) erbvertraglich vereinbart werden; diese Anordnungen sind in einer letztwilligen Verfügung (Testament) oder in einer testamentarischen und damit widerruflichen Klausel in einem Erbvertrag zu treffen.³²

Zu beachten bleibt, dass der Erblasser trotz abgeschlossenen Erbvertrages an sich keiner Verpflichtung unterliegt, der bedachten Person etwas zu hinterlassen. Er kann mit anderen Worten weiterhin frei über sein Vermögen lebzeitig verfügen (Art. 494 Abs. 2 ZGB), dieses also verbrauchen, veräussern oder auch verkommen lassen.³³ Die erbvertraglich bedachte Person erhält zu Lebzeiten lediglich eine Anwartschaft auf die Erbschaft und keinen subjektiven Anspruch.³⁴ Immerhin ist differenzierend festzuhalten, dass bei einem entgeltlichen Erbvertrag dem Vertragspartner nach der Lehre im Einzelfall ein Rücktrittsrecht zu Lebzeiten des Erblassers analog Art. 514 ZGB zustehen soll.³⁵

c) Erbverzichtsvertrag (negativer Erbvertrag)

Art. 495 ZGB regelt den Erbverzichtsvertrag oder negativen Erbvertrag. Darin verzichtet ein Präsumtiverbe auf seine voraussichtlichen erbrechtlichen Ansprüche, und der Erblasser nimmt den Erbverzicht des Erbberechtigten entgegen.³⁶

Auch der Erbverzichtsvertrag kann – wie der Erbzwendungsvertrag – *ohne oder mit einer Gegenleistung* eingegangen werden. Im ersten Fall handelt es sich um einen unentgeltlichen Erbverzicht, im zweiten Fall um einen entgeltlichen Erbverzicht oder Erbschaftkauf.³⁷

Der Erbverzichtsvertrag wird regelmässig mit einem pflichtteilsgeschützten Erben geschlossen. Weil der Verzichtende am Erbvertrag mitwirkt, kann er vollständig auf seinen Pflichtteil verzichten.³⁸ Der Verzichtende fällt beim Erbgang als Erbe ausser Betracht (Art. 495 Abs. 2 ZGB); er wird so behan-

³² WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 236.

³³ BGE 70 II 255, 263.

³⁴ WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 210.

³⁵ STEINAUER, N. 630a; BSK-BREITSCHMID, N. 7 zu Art. 494 ZGB. A.M. BK-WEIMAR, N. 33 zu Art. 494 ZGB.

³⁶ WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 855.

³⁷ WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 857.

³⁸ WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 901.

delt, als ob er vorverstorben oder erbunwürdig wäre oder die Erbschaft ausgeschlagen hätte.³⁹

Der Verzicht kann sich auf die gesamte erbrechtliche Anwartschaft oder auf einen Teil davon erstrecken, jedoch nicht auf einzelne Erbschaftsgegenstände.⁴⁰ Falls nichts anderes vereinbart wird, wirkt der Erbverzicht auch gegenüber den Nachkommen des Verzichtenden (Art. 495 Abs. 3 ZGB). Weil der Pflichtteilsverzicht die verfügbare Quote erhöht,⁴¹ kann der Erblasser frei über den Erbteil des Verzichtenden verfügen.⁴²

Beim negativen Erbvertrag bindet sich nicht der Erblasser, sondern die Gegenpartei, d.h. der Verzichtende.⁴³ Die Bindungswirkung des negativen Erbvertrags ist insofern zu relativieren, als dass der Erblasser den Verzichtenden jederzeit wieder durch eine neue Verfügung von Todes wegen begünstigen kann.⁴⁴

4. *Gemeinschaftliche und korrespektive Testamente*

Sonderfälle der letztwilligen Verfügung stellen das gemeinschaftliche (gemeinsame) und das korrespektive (wechselbezügliche) Testament dar. Solche Testamente kommen in der Praxis vor und werden insbesondere unter Ehegatten nicht selten errichtet. Während derartige Testamente in Deutschland gesetzlich geregelt sind (§ 2265 ff. BGB),⁴⁵ ist das für das schweizerische ZGB nicht der Fall.⁴⁶

Von einem *gemeinschaftlichen Testament* ist in der Schweiz dann die Rede, wenn zwei oder mehrere Personen in ein und derselben Urkunde ihren letzten Willen erklären. Dabei können entweder beide Erblasser eigenhändig schreiben, oder nur eine Person schreibt das Testament nieder und die andere(n) unterzeichnet/n die Urkunde bloss mit.⁴⁷ Ein solches Testament ist gültig,

³⁹ WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 214.

⁴⁰ WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 905. Der in einem Erbvertrag ausgesprochene Verzicht auf einzelne Erbschaftsgegenstände ist kein Erbverzicht, sondern eine erbrechtliche Teilungsvorschrift; so BK-WEIMAR, N. 5 zu Art. 495 ZGB. A.M. BK-TUOR, N. 8 zu Art. 495 ZGB; BSK-BREITSCHMID, N. 2 zu Art. 495 ZGB.

⁴¹ BGE 50 II 450, 458.

⁴² WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 906.

⁴³ STEINAUER, N. 611; BECK, S. 55.

⁴⁴ WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 907.

⁴⁵ Siehe für die Ordnung in Deutschland näher III.3.1. i.f. hienach.

⁴⁶ Die Regelung des gemeinschaftlichen Testaments im Vorentwurf des ZGB wurde gestrichen, wobei gleichzeitig ein Verbot abgelehnt wurde; vgl. Protokolle Expertenkommission, S. 579 f.

⁴⁷ WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 178; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 462.

wenn die Widerruflichkeit der einzelnen Willenserklärungen gegeben ist (vgl. Art. 509 Abs. 1 ZGB),⁴⁸ was bei der formgerecht – d.h. eigenhändig – verfügenden Partei meistens der Fall sein wird. Die Partei, welche die Verfügung nur unterzeichnet, verfügt hingegen formell nicht korrekt, was zur Anfechtbarkeit ihrer letztwilligen Verfügung mittels Ungültigkeitsklage gemäss Art. 520 ZGB führt.⁴⁹

Ein *korrespondierendes Testament* liegt dann vor, wenn zwei letztwillige Verfügungen derart eng miteinander verbunden sind, dass jede mit der anderen steht und fällt.⁵⁰ Es erklären mindestens zwei Personen – häufig in der «wir»-Form – ein und denselben Willen, welcher nicht zwingend in nur einer Urkunde festgehalten wird. Unterscheidungsmerkmal zum gemeinschaftlichen Testament ist, dass bei einem korrespondierenden Testament die einzelnen Willenserklärungen oftmals nicht mehr voneinander unterschieden werden bzw. individuell zugerechnet werden können. Für die Zulässigkeit eines (korrespondierenden) Testaments ist jedoch genau dieser Aspekt massgebend; lässt sich die Willenserklärung nicht einem Individuum zuordnen, so fehlt es auch an der Möglichkeit der einseitigen Widerrufbarkeit, weshalb das Testament wegen Rechtswidrigkeit gemäss Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB – konkret infolge des Verstosses gegen den Grundsatz von Art. 509 Abs. 1 ZGB – mit der Ungültigkeitsklage angefochten werden kann.⁵¹

Für das schweizerische Recht ist von gemeinschaftlichen und korrespondierenden Testamenten wegen der damit verbundenen Unsicherheiten *grundsätzlich abzuraten*. Für zwei- oder mehrseitige Verfügungen von Todes wegen ist der Erbvertrag zu wählen.⁵²

Kein unzulässiges Testament liegt dann vor, wenn zwei Personen je ein eigenes, aber auf das jeweils andere abgestimmte Testament verfassen. Man spricht in diesem Fall von einer *kaptatorischen Verfügung*. Bei den beiden Verfügungen ist davon auszugehen, dass sie eine Bedingung enthalten, wonach das eine Testament jeweils nur dann wirksam ist, wenn das andere nicht hinfällig geworden ist.⁵³

⁴⁸ Vgl. dazu z.B. BGE 47 II 48; 89 II 284 ff.; HAAS-LEIMACHER, N. 1216.

⁴⁹ Zum Ganzen WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 178 f.; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 468 f.

⁵⁰ STEINAUER, N. 618; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 178; vgl. auch HAAS-LEIMACHER, N. 1176.

⁵¹ WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 179; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 470; DRUEY, § 9 N. 7; STEINAUER, N. 618; BK-TUOR, N. 14c der Vorbemerkungen vor Art. 494 ZGB. A.A. ZK-ESCHER, N. 9 der Vorbemerkungen zu Art. 467 ZGB, wonach solche Testamente nichtig sind.

⁵² Siehe auch WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 179.

⁵³ WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 180; STEINAUER, N. 618a.

D. Der Begriff nach französischem und italienischem Recht

1. Einleitende Bemerkung

Im Vergleich mit der Umschreibung in der Schweiz⁵⁴ fällt auf, dass Frankreich und Italien einen *umfassenderen Begriff des Erbvertrages* verwenden. Ohne den einzelnen Landesberichten vorgreifen zu wollen, ist hier kurz und nur summarisch auf ein paar Unterschiede einzugehen.

2. Frankreich

Frankreich kennt herkömmlicherweise aufgrund von Art. 1130 Abs. 2, 722 und 1389 CC ein allgemeines Verbot für Erbverträge.

Die französische Zivilistik umschreibt den Erbvertrag als Rechtsgeschäft, durch das sich eine Person verpflichtet, Rechte über die ganze oder einen Teil ihrer Erbschaft oder der zukünftigen Erbschaft einer anderen Person zu übertragen.⁵⁵ Seit 1804 findet sich die Definition der Erbverträge, allgemein als *pactes sur succession future* bezeichnet, in Art. 1130 Abs. 2 CC. Die Bestimmung lautet:

«On ne peut cependant renoncer à une succession non ouverte ni faire aucune stipulation sur pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit, sauf dans les cas autorisés par la loi».

Das Gesetz vom 3. Dezember 2001 hat eine etwas andere Definition des Erbvertrags in Art. 722 CC angefügt. Diese lautet:

«Les conventions qui ont pour objet de créer des droits ou de renoncer à des droits sur tout ou partie d'une succession non encore ouverte ou d'un bien en dépendant ne produisent effet que dans les cas où elles sont autorisées par la loi».

Aus diesen beiden Umschreibungen kann man die konstitutiven Elemente des Begriffs des Erbvertrages für Frankreich bestimmen. Der Erbvertrag bezieht sich danach auf eine Erbschaft, und zwar eine noch nicht eröffnete Erbschaft, und er weicht vom gesetzlichen Erbrecht ab.⁵⁶

⁵⁴ Dazu II.C. soeben.

⁵⁵ Dazu und zum Folgenden LEROYER, N. 291.

⁵⁶ Zum Ganzen LEROYER, N. 291, und dann ausführlicher zu den einzelnen Kriterien N. 292 ff.

Unter das umfassende Verbot der sog. *pactes sur succession future* fallen damit nicht nur Erbzuwendungs- und Erbverzichtsverträge im Sinne des deutschen und schweizerischen Rechts, sondern sämtliche Vereinbarungen, deren Objekt eine noch nicht eröffnete Erbschaft ist.⁵⁷ Erfasst werden auch etwa Verträge vor dem Erbgang i.S.v. Art. 636 ZGB, die nach schweizerischer Auffassung keine Verfügungen von Todes wegen und damit keine Erbverträge darstellen.⁵⁸

3. *Italien*

Das italienische Zivilrecht unterscheidet ebenfalls zwischen mehreren Arten von Erbverträgen, die in Art. 458 CC allesamt verboten werden.

Die Lehre bildet drei verschiedene Kategorien des Erbvertrages:

- Erstens den bestätigenden oder einsetzenden Vertrag (*patto confermativo o istitutivo*), mit dem der Erblasser dem Vertragspartner die Erbschaft zusagt,
- zweitens den verfügenden Vertrag (*patto dispositivo*), mit dem eine Partei einer anderen die Objekte aus der Erbschaft des X veräusert, und
- drittens den Erbverzichtsvertrag (*patto rinunciativo o abdicativo*).⁵⁹

Zu den Akten *mortis causa* zählt die italienische Doktrin allerdings nur den einsetzenden Erbvertrag, nicht aber den Erbverzichtsvertrag und den Vertrag über die Erbschaft eines Dritten.⁶⁰

E. **Ergebnis**

Die bisherigen Darlegungen führen zum Ergebnis, dass *die Begriffsbestimmung für den Erbvertrag in Europa nicht einheitlich vorgenommen wird*. Vielmehr bestehen diesbezüglich erhebliche Unterschiede.

Für die *Schweiz* ist der Erbvertrag ein zwei- oder mehrseitiges Rechtsgeschäft von Todes wegen. Er entfaltet Bindungswirkung in dem Sinne, als sich der Erblasser davon grundsätzlich nicht mehr einseitig lösen kann. Die Bindungswirkung greift allerdings grundsätzlich erst auf den Todesfall, was aus der Qualifikation des Erbvertrages als Verfügung von Todes wegen folgt.

⁵⁷ DÖBEREINER, N. 118; CAE/IRENE/CNUE, S. 292.

⁵⁸ Vgl. dazu II.C.2. hievor.

⁵⁹ Zum Ganzen TORRENTE/SCHLESINGER, S. 1327; TROISI, S. 268 f.; CICERO, S. 432 f.; vgl. auch ECCHER, Handbuch, N. 6/21.

⁶⁰ CICERO, S. 433.

III. Rechtsvergleichende Übersicht über den Erbvertrag in Europa

A. Vorbemerkung

Obwohl bereits im mittelalterlichen Recht die Erbfolge zu Lebzeiten des Erblassers durch Vertrag bindend geordnet wurde, setzte sich das Institut des Erbvertrags in Europa nicht flächendeckend durch.⁶¹ Die entsprechende Rechtslage mit ihren verschiedenen Ausgestaltungen und Beschränkungen für den Erbvertrag ist nachfolgend kurz in einem Überblick darzustellen.

B. Den Erbvertrag zulassende Rechtsordnungen

1. Deutschland

Die Regelung zum *positiven Erbvertrag* findet sich für Deutschland in § 2274 ff. BGB.

Es werden der *ein-* und der *zweiseitige Erbvertrag* unterschieden, wobei beim ersteren nur ein Vertragspartner Erblasser ist und beim letzteren das beide sind. Beim zweiseitigen Erbvertrag kann weiter zwischen dem gegenseitigen (reziproken) und dem gegenseitig abhängigen (korrespondierenden) Erbvertrag differenziert werden.⁶²

Für den Erbvertrag werden *nur bestimmte Vertragsinhalte* zugelassen. Vertragsmässig können nur Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen getroffen werden (§ 2278 Abs. 2 BGB). Alle anderen Verfügungen des Erblassers stellen einseitige Anordnungen dar.⁶³ Als Voraussetzung für die Errichtung eines Erbvertrages wird die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit gefordert (§ 2275 BGB).⁶⁴ Weitere Voraussetzung ist die Einhaltung der bestehenden Formvorschriften, d.h. der Erbvertrag muss in der Form der notariellen Beurkundung unter Anwesenheit beider Parteien abgeschlossen werden (§ 2276 BGB).⁶⁵ Der Erbvertrag ist nicht nur bestimmten Personengruppen vorbehalten, sondern kann zwischen beliebigen Personen eingegangen werden.⁶⁶

⁶¹ Vgl. KIPP/COING, S. 231 f.

⁶² LANGE/KUCHINKE, S. 337.

⁶³ KIPP/COING, S. 233 f.; LANGE/KUCHINKE, S. 474.

⁶⁴ LANGE/KUCHINKE, S. 350. Für den Erbvertrag unter Ehegatten reicht allerdings beschränkte Geschäftsfähigkeit aus (vgl. § 2275 Abs. 2 und 3 BGB).

⁶⁵ LANGE/KUCHINKE, S. 472 f.

⁶⁶ TERSTEEGEN, N. 45; vgl. auch LANGE/KUCHINKE, S. 474.

Der gültige Erbvertrag entfaltet *Bindungswirkung*, wodurch die freie Wideraufsmöglichkeit des Erblassers verloren geht bzw. die Testierfreiheit des Erblassers beschränkt wird; aus dem Erbvertragsschluss entstehen aber keinerlei obligatorische Verpflichtungen gegenüber dem Vertragspartner und dieser erlangt auch nicht etwa ein gegenwärtiges Recht am erblasserischen Vermögen.⁶⁷ Die Vertragsverfügungen sind indessen einseitigen Änderungen entzogen und können nur noch durch einen Aufhebungsvertrag beseitigt werden (§ 2290 Abs. 1 BGB).⁶⁸ Wird eine vertragliche Bindung gewünscht, so bietet sich deshalb der Abschluss eines Erbvertrags an.⁶⁹ Ein Rücktritt vom Erbvertrag zu Lebzeiten des Erblassers ist dann möglich, wenn dieser ausdrücklich vorbehalten wurde, und er erfolgt in diesem Fall durch eine Erklärung gegenüber dem anderen Vertragspartner.⁷⁰ Weiter erlauben die beiden Tatbestände von § 2294 f. BGB einen Rücktritt. Sodann kann der Erblasser den Erbvertrag in Bezug auf Willensmängel aus den gleichen Gründen anfechten, aus denen ein Testament anfechtbar ist.⁷¹ Frühere oder spätere Verfügungen von Todes wegen sind so weit unwirksam, als sie das Recht des vertragsmässig Bedachten beeinträchtigen würden (§ 2289 Abs. 1 BGB). Dies ist immer dann der Fall, wenn die Verfügung das Recht des durch den Erbvertrag Bedachten mindert. Zweck der Norm ist es, das Vertrauen des Vertragspartners zu schützen.⁷²

Deutschland kennt auch den *Erbverzicht*.⁷³ Gemäss § 2346 Abs. 1 BGB können Verwandte sowie der Ehegatte durch Vertrag mit dem Erblasser auf ihr gesetzliches Erbrecht verzichten. Der Erbverzicht kann sich auch auf den Pflichtteil beschränken (§ 2346 Abs. 2 BGB). Als besondere Form des Erbverzichts besteht der in § 2352 BGB normierte Zuwendungsverzicht. Derjenige, der durch ein Testament als Erbe oder als Vermächtnisnehmer eingesetzt ist, kann durch Vertrag mit dem Erblasser auf die Zuwendung verzichten.⁷⁴

Das deutsche Recht enthält – anders als das schweizerische ZGB⁷⁵ – auch eine Regelung des *gemeinschaftlichen Testaments* (§ 2265 ff. BGB). Diesem kommt indessen keine vertragliche Bindungswirkung zu.⁷⁶

⁶⁷ KIPP/COING, S. 239; LANGE/KUCHINKE, S. 478 f.

⁶⁸ CAE/IRENE/CNUE, S. 30.

⁶⁹ TERSTEEGEN, N. 44.

⁷⁰ TERSTEEGEN, N. 46. Vgl. zum Rücktritt auch KIPP/COING, S. 252 ff.; LANGE/KUCHINKE, S. 512 ff.

⁷¹ Näher zur Anfechtung aufgrund von Willensmängeln KIPP/COING, S. 160 ff.

⁷² KIPP/COING, S. 240.

⁷³ Vgl. dazu allgemein TERSTEEGEN, N. 97 ff.; LANGE/KUCHINKE, S. 166 ff.

⁷⁴ TERSTEEGEN, N. 101.

⁷⁵ Vgl. dazu II.C.4. hievor.

2. Österreich

In Österreich besteht ebenfalls die Möglichkeit, verbindliche Absprachen über die Vermögensnachfolge von Todes wegen zu vereinbaren. Diese sind allerdings in verschiedener Hinsicht und teilweise relativ stark eingeschränkt.

Der *positive Erbvertrag* kann nur zwischen *Ehepartnern, eingetragenen Partnern oder Brautleuten* – unter der Suspensivbedingung der Eheschließung – abgeschlossen werden (siehe § 1217 ABGB).⁷⁷ Zudem kann nur über *drei Viertel des Nachlassvermögens* verfügt werden, ein Viertel⁷⁸ muss dem Erblasser zwingend zur freien Verfügung verbleiben (§ 1253 ABGB).⁷⁹ Mit Ausnahme einer sittenwidrigen Schädigung des Vertragspartners steht dem Erblasser sein gesamtes Vermögen zu Lebzeiten zur freien Verfügung. Der durch den Erbvertrag Begünstigte erhält nur, was im Todeszeitpunkt vorhanden ist (vgl. § 1252 ABGB).⁸⁰ Inhaltlich sind Erbeinsetzungen und Zuwendungen von Vermächtnissen möglich, Verfügungen zu Gunsten Dritter stellen demgegenüber immer eine einseitig widerrufliche letztwillige Verfügung dar.⁸¹ Hinsichtlich der Errichtung gilt doppelte Formstrenge: Der Erbvertrag ist nur in der Form eines Notariatsaktes gültig und muss die Form der letztwilligen Verfügungen einhalten (§ 1249 ABGB).⁸² Die Rechte von Pflichtteilsberechtigten bleiben vom Erbvertrag unberührt (§ 1254 ABGB).

Allgemein zugelassen wird in Österreich der *Erbverzichtsvertrag* (§ 551 ABGB). Dieser erfolgt in der Praxis meist gegen eine Abfindung und bietet viele Gestaltungsmöglichkeiten in Bezug auf seinen Umfang.⁸³

Auch in Österreich entfaltet der Erbvertrag *Bindungswirkung*; er kann in der Regel nicht einseitig widerrufen, sondern nur gemeinsam aufgehoben werden. Allerdings erlischt er grundsätzlich mit Scheidung, Aufhebung oder Nichtigkeitsklärung der Ehe. Davon kann abgewichen werden, wenn den überlebenden Ehegatten kein oder nur ein geringes Verschulden an der Auflösung der Ehe trifft.⁸⁴ Wurde der Erbvertrag von einem kinderlosen Paar geschlossen, so wird er zudem bei nachträglicher Geburt bzw. Adoption eines Kindes auto-

⁷⁶ TERSTEEGEN, N. 40 ff. Siehe zur Abgrenzung des gemeinschaftlichen Testaments vom Erbvertrag LANGE/KUCHINKE, S. 421 f.

⁷⁷ HAUNSCHMIDT, N. 70; CAE/IRENE/CNUE, S. 107; ECCHER, N. 5/2.

⁷⁸ Dessen Berechnung ist aufgrund des Wortlauts von § 1253 S. 2 ABGB umstritten; vgl. dazu ECCHER, N. 5/7.

⁷⁹ HAUNSCHMIDT, N. 70; CAE/IRENE/CNUE, S. 107.

⁸⁰ ECCHER, N. 5/6.

⁸¹ ECCHER, N. 5/1.

⁸² ECCHER, N. 5/4.

⁸³ ECCHER, N. 2/24; siehe zum Erbverzichtsvertrag auch HAUNSCHMIDT, N. 78 ff.

⁸⁴ Zum Ganzen HAUNSCHMIDT, N. 73; ECCHER, N. 5/11.

matisch aufgehoben, es sei denn, die Partner haben etwas anderes vereinbart.⁸⁵

3. Tschechien

Mit dem neuen, 2014 in Kraft getretenen Zivilgesetzbuch in Tschechien wurde die Möglichkeit eingeführt, die Erbfolge bindend festzulegen (§ 1582 ff. ZGB). Die *inhaltliche Ausgestaltung* des Erbvertrags bleibt allerdings *beschränkt*. Im *positiven Erbvertrag* kann der Erblasser nur den Vertragspartner oder eine Drittperson zum Erben oder Vermächtnisnehmer einsetzen, alle anderen Verfügungen lassen sich nicht mit bindender Wirkung anordnen.⁸⁶ Zusätzlich müssen *formelle Schranken* beachtet werden.

Eine gegenseitige Erbeinsetzung im Erbvertrag ist in Tschechien grundsätzlich nicht möglich. Eine Ausnahme davon wird für Ehegatten – und wohl auch für eingetragene Partner – gemacht. Diese können sich gemäss §§ 1592 f. ZGB gegenseitig als Erben oder Vermächtnisnehmer einsetzen.⁸⁷

Gleich wie im österreichischen Recht ist auch der Umfang der Bindungswirkung beschränkt, es muss wiederum *ein Viertel* des Nachlasses dem Erblasser zur freien Verfügung bleiben (§ 1585 ZGB).⁸⁸ Der Erblasser kann den Erbvertrag jederzeit durch ein Testament aufheben, es bedarf hierzu jedoch der Zustimmung des Vertragserben in Form einer notariellen Urkunde.⁸⁹

Errichtet der Erblasser nach Abschluss eines Erbvertrags eine andere Verfügung von Todes wegen oder nimmt er eine Schenkung vor mit der Absicht, den Vertragserben zu schädigen, so kann dieser sich auf die relative Unwirksamkeit dieses Testaments oder dieser Verfügung gemäss §§ 589 ff. ZGB berufen.⁹⁰

Ein Erbe kann durch Vertrag mit dem Erblasser auf seinen Erbteil *verzichten* (§ 1484 ZGB). Der negative Erbvertrag umfasst auch den Pflichtteil und hebt zeitlich vorangegangene testamentarische oder vertragliche Zuwendungen an den Verzichtenden auf.⁹¹

⁸⁵ HAUNSCHMIDT, N. 73.

⁸⁶ ROMBACH, N. 111.

⁸⁷ ROMBACH, N. 115.

⁸⁸ ROMBACH, N. 112; CAE/IRENE/CNUE, S. 701.

⁸⁹ ROMBACH, N. 112; CAE/IRENE/CNUE, S. 701.

⁹⁰ ROMBACH, N. 113.

⁹¹ ROMBACH, N. 103.

4. *Katalonien*

In Abweichung vom romanischen Prinzip sind Erbverträge im katalonischen Recht zugelassen. Unter Einhaltung der entsprechenden Formvorschriften können Ehegatten, Lebenspartner und Verwandte⁹² einen *positiven Erbvertrag* abschliessen, wobei auch Begünstigungen zugunsten Dritter, zu denen keine Verwandtschaftsbeziehung besteht, angeordnet werden können.⁹³ Unterschieden wird zwischen Erbeinsetzung einerseits und besonderen Zuwendungen andererseits, welche mit den Vermächtnissen vergleichbar sind.⁹⁴ Der Erbvertrag ist grundsätzlich unwiderruflich und verleiht der begünstigten Person die Stellung eines Erben. Das Institut des Erbvertrages hat in Katalonien eine im Vergleich mit dem Testament eher geringe praktische Bedeutung.⁹⁵ Allerdings wird die aktuelle demographische Situation mit gesteigerter Lebenserwartung und gesunkener Geburtenrate als günstiges Szenario für einen Wiederaufschwung des Erbvertrags als geeignetes Instrument für die Regelung der Erbfolge eingeschätzt.⁹⁶

Ein *negativer Erbvertrag* ist in Katalonien – obwohl früher umfassend möglich⁹⁷ – seit der Gesetzesrevision grundsätzlich nichtig (Art. 451-26 Abs. 1 CC). Gleichzeitig werden verschiedene Ausnahmen statuiert, wann ein Erbverzicht ausnahmsweise gültig ist.⁹⁸ Diese Ausnahmen beschränken sich auf Verträge innerhalb der Familie und die Möglichkeit, dass der Berechtigte durch eine anrechnungsfähige Schenkung des Erblassers für den Erbverzicht entschädigt wird (Art. 451-26 Abs. 2 CC).

5. *Ungarn*

Auch das ungarische Zivilrecht kennt den Erbvertrag. Der *positive Erbvertrag* gemäss Art 7:48 Abs. 1 ZGB ist ein Vertrag, in welchem die Gegenpartei bezogen auf das erblasserische Vermögen, einen Teil davon oder auf bestimmte Vermögensgegenstände als Erbe eingesetzt wird und im Gegenzug dem Erblasser bzw. einem Dritten Unterhalt schuldet oder eine Leibrente bzw. Fürsorge erbringt. Es handelt sich im Grundsatz um ein entgeltliches Testament, weshalb sämtliche Anforderungen zu erfüllen sind, die auch für

⁹² Zu den möglichen personellen Konstellationen ALASCIO CARRASCO, S. 54 ff.

⁹³ LAMARCA I MARQUÈS, N. 53; ALASCIO CARRASCO, S. 67 f.

⁹⁴ LAMARCA I MARQUÈS, N. 53.

⁹⁵ LAMARCA I MARQUÈS, N. 52, Fn. 14.

⁹⁶ ALASCIO CARRASCO, S. 247.

⁹⁷ Vgl. ALASCIO CARRASCO, S. 103 f.

⁹⁸ ALASCIO CARRASCO, S. 104 f.; LAMARCA I MARQUÈS, N. 65.

ein solches vorgeschrieben werden.⁹⁹ Obwohl der Erblasser jede testamentarische Verfügung in den Erbvertrag aufnehmen kann, bleibt dessen Wirksamkeit durch verschiedene Schranken limitiert.¹⁰⁰ Liegt jedoch ein gültiger Erbvertrag vor und haben es die Parteien nicht anders vereinbart, so ist es dem Erblasser untersagt, unter Lebenden oder von Todes wegen über die entsprechenden Vermögenswerte zu verfügen.¹⁰¹

Der *Erbverzicht* wird zwischen dem Erblasser und seinen gesetzlichen Erben geschlossen. Möglich sind sowohl ein voller als auch ein teilweiser Verzicht.¹⁰² Mangels abweichender Vereinbarung bezieht sich der Verzicht auch auf den Pflichtteil.¹⁰³ Damit der Verzicht sich ebenfalls auf die Nachkommen erstreckt, muss entweder das Entgelt den Pflichtteil erreichen oder eine entsprechende Vereinbarung vorliegen.¹⁰⁴ Der Erbverzicht muss schriftlich abgeschlossen werden, weitere Formerfordernisse bestehen jedoch nicht.¹⁰⁵

Verträge über eine erwartete Erbschaft zwischen Nachkommen des Erblassers sind in Ungarn möglich. Der Vertragsinhalt kann frei gestaltet werden, als einziges Formerfordernis für den Vertrag besteht die Schriftlichkeit.¹⁰⁶

6. *Bosnien und Herzegowina*

In Bosnien und Herzegowina sind sowohl der Erbvertrag im engeren Sinne als auch Verträge über einen zukünftigen Nachlass bzw. ein Vermächtnis oder solche über den Inhalt eines Testaments gesetzlich geregelt.¹⁰⁷

Der *positive Erbvertrag* ist zugelassen. Er bedarf als höchstpersönliches und streng formales Rechtsgeschäft der Form der notariellen Beurkundung.¹⁰⁸ Erbverträge sind (zukünftigen) Ehegatten und nichtehelichen Lebenspartnern vorbehalten¹⁰⁹ und grundsätzlich nicht mehr einseitig widerrufbar.¹¹⁰ Verfügungen über einen noch nicht eröffneten Nachlass sind jedoch prinzipiell unwirksam. Ausnahme davon bildet die Möglichkeit des *Erbverzichts*, wel-

⁹⁹ TÓTH, N. 162.

¹⁰⁰ Vgl. TÓTH, N. 163.

¹⁰¹ CAE/IRENE/CNUE, S. 416.

¹⁰² TÓTH, N. 165.

¹⁰³ CAE/IRENE/CNUE, S. 417.

¹⁰⁴ TÓTH, N. 166; CAE/IRENE/CNUE, S. 416.

¹⁰⁵ TÓTH, N. 167.

¹⁰⁶ Dazu TÓTH, N. 170 ff.

¹⁰⁷ POVLAKIĆ/SOFTIĆ KADENIĆ, N. 56.

¹⁰⁸ POVLAKIĆ/SOFTIĆ KADENIĆ, N. 58.

¹⁰⁹ POVLAKIĆ/SOFTIĆ KADENIĆ, N. 58.

¹¹⁰ Dazu und zu den Ausnahmen POVLAKIĆ/SOFTIĆ KADENIĆ, N. 60.

cher zwischen Abkömmlingen und Vorfahren als entgeltlicher oder unentgeltlicher Vertrag geschlossen werden kann.¹¹¹

7. *Lettland*

Art. 639 ff. ZGB gestattet es dem Erblasser, seine Erbfolge durch *positiven Erbvertrag* festzulegen. Der Erbvertrag bedarf der notariellen Beurkundung und entfaltet bezüglich Grundstücken nach Eintragung im Grundbuch gar Wirkung gegenüber Dritten (Art. 643 ZGB). Begründet wird nicht nur eine persönliche Verbindlichkeit, sondern das Erbrecht.¹¹² Der Erbvertrag begründet zu Lebzeiten des Erblassers bloss eine Anwartschaft, allerdings kann der Vertragspartner Veräusserungen des Erblassers, die ihn benachteiligen sollen, anfechten oder die Bestellung eines Kuratels über den Erblasser verlangen.¹¹³

8. *Estland*

In Estland können sowohl *positive* als auch *negative Erbverträge* abgeschlossen werden (§§ 95 ff. ErbG). Um Gültigkeit zu erlangen, müssen Erbverträge notariell beurkundet werden.¹¹⁴ Nicht möglich sind Vereinbarungen, welche den Erblasser zu Lebzeiten im Besitz, in der Nutzung oder der freien Verfügung über sein Vermögen einschränken.¹¹⁵

Verzichtet ein gesetzlicher Erbe durch einen negativen Erbvertrag auf seinen Erbteil, so gilt der Verzicht auch für seinen Pflichtteil und erstreckt sich bei Vorversterben des Verzichtenden auf dessen Nachkommen.¹¹⁶

Einseitig kann der Erblasser nur unter bestimmten Voraussetzungen vom Erbvertrag zurücktreten. Immer möglich bleibt demgegenüber eine einvernehmliche gemeinsame Aufhebung oder Änderung des Erbvertrages durch die Vertragsparteien.¹¹⁷

¹¹¹ POVLAKIĆ/SOFTIĆ KADENIĆ, N. 61.

¹¹² KLAUBERG/BALODE-BURAKA, N. 43; vgl. auch CAU/IRENE/CNUE, S. 500 f.

¹¹³ KLAUBERG/BALODE-BURAKA, N. 44.

¹¹⁴ BERGMANN/SAABER, N. 41.

¹¹⁵ BERGMANN/SAABER, N. 41.

¹¹⁶ BERGMANN/SAABER, N. 41.

¹¹⁷ BERGMANN/ANNE, N. 42.

9. *Türkei*

Das türkische materielle Zivilrecht entspricht weitgehend dem schweizerischen ZGB. Dieses ist nach der Gründung der Republik Türkei im Jahre 1923 rezipiert und fast unverändert in Kraft gesetzt worden.¹¹⁸ Erbverträge sind somit entsprechend der schweizerischen Rechtsordnung weitgehend zulässig.¹¹⁹

10. *Schweiz*

Für die Regelung in der Schweiz kann verwiesen werden.¹²⁰

C. Den Erbvertrag grundsätzlich nicht zulassende oder nicht kennende Rechtsordnungen

Grundsätzlich verboten ist der Erbvertrag in Frankreich¹²¹ und Italien¹²² sowie weiter in Spanien (Art. 1277 CC)¹²³, Portugal (Art. 2028 i.V.m. 946 CC)¹²⁴, Belgien (Art. 943, 1130 Abs. 2 bzw. Art. 968 i.V.m. Art. 895, 1001, 1097 CC)¹²⁵, Malta¹²⁶, Kroatien¹²⁷, Griechenland (Art. 368 CC)¹²⁸ und Luxemburg (Art. 1130 CC)¹²⁹. Verbote für den positiven Erbvertrag finden sich auch in Schweden¹³⁰, Island¹³¹ und Polen¹³². In Finnland¹³³ und Litauen¹³⁴ ist der Erbvertrag nicht bekannt, hingegen ist ein gemeinsames Testament möglich, welches aber keine erbrechtliche Bindung herbeiführt. In England ist der Erbvertrag ebenfalls unbekannt, hingegen wird die Zusammenfassung mehrerer Testamente im selben Dokument (joint will) zugelassen, was jedoch die jederzei-

¹¹⁸ KILIÇ, N. 15 m.w.H.

¹¹⁹ Vgl. dazu KILIÇ, N. 78 ff.

¹²⁰ II.C. hievor.

¹²¹ Zu Frankreich näher II.D.2. hievor und III.E.2. hienach.

¹²² Zu Italien schon II.D.3. hievor.

¹²³ Vgl. STEINMETZ/HUZEL/GARCÍA, N. 114 f.

¹²⁴ Siehe HUZEL/WOLLMANN, N. 69.

¹²⁵ Vgl. HUSTEDT, N. 50; CAE/IRENE/CNUE, S. 131.

¹²⁶ SÜB, Malta, N. 9; CAE/IRENE/CNUE, S. 541.

¹²⁷ SÜB, Kroatien, N. 36; CAE/IRENE/CNUE, S. 199.

¹²⁸ Vgl. STAMATIADIS/TsANTINIS, N. 48; CAE/IRENE/CNUE, S. 385.

¹²⁹ Siehe FRANK, N. 120 ff.

¹³⁰ Vgl. dazu JOHANSSON, N. 99 ff.

¹³¹ PAINTNER, N. 26; CAE/IRENE/CNUE, S. 433.

¹³² ŁAKOMY, N. 58.

¹³³ VON KNORRE/MINCKE, N. 67; CAE/IRENE/CNUE, S. 265.

¹³⁴ HEEMANN, N.54; CAE/IRENE/CNUE, S. 509.

tige Widerrufbarkeit nicht verhindert.¹³⁵ Eine Bindungswirkung kann sich aus einer gemeinsamen Vereinbarung ergeben, die Testamente nicht zu widerrufen.¹³⁶ Auch in Irland bestehen nur die Möglichkeiten von gemeinschaftlichen (joint will) bzw. gegenseitigen (mutual will) Testamenten.¹³⁷

D. Ersatzlösungen und Alternativen zum Erbvertrag

In Rechtsordnungen, die den Erbvertrag nicht zulassen oder nicht kennen, entsteht häufig dennoch das Bedürfnis nach vertraglicher Ordnung der Erbfolge. Das Verbot des Erbvertrages erweist sich insofern als Hindernis. In verschiedenen Rechtsordnungen werden deshalb Ersatzlösungen oder Alternativen gesucht und teilweise auch zugelassen.

Eine solche Möglichkeit stellt der *Testiervertrag* dar. Durch diesen verpflichtet sich der Erblasser, nicht anderweitig zu testieren. Diese Lösung ist in Dänemark, Norwegen, England und weiteren Ländern des angloamerikanischen Rechtsraums bekannt.¹³⁸

Eine andere Art der Ersatzlösung bildet die *Vermögenszuwendung auf den Todesfall in Eheverträgen*. Solches ist beispielsweise in Belgien, Frankreich, Luxemburg, der Niederlande und Portugal möglich. Weiter existiert gegebenenfalls die Alternative der *Schenkung von Todes wegen*.

In Italien statuiert Art. 458 CC ein umfassendes Verbot der Erbverträge, das positive und negative Erbverträge sowie auch Verträge über eine künftige Erbschaft erfasst.¹³⁹ Dieses Verbot stand insbesondere der verbindlichen Regelung der Unternehmensnachfolge im Weg.¹⁴⁰ Deshalb wurde im Jahr 2006 der *patto di famiglia* eingeführt. Dabei handelt es sich um ein als Vertrag unter Lebenden ausgestaltetes Institut, welches vom Gesetzgeber ausdrücklich dazu geschaffen wurde, die Unternehmensnachfolge zu erleichtern. Der *patto di famiglia* stellt einen Vertrag zwischen dem Unternehmer bzw. dem Inhaber einer Beteiligung an einer Gesellschaft und mindestens einem seiner Nachkommen dar, welcher die ganze oder teilweise Übertra-

¹³⁵ ODESKY, N. 83; vgl. auch CAE/IRENE/CNUE, S. 363 f.

¹³⁶ ODESKY, N. 85.

¹³⁷ WORTHMANN, N. 48 f.; allerdings ist ein Erbverzicht möglich, vgl. CAE/IRENE/CNUE, S. 428.

¹³⁸ Dazu und zum Ganzen SÜß, Verfügungen, N. 26.

¹³⁹ CUBEDDU WIEDEMANN/WIEDEMANN, N. 159 ff.; ECCHER, Handbuch, N. 6/21. Siehe zu Italien auch II.D.3. hievor.

¹⁴⁰ Vgl. dazu WOLF, Europäische Kommission, S. 944.

gung des Unternehmens oder der Anteile einer Gesellschaft zum Inhalt hat (Art. 768-bis CC).¹⁴¹

E. Tendenzen zur Lockerung des historischen Verbots des Erbvertrages

1. Vorbemerkung

In verschiedenen Rechtsordnungen, die ein Verbot des Erbvertrages kennen, zeigt sich – gerade in jüngerer und jüngster Zeit – eine Tendenz zur Lockerung.

2. Frankreich

Als Beispiel kann Frankreich herangezogen werden. Hier besteht an sich ein historisch umfassendes Verbot der sogenannten *pactes sur succession future*.¹⁴²

Entstanden ist das Verbot mit dem Code Civil im Jahr 1804 und damit im Nachgang zur französischen Revolution. In der Zeit davor wurden Erbverträge vor allem vom Adel genutzt, um seine Privilegien zu behalten. Entsprechend kritisch bzw. ablehnend war die Reaktion darauf.¹⁴³

Es wurden vom Erbvertragsverbot nur drei Ausnahmen für Ehegatten oder Nachkommen statuiert, nämlich¹⁴⁴

- die *institution contractuelle* (Art. 1081 ff. CC). Es handelt sich um eine grundsätzlich unwiderrufliche Vereinbarung zugunsten von (künftigen) Ehegatten und gemeinsamen Kindern;¹⁴⁵
- die *donation-partage* (Art. 1075 CC), eine lebzeitige Abtretung des Ascendenten an seine Nachkommen mit Zuteilung der Güter; und
- die *substitutions fidéicommissaires* (Art. 896 und 1048 CC), also Nachverfügungen.

In der Folge wurden einige weitere Ausnahmen vom Erbvertragsverbot eingefügt, und zwar¹⁴⁶

¹⁴¹ Zu alledem WOLF, Europäische Kommission, S. 945 f. Zum patto di famiglia siehe auch CUBEDDU WIEDEMANN/WIEDEMANN, N. 163 ff.; ECCHER, Handbuch, N. 6/22.

¹⁴² Siehe dazu bereits II.D.2.

¹⁴³ Vgl. dazu ROSSEL, Bulletin S. 1905, 1383; ROSSEL/MENTHA, S. 61 f.; STEINAUER, Ier, S. 753 ff., 756.

¹⁴⁴ Zum Folgenden insgesamt LEROYER, N. 302.

¹⁴⁵ Dazu DÖBEREINER, N. 120 ff.

¹⁴⁶ Zum Folgenden LEROYER, N. 302. Ausführlich FAVIER, S. 33 ff.

- 1965 die *clause commerciale* (Art. 1390 CC) als eine Vereinbarung unter Ehegatten, bestimmte persönliche Gegenstände des Verstorbenen zu übernehmen,
- 1971 die *conventions sur le rapport et la réduction*, mithin Abreden über Ausgleichung und Herabsetzung, sowie
- 1975 die *renonciation aux droits successoraux dans une convention de séparation de corps* (Art. 301 CC), mithin die Möglichkeit, dass Ehegatten bei Gütertrennung einen Erbverzicht des überlebenden Ehegatten verabreden können.

Im Jahre 2001 wurde das Verbot des Verkaufs einer zukünftigen Erbschaft aufgehoben (Art. 1600 CC). Zudem wurde der Fokus vom Verbot der *pactes sur succession future* auf die ausnahmsweise Gültigkeit solcher gelegt.¹⁴⁷ Auf 2007 traten noch weiterreichende Ausnahmen in Kraft. So wurde der Bereich der *donation-partage* und der *substitutions* erweitert. Weiter wurde insbesondere die Möglichkeit eines vorzeitigen Verzichts auf die Herabsetzungsklage (*renonciation anticipée à l'action en réduction*) geschaffen.¹⁴⁸

Offenkundig ist allerdings – so ANNE-MARIE LEROYER –, dass diese «Familienerträge» nicht immer im Interesse eines Familienmitgliedes geschlossen werden. Vielmehr dringt hinter einem zugelassenen Verzicht oder einer unentgeltlichen Zuwendung ein ökonomisches Interesse durch. Insofern zerbrechen solche Erbverträge die familiäre Logik des Erbrechts, um einem vermehrt ökonomischen Denken Platz zu machen.¹⁴⁹

Insgesamt kann infolge all dieser Lockerungen heute nicht mehr von einem generellen Verbot des Erbvertrages in Frankreich gesprochen werden.^{150, 151}

3. *Belgien*

In Belgien ist das Verbot des Erbvertrages nach parlamentarischen Diskussionen jüngstens gelockert worden.¹⁵²

¹⁴⁷ LEROYER, N. 302.

¹⁴⁸ LEROYER, N. 302.

¹⁴⁹ LEROYER, N. 303.

¹⁵⁰ Vgl. LEROYER, N. 302; siehe auch FAVIER, S. 35 ff.

¹⁵¹ Demgegenüber gibt die italienische Ordnung in Bezug auf den Erbvertrag weiterhin das französische Recht wieder, wie dieses vor den eben dargestellten Reformen bestanden hat; siehe FUSARO, *sguardo*, p. 406.

¹⁵² Fédération Royale du Notariat belge: La réforme successorale: une plus grande liberté pour organiser votre succession, communiqué de presse vom 1. September 2017, abrufbar auf <https://www.notaire.be/download/%252Fnews%252F59a91f16003ad.pdf> (zuletzt besucht am 28. August 2018); <https://www2.deloitte.com/be/en/pages/accountancy/articles/accountancy-actualites/pacte-successoral.html> (zuletzt besucht am 28. August 2018).

IV. Gründe für das Verbot des Erbvertrags im romanischen Rechtskreis¹⁵³

Den römischen Juristen der Antike erschienen die Bindung auf den Tod hin und damit die Beschränkung der Testierfreiheit als unzulässig. Sie betonten, dass *die letzten Willensverfügungen während des ganzen Lebens abänderlich und mithin widerruflich bleiben müssen*.¹⁵⁴ Deshalb wurden Erbverträge nicht zugelassen.

Weiter wird gegen den Erbvertrag der *Schutz vor unbedachten und leichtsinnigen Entscheidungen* künftiger Erben und die Missbilligung der *Spekulation* mit dem baldigen Ableben des Erblassers angeführt.¹⁵⁵

Zusätzlich erweisen sich nach romanischem Rechtsempfinden Verträge, welche einer Person beim Tode einer anderen Vorteile bringen (sog. *votum captae mortis* oder *votum corvinum*), als unmoralisch.¹⁵⁶

V. Entwicklung des Erbvertrags im schweizerischen Zivilrecht¹⁵⁷

A. Kantonale Regelungen

Vor dem Inkrafttreten des schweizerischen Zivilgesetzbuches lag die Kompetenz zum Erlass von zivilrechtlichen Regelungen bei den Kantonen. Obwohl die kantonalen Ordnungen im Bereich des Erbrechts im Einzelnen sehr vielfältig waren, lässt sich doch grob zwischen den deutsch- und den französischsprachigen Kantonen unterscheiden. Letztere schlossen sich dem französischen Code Civil an und statuierten dementsprechend Verbote des Erbvertrages,¹⁵⁸ wohingegen das Institut des Erbvertrags im deutschsprachigen Raum in unterschiedlichem Ausmass verbreitet war.¹⁵⁹

¹⁵³ Zum Folgenden insgesamt auch schon WOLF, Europäische Kommission, S. 948 ff.

¹⁵⁴ KIPP/COING, S. 231 ff.; WOLF, Europäische Kommission, S. 948, m.w.H.

¹⁵⁵ ECCHER, Handbuch, N. 6/21.

¹⁵⁶ Vgl. DÖBEREINER, N. 119.

¹⁵⁷ Zum Folgenden insgesamt auch bereits WOLF, Europäische Kommission, S. 950 ff.

¹⁵⁸ ROSSEL/MENTHA, S. 61; ROSSEL, Bulletin S. 1905, 1383.

¹⁵⁹ Vgl. für eine zusammenfassende Darstellung zu den einzelnen Kantonen WOLF, Europäische Kommission, S. 950 f.; siehe auch WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 7; sodann WOLF, contratto successorio, p. 267.

B. Entstehungsgeschichte des ZGB

1. Vorentwurf des ZGB

Weil der Erbvertrag in verschiedenen Schweizer Kantonen konsequent abgelehnt wurde, war auch dessen Aufnahme in das neue ZGB umstritten. Der *Vorentwurf* zum ZGB von EUGEN HUBER aus dem Jahr 1900 enthielt – in Übereinstimmung mit den Postulaten der Vernehmlassungen des Bundesgerichts sowie der Kantone Thurgau und Schaffhausen – eine Regelung sowohl des positiven Erbvertrages als auch des Erbverzichtsvertrages (Art. 516 f. Vorentwurf ZGB).¹⁶⁰ Für den Gesetzesredaktor entscheidend waren namentlich zwei Überlegungen:

«Einmal nämlich gehen wir von der Überlegung aus, dass das Institut für die Verhältnisse, in denen es fast ausschliesslich zur Anwendung kommt, nämlich unter Ehegatten, sowie zwischen Eltern und Kindern oder unter Geschwistern, betreffs Teilung von Gewerben u.a., einem Bedürfnis entgegenkommt, das auf andere Weise, so sehr es auch wirtschaftlich Berücksichtigung erheischt, nicht befriedigt werden könnte. Sodann aber geben wir auch hier bei dem Gedanken an das einheitliche Recht der grösseren Freiheit den Vorzug vor der Beschränkung. Die Gegenden, die den Erbvertrag bis jetzt, sei es aus doktrinellen Gründen, sei es aus Furcht vor Missbrauch im praktischen Leben, abgelehnt haben, können auch in dieser Hinsicht darauf verwiesen werden, dass die Erfahrungen, die in andern Gegenden mit dem Erbvertrag gemacht worden sind, ihre Bedenken durchaus nicht rechtfertigen.»¹⁶¹

Zusätzlich vertraute HUBER auf die gesunden Überlieferungen und die guten Sitten.¹⁶²

2. Expertenkommission und Entwurf von 1904

Die Einführung des Erbvertrags wurde in der *Expertenkommission* sehr kontrovers diskutiert. Während verschiedene Stimmen dem Institut ablehnend gegenüberstanden, empfanden es andere als ein Bedürfnis, welches sich be-

¹⁶⁰ Vgl. dazu HUBER, Erläuterungen, S. 343. Siehe weiter auch WOLF, Europäische Kommission, S. 951.

¹⁶¹ HUBER, Erläuterungen, S. 343 f. Für eine italienische Übersetzung siehe WOLF, contratto successorio, p. 268.

¹⁶² HUBER, Erläuterungen, S. 344.

währt habe.¹⁶³ HUBER betonte, der Erbvertrag sei unentbehrlich und entspreche einem liberalen Standpunkt.¹⁶⁴ Die Fassung des Vorentwurfs wurde sodann knapp mit 15 zu 14 Stimmen angenommen, was den Weg für die umfassende Aufnahme des Erbvertrags ins ZGB ebnete.¹⁶⁵

Die Regelungen über den Erbvertrag im *Entwurf* des ZGB von 1904 wichen nur minim vom Wortlaut des Vorentwurfs ab.¹⁶⁶ Die *Botschaft* des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf des Schweizerischen Zivilgesetzbuches führte mehrere Gründe für die Zulassung des Erbvertrags an. Insgesamt wurde dem Institut ein erhebliches Bedürfnis zugesprochen.¹⁶⁷

3. *Beratung in den Eidgenössischen Räten*

Während den Beratungen des ZGB im Nationalrat haben sich EUGEN HUBER und VIRGILE ROSSEL entschieden für die umfassende Zulassung des Erbvertrages eingesetzt.¹⁶⁸ HUBER stellte fest, dass eine nähere Prüfung sofort zum Ergebnis geführt hatte, dass das Institut unentbehrlich sei.¹⁶⁹ Es sei notwendig, um gewisse Verhältnisse mit dem Ehegatten oder den Kindern sowie Erbverzicht oder Erbaufkauf noch zu Lebzeiten des Erblassers zu regeln. Zudem betonte er, dass auch im französischsprachigen Teil der Schweiz entsprechende Abreden existierten, woraus ein Bedürfnis für bindende Erbverträge abgeleitet werden könne.¹⁷⁰ In ähnlicher Weise äusserte sich VIRGILE ROSSEL als französischsprachiger Berichterstatter der Kommission im Nationalrat. Er betonte zunächst, dass die Anerkennung des Instituts des Erbvertrages für die Kantone der Suisse romande eine grosse Neuerung darstelle. Sodann setzte sich ROSSEL detailliert und kritisch mit der Ablehnung des Erbvertrags im französischen Code Civil auseinander, welche die kantonalen Gesetzgebungen in der Westschweiz geprägt hatte. Dabei unterstrich er mit Verweis auf die den Erbvertrag zulassenden kantonalen Rechte und das deutsche BGB, dass die dem Erbvertrag gegenüber erhobenen Vorwürfe der Immoralität keineswegs zutreffend seien.¹⁷¹ Weiters befasste sich ROSSEL mit dem Argument, dass der Erblasser durch Abschluss eines Erbvertrags auf seine Testierfreiheit verzichten würde. Er erachtete dies als zweifelhaft und

¹⁶³ Vgl. WOLF, Europäische Kommission, S. 952 f.

¹⁶⁴ Protokoll Expertenkommission, S. 583.

¹⁶⁵ Protokoll Expertenkommission, S. 584.

¹⁶⁶ WOLF, Europäische Kommission, S. 954.

¹⁶⁷ Botschaft ZGB, S. 51 f.

¹⁶⁸ Dazu und zum Folgenden auch schon WOLF, Europäische Kommission, S. 955.

¹⁶⁹ HUBER, Bulletin S. 1905, 1354.

¹⁷⁰ HUBER, Bulletin S. 1905, 1354.

¹⁷¹ ROSSEL, Bulletin S. 1905, 1383.

wies stattdessen darauf hin, dass der Erblasser durch Abschluss des Erbvertrages seine Verfügungsfreiheit gerade ausübe. Im Ergebnis beurteilte er den Erbvertrag als nützliches und notwendiges Instrument, für welches sich der Bundesgesetzgeber auch im Sinne einer freiheitlich auszugestaltenden Rechtsordnung einsetzen solle.^{172, 173}

VI. Schluss

In den Rechtsordnungen der europäischen Länder hat der Erbvertrag eine im Einzelnen sehr unterschiedliche und teilweise – nämlich insofern er nach einigen Ordnungen zugelassen und nach anderen verboten wird – gar gegensätzliche Regelung erfahren. Entsprechend der Vielfalt seiner Regelungen besteht für das Institut auch keine einheitliche und allseits gefestigte Begrifflichkeit.

Rechtsvergleichend ergibt sich, dass *keine Rechtsordnung in Europa den Erbvertrag hinsichtlich der Parteien und der Inhalte in derart weitgehender Weise zulässt wie das schweizerische ZGB*.¹⁷⁴ Das BGB enthält demgegenüber eine Begrenzung der erbvertraglich zugelassenen Inhalte auf Erbeinsetzung, Vermächtnis, und Auflage. Das ABGB seinerseits lässt Erbverträge personell nur zwischen Ehegatten, Verlobten und eingetragenen Partnern zu und kennt eine Begrenzung der erbvertraglichen Verfügung auf drei Viertel der Erbschaft.

¹⁷² ROSSEL, Bulletin S. 1905, 1383.

¹⁷³ Siehe zu den Haltungen von Eugen Huber und Virgile Rossel zum Erbvertrag auch WOLF, *contratto successorio*, S. 267 ff.

¹⁷⁴ So schon WOLF, Europäische Kommission, S. 958 und 945 ff. Weiter WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 8; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 853.