



U. Kunz

**Wirtschaftsrecht
in Theorie und Praxis**
Festschrift
für Roland von Büren

Herausgegeben von

Peter V. Kunz
Dorothea Herren
Thomas Cottier
René Matteotti

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. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

© 2009 Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel

ISBN 978-3-7190-2817-6
www.helbing.ch

Die Europäische Kommission auf den Spuren von Eugen Huber und Virgile Rossel – Betrachtungen zum Erbvertrag, insbesondere als Instrument der Unternehmensnachfolge

STEPHAN WOLF*

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	943
B. Rechtsvergleichende Übersicht	945
C. Gründe für das Verbot des Erbvertrages im romanischen Rechtskreis	948
D. Entwicklung des Erbvertrages in der Schweiz	950
I. Übersicht über die Regelung in den kantonalen Rechten.	950
II. Entstehungsgeschichte des ZGB	951
1. Vorbemerkung	951
2. Vorentwurf von 1900 und Erläuterungen von EUGEN HUBER	951
3. Beratungen in der Expertenkommission	952
4. Entwurf von 1904 und Botschaft	954
5. Die Positionen von EUGEN HUBER und VIRGILE ROSSEL anlässlich der Behandlung in den Eidgenössischen Räten	955
E. Zum Erbvertrag gemäss ZGB	957
I. Allgemeines	957
II. Insbesondere Gestaltung der Unternehmensnachfolge	959
F. Schluss	960

* Der vorliegende Aufsatz ist im Anschluss an den vom Verfasser am 11. Juli 2008 an der Juristischen Fakultät der Universität Cagliari gehaltenen Vortrag «Il contratto successorio secondo il codice civile svizzero» entstanden. Für die wertvollen Diskussionen und Anregungen danke ich Herrn Rechtsanwalt Gianluigi Sardu, Cagliari, und Frau Fürsprecherin Barbara Ballmer, Assistentin am Zivilistischen Seminar der Universität Bern, herzlich.

A. Einleitung

Die Frage, wie ein Unternehmer seinen Betrieb in Übereinstimmung mit den Regelungen des Erbrechts an die nachfolgende Generation übertragen und damit die Existenz seines Unternehmens im Kreise der Familie über seinen Tod hinaus sichern kann, ist immer wieder aktuell. Die Thematik betrifft naturgemäss nicht in erster Linie grosse oder gar börsenkapitalisierte Gesellschaften, sondern vor allem kleine und mittlere Unternehmen (KMU).

Unternehmensübertragungen an die nachfolgende Generation werden in Europa in den kommenden Jahren noch erheblich zunehmen. Im Jahre 2006 hat die Europäische Kommission in ihrer Mitteilung «Übertragung von Unternehmen» festgehalten, dass bis 2016 ein Drittel aller Unternehmer in der Europäischen Union in den Ruhestand treten wird. Davon betroffen seien nach Schätzungen 690 000 kleine und mittlere Unternehmen sowie 2,8 Millionen Arbeitsplätze pro Jahr¹. Die Europäische Kommission sah sich deshalb veranlasst, den Mitgliedstaaten mehrere Verbesserungsmassnahmen für die Übertragung von Unternehmen vorzuschlagen. Dazu gehören unter anderem Forderungen nach mehr politischer Aufmerksamkeit, nach Sensibilisierung aller Beteiligten, nach Verbesserung bei der Finanzierung und nach steuerlicher Begünstigung der Unternehmensübertragungen. Im Hinblick auf die hier anzustellenden Betrachtungen ist der folgende, unter dem Titel «Leichtere Änderung der Rechtsform eines Unternehmens» von der Europäischen Kommission gemachte Vorschlag von Interesse: «Als juristische Hilfsmittel, mit denen sich die Schliessung einer Firma vermeiden lässt, sind Erbverträge, Gesellschaftsverträge, die Gründung einer GmbH oder auch die Umwandlung zu nennen. Ein Erbvertrag, der in relativ vielen Ländern sogar verboten ist, ein Gesellschaftsvertrag oder auch die Gründung einer GmbH ermöglichen es, im Fall des Todes des Inhabers oder eines Gesellschafters die Kontinuität des Unternehmens sicherzustellen.»² Bereits in den Jahren 1994³ und 1998⁴ hatte die Europäische Kommission entsprechenden Handlungsbedarf zugunsten einer erleichterten erbrechtlichen Übertragung von kleinen und mittleren Unternehmen erkannt. Ganz allgemein unterstreicht die Kommission, dass eine erfolgreiche Unternehmensübertragung sich positiv auf das Wachstum in Europa auswirkt⁵.

1 Europäische Kommission, Übertragung von Unternehmen, 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. – Nicht im Amtsblatt veröffentlicht] (zit. Europäische Kommission, Übertragung von Unternehmen). Das Dokument ist abrufbar unter <<http://europa.eu/scadplus/leg/de/lvb/l10111.htm>> (besucht am 6. Oktober 2008).

2 Europäische Kommission, Übertragung von Unternehmen (FN 1).

3 Empfehlung der Kommission zur Übertragung von kleinen und mittleren Unternehmen vom 7. Dezember 1994, Abl EG Nr. L 385 vom 31.12.1994.

4 Mitteilung der Kommission zur Übertragung kleiner und mittlerer Unternehmen (Nr. 98/C 93/02), Abl EG Nr. C 93/2 vom 28. März 1998.

5 Europäische Kommission, Übertragung von Unternehmen (FN 1).

Unter den von der Europäischen Kommission erwähnten rechtlichen Instituten zur Vermeidung der Schliessung einer Firma kommt dem *Erbvertrag* zweifellos eine ganz besondere Stellung zu. Er ist – im Unterschied zu allen anderen vorgeschlagenen Hilfsmitteln – eine Verfügung von Todes wegen, mithin ein Institut, durch welches sich der Nachlass des Unternehmer-Erblassers regeln lässt. Weiter ist der Erbvertrag – im Gegensatz zur letztwilligen Verfügung (Testament) – mit bindender Wirkung versehen, er ermöglicht mithin eine vertragliche Regelung der Nachfolge in ein KMU unter Einbezug aller Beteiligten.

In zahlreichen Privatrechtsordnungen Europas ist nun allerdings – wie die Europäische Kommission richtigerweise festhält – der *Erbvertrag* grundsätzlich nicht zugelassen. Das führt in den entsprechenden Ländern zu Schwierigkeiten hinsichtlich der Unternehmensnachfolge. Beispielhaft dafür erwähnt sei *Italien*, wo der Gesetzgeber nach bereits jahrelanger Diskussion «in einem plötzlich beschleunigten Gesetzgebungsverfahren den von der Europäischen Kommission erhobenen Forderungen nach einer erleichterten erbweisen Übertragung kleiner und mittlerer Unternehmen Rechnung getragen» und die Novelle über den «patto di famiglia» erlassen hat⁶. Die entsprechenden Bestimmungen von Art. 768-bis–Art. 768-octies CCit sind am 16. März 2006 in Kraft getreten. Das in Italien neu geschaffene Institut des «patto di famiglia» erweist sich allerdings in verschiedener Hinsicht als problematisch⁷ und dürfte deshalb die von ihm erhoffte Wirkung nicht erzielen.

Der vorliegende, meinem Berner Fakultätskollegen Roland von Büren gewidmete Beitrag befasst sich mit dem Erbvertrag als zentralem Planungs- und Gestaltungsinstrument für die erbrechtliche Nachfolge namentlich bei kleinen und mittleren Unternehmen. Er schlägt damit – als Zeichen der persönlichen und fachlichen Verbundenheit zum Jubilar – eine Brücke zwischen Wirtschaftsrecht und Privatrecht.

Nachfolgend wird vorerst in einer *rechtsvergleichenden Übersicht* die Regelung des Erbvertrages in Europa dargestellt⁸ und alsdann auf die *Gründe für das Verbot des Instituts im romanischen Rechtskreis* eingegangen⁹. Es folgen Ausführungen über die *Entwicklung des Erbvertrages in der Schweiz*¹⁰, dies unter Beizug von Quellen zur Entstehungsgeschichte des ZGB. Anschliessend sind die nunmehrige *Regelung im ZGB*, insbesondere die Verwendungsmöglichkeiten des Erbvertrags zur Gestaltung der Unternehmensnachfolge, zu behandeln¹¹, und zuletzt werden *Schlussbetrachtungen* angestellt¹².

6 HEINRICH DÖRNER/EDOARDO FERRANTE, Der neue italienische «Patto di famiglia», ZEV 2008, 53 ff., 53.

7 Siehe dazu neuestens MARIA GIOVANNA FALZONE CALVISI, Patto di famiglia, patti successori e tutela dei legittimari, rielaborazione della relazione al Convegno di Cuneo del 6 giugno 2006, organisiert dal Consiglio notarile di Cuneo e della Facoltà di Economia dell'Università di Torino, sede di Cuneo, erscheint demnächst.

8 B.

9 C.

10 D.

11 E.

12 F.

B. Rechtsvergleichende Übersicht

In *Frankreich* ist ein Vertrag über eine künftige Erbschaft verboten¹³. Verträge über die Gewährung von Rechten oder den Verzicht auf Rechte an einer noch nicht eröffneten Erbschaft sind nur in den vom Gesetz zugelassenen Fällen wirksam¹⁴. Insgesamt ergibt sich in Frankreich ein umfassendes Verbot der sog. pactes sur succession future, welches nicht nur den Erbzwendungs- und Erbverzichtsvertrag i.S. des ZGB erfasst, sondern jede Vereinbarung, die eine noch nicht eröffnete Erbschaft zum Gegenstand hat¹⁵. Im französischen Recht sind demgegenüber – als Ausnahmen vom Verbot – der Verzicht auf das Pflichtteilsrecht¹⁶ und die sog. institution contractuelle (Art. 1082 ff. CCfr) zugelassen¹⁷. Der Kreis der Begünstigten einer institution contractuelle erfasst Ehegatten und Abkömmlinge; objektmässig kann sie das ganze Vermögen (institution universelle), einen Teil des Vermögens (institution à titre universelle) oder einen einzelnen Gegenstand erfassen (institution à titre particulier)¹⁸.

In *Italien* statuiert Art. 458 CCit ein Verbot der Erbverträge¹⁹. Verboten sind patti istitutivi über den eigenen Nachlass, patti dispositivi betreffend eine mögliche künftige Erbschaft und patti rinunciativi als Verzichte auf eine künftige Erbschaft²⁰. Wie das französische enthält mithin auch das italienische Recht ein umfassendes Verbot der Erbverträge. Freilich ist im Jahre 2006 in Italien eine Novelle mit dem Titel «Del patto di famiglia» in Kraft getreten (Art. 768-bis–Art. 768-octies CCit). Der italienische Gesetzgeber hat das Institut explizit zur Erleichterung der erbrechtlichen Unternehmensnachfolge geschaffen²¹. Der «patto di famiglia» ist ein Vertrag zwischen dem Unternehmer bzw. dem Inhaber einer

13 Art. 1130 CCfr:

«Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation.

On ne peut cependant renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit.»

14 Art. 722 CCfr: «Les conventions qui ont pour objet de créer des droits ou de renoncer à des droits sur toute 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.»

15 Vgl. CHRISTOPH DÖBEREINER, Erbrecht in Frankreich, in: Rembert Süß (Hrsg.), Erbrecht in Europa, 2. Aufl., Angelbachtal 2008, 611 ff., RZ 111 (zit. DÖBEREINER, Erbrecht in Frankreich). Siehe auch ANDREA BONOMI, La vocation successorale volontaire dans certains droits européens, in: Le droit des successions en Europe, Actes du colloque du 21 février 2003, Genève 2003, 31 ff., 39 und 46 (zit. BONOMI, vocation).

16 DÖBEREINER, Erbrecht in Frankreich (FN 15), RZ 108 und 112.

17 Dazu DÖBEREINER, Erbrecht in Frankreich (FN 15), RZ 113 ff.

18 DÖBEREINER, Erbrecht in Frankreich (FN 15), RZ 116 f.

19 Art. 458 CCit: «Fatto salvo quanto disposto dagli articoli 768-bis e seguenti, è nulla ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione. È del pari nullo ogni atto col quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta, o rinunzia ai medesimi.»

20 MARIA GIOVANNA CUBEDDU WIEDEMANN/ANTON WIEDEMANN, Erbrecht in Italien, in: Rembert Süß (Hrsg.), Erbrecht in Europa, 2. Aufl., Angelbachtal 2008, 827 ff., RZ 111.

21 Vgl. A. hievor, mit Hinweisen.

Beteiligung an einer Gesellschaft und einem oder mehreren seiner Nachkommen, der die teilweise oder ganze Übertragung eines Betriebs oder der Anteile an einer Gesellschaft zum Gegenstand hat²².

Grundsätzlich verboten ist der Erbvertrag in *Spanien* (Art. 1271 CCsp)²³. Entsprechendes gilt für *Portugal* (Art. 2028 i.V.m. Art. 946 CCp)²⁴, *Belgien* (Art. 943, 1130 Abs. 2 bzw. Art. 968 i.V.m. Art. 895, 1001, 1097 CCb)²⁵, *Griechenland* (Art. 368 CCgr)²⁶ und *Luxemburg* (Art. 1130 CCl)²⁷. Das Verbot des Erbvertrages in den erwähnten Ländern umfasst im Prinzip sowohl den Erbwendungsvertrag als auch den Erbverzichtvertrag²⁸. Grundsätzliche Verbote des Erbvertrages finden sich jedenfalls für den positiven Erbvertrag auch in weiteren europäischen Staaten, so in *Schweden*²⁹, den *Niederlanden*³⁰ und *Polen*³¹. In *Dänemark* ist der Erbverzichtvertrag zulässig, wohingegen dispositive Erbverträge verboten sind³². *Finnland* ist der Erbvertrag nicht bekannt, wohl aber das gemeinsame Testament, das freilich keine erbrechtliche Bindung herbeiführt³³.

Das *englische Recht* kennt den Erbvertrag nicht, sondern nur das Testament (will). Zulässig ist die Zusammenfassung mehrerer Testamente in einem Dokument (joint will), womit allerdings keine Einschränkung der jederzeitigen Widerruflichkeit der darin enthaltenen Verfügungen verbunden ist; Bindungen können sich aber ergeben aus einer Vereinbarung, die Testamente nicht zu widerrufen³⁴. Ähnlich erweist sich auch die Rechtslage in *Irland*: Der Erbvertrag ist nicht be-

kannt, dagegen gibt es das gemeinschaftliche Testament (joint will) und das gegenseitige Testament (mutual will)³⁵.

In *Österreich* ist der Erbvertrag teilweise zugelassen. Erbwendungsverträge sind nur möglich zwischen Ehegatten und – unter der Suspensivbedingung der Eheschliessung – unter Brautleuten (§ 602 und § 1249 ABGB). Zusätzlich statuiert § 1253 ABGB für den positiven Erbvertrag eine inhaltliche Schranke; danach muss dem Erblasser ein «reiner Viertel» zur freien Verfügung verbleiben, so dass der Erbvertrag nur drei Viertel des Nachlasses umfassen kann³⁶. Angesichts des sehr engen Kreises der abschlussberechtigten Vertragspartner ist die Erbeinsetzung durch Erbvertrag in Österreich selten; viel häufiger erfolgt sie durch Testament³⁷. Allgemein zugelassen wird in Österreich der Erbverzichtvertrag (§ 551 ABGB). Der Erbverzicht erfolgt meistens gegen Abfindung und hat in der Praxis grosse Bedeutung³⁸.

Basierend auf den Grundlagen des österreichischen Rechts³⁹ lässt auch *Liechtenstein* den Erbvertrag nur unter Ehegatten zu (§ 602 und § 1249 ff. ABGB Liechtenstein)⁴⁰. Die Regelung des Erbverzichts findet sich in § 551 ABGB.

Umfassend – als Erbwendungs- und Erbverzichtvertrag – zugelassen ist der Erbvertrag in *Deutschland* und in der *Schweiz*. Aufgrund der Rezeption des schweizerischen ZGB kennt auch die *Türkei* neben den Testamenten die Möglichkeit vertraglicher Verfügungen von Todes wegen; zugelassen werden sowohl der positive als auch der negative Erbvertrag⁴¹.

Der Erbvertrag des *deutschen Rechts* ist ein Vertrag, mit welchem Erben eingesetzt sowie Vermächtnisse oder Auflagen angeordnet werden können (vgl. § 1941 Abs. 1 und § 2278 Abs. 2 BGB). Aus § 2278 Abs. 2 BGB folgt, dass Verfügungen des Erblassers, die nicht Erbeinsetzungen, Vermächtnisse oder Auflagen betreffen, nicht erbvertragliche Anordnungen sein können⁴². Als Vertragserbe oder Legatar kann sowohl der andere Vertragsschliessende als auch ein Dritter bedacht werden (§ 1941 Abs. 2 BGB). Der Vertragsschluss beschränkt den Erblasser in seiner Verfügungsfreiheit, indem die vertraglichen Verfügungen einseitiger Änderung entzogen sind⁴³. Soweit also eine vertragliche Bindung gewünscht werden sollte, bietet

22 Art. 768-bis CCit: «È patto di famiglia il contratto con cui, compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societarie, l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti.»

23 Vgl. BURCKHARDT LÖBER/ERHARD HUZEL, Erbrecht in Spanien, in: Rembert Süss (Hrsg.), Erbrecht in Europa, 2. Aufl., Angelbachtal 2008, 1409 ff., RZ 66.

24 Siehe ERHARD HUZEL/BURCKHARDT LÖBER/INES WOLLMANN, Erbrecht in Portugal, in: Rembert Süss (Hrsg.), Erbrecht in Europa, 2. Aufl., Angelbachtal 2008, 1171 ff., RZ 59.

25 Vgl. VOLKER HUSTEDT/BERNARD SPROTEN, Erbrecht in Belgien, in: Rembert Süss (Hrsg.), Erbrecht in Europa, 2. Aufl., Angelbachtal 2008, 305 ff., RZ 59.

26 Vgl. DIMITRIOS STAMATIADIS/SPYROS TSANTINIS, Erbrecht in Griechenland, in: Rembert Süss (Hrsg.), Erbrecht in Europa, 2. Aufl., Angelbachtal 2008, 685 ff., RZ 53.

27 Siehe SUSANNE FRANK, Erbrecht in Luxemburg, in: Rembert Süss (Hrsg.), Erbrecht in Europa, 2. Aufl., Angelbachtal 2008, 985 ff., RZ 123 f.

28 Vgl. BONOMI, vocation (FN 15), 39 und 46.

29 Siehe ERNST JOHANSSON, Erbrecht in Schweden, in: Rembert Süss (Hrsg.), Erbrecht in Europa, 2. Aufl., Angelbachtal 2008, 1277 ff., RZ 89 ff.

30 Siehe BONOMI, vocation (FN 15), 39.

31 Vgl. SLAVOMIR LAKOMY, Erbrecht in Polen, in: Rembert Süss (Hrsg.), Erbrecht in Europa, 2. Aufl., Angelbachtal 2008, 1145 ff., RZ 41.

32 GERHARD RING/LINE OLSEN-RING, Erbrecht in Dänemark, in: Rembert Süss (Hrsg.), Erbrecht in Europa, 2. Aufl., Angelbachtal 2008, 413 ff., RZ 88 f.

33 KARL-FRIEDRICH v. KNORRE/WOLFGANG MINCKE, Erbrecht in Finnland, in: Rembert Süss (Hrsg.), Erbrecht in Europa, 2. Aufl., Angelbachtal 2008, 585 ff., RZ 82 f.

34 FELIX ODERSKY, Erbrecht in Grossbritannien: England und Wales, in: Rembert Süss (Hrsg.), Erbrecht in Europa, 2. Aufl., Angelbachtal 2008, 719 ff., RZ 81 ff.

35 Vgl. ELKE WORTHMANN, Erbrecht in Irland, in: Rembert Süss (Hrsg.), Erbrecht in Europa, 2. Aufl., Angelbachtal 2008, 787 ff., RZ 38 ff.

36 Vgl. HELMUT KOZIOL/RUDOLF WELSER, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II, Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht, 13. Aufl., Wien 2007, 522 f. (zit. KOZIOL/WELSER, Bürgerliches Recht II); FRANZ HAUNSCHMIDT, Erbrecht in Österreich, in: Rembert Süss (Hrsg.), Erbrecht in Europa, 2. Aufl., Angelbachtal 2008, 1089 ff., RZ 77 ff. (zit. HAUNSCHMIDT, Erbrecht in Österreich).

37 KOZIOL/WELSER, Bürgerliches Recht II (FN 36), 454.

38 HAUNSCHMIDT, Erbrecht in Österreich (FN 36), RZ 85.

39 Vgl. REMBERT SÜSS, Erbrecht in Liechtenstein, in: Rembert Süss (Hrsg.), Erbrecht in Europa, 2. Aufl., Angelbachtal 2008, 965 ff., RZ 11 (zit. Süss, Erbrecht in Liechtenstein).

40 SÜSS, Erbrecht in Liechtenstein (FN 39), RZ 9.

41 MEMET KILIÇ, Erbrecht in der Türkei, in: Rembert Süss (Hrsg.), Erbrecht in Europa, 2. Aufl., Angelbachtal 2008, 1525 ff., RZ 39 und 78.

42 HANS BROX/WOLF-DIETRICH WALKER, Erbrecht, 22. Aufl., Köln/Berlin/München 2007, 105 (zit. BROX/WALKER, Erbrecht).

43 THEODOR KIPP/HELMUT COING, Erbrecht, 14. Bearbeitung, Tübingen 1990, 233.

sich in Deutschland der Abschluss eines Erbvertrages (§ 2274 ff. BGB) an⁴⁴. Gemäss § 2346 BGB können Verwandte und der Ehegatte durch Vertrag mit dem Erblasser auch auf ihr gesetzliches Erbrecht oder das Pflichtteilsrecht verzichten⁴⁵. Das deutsche Recht enthält im Weiteren – anders als das ZGB – ebenfalls eine Regelung des gemeinschaftlichen Testamentes (§ 2265 ff. BGB), dem aber keine vertragliche Bindungswirkung zukommt⁴⁶. Das gemeinschaftliche Testament kann nur von Ehegatten (§ 2265 BGB) und Lebenspartnern (§ 10 Abs. 4 Gesetz über die eingetragene Lebenspartnerschaft, LPartG) errichtet werden⁴⁷.

C. Gründe für das Verbot des Erbvertrages im romanischen Rechtskreis

In Rom war neben der Intestaterbfolge (ab intestato) grundsätzlich nur die testamentarische Erbfolge (ex testamento) bekannt⁴⁸. Bereits die Römer betonten, dass die letzten Willensverfügungen während des ganzen Lebens abänderlich sein müssen⁴⁹. Sowohl der positive als auch der negative Erbvertrag verletzen deshalb nach römischer Ansicht den Grundsatz der Testierfreiheit⁵⁰. Heute wird in den lateinischen Ländern ganz allgemein als Grund für das umfassende Verbot von Erbverträgen angeführt, «dass nach romanischem Rechtsempfinden Verträge, die einer Person beim Tod einer anderen Vorteile bringen, unmoralisch sind»⁵¹.

Der in Art. 1130 Abs. 2 das Verbot des Erbvertrages enthaltende *französische Code civil* von 1804 wurde im Nachgang zur französischen Revolution geschaffen. VIRGILE ROSSEL hat bei den Beratungen des ZGB im Nationalrat und später in sei-

nem mit F.-H. MENTHA verfassten Manual in historischer Hinsicht darauf hingewiesen, dass die Erbverträge zur Feudalzeit für den Lehensherrn ein geeignetes Mittel zur Regelung der Nachfolge in seine Lehen darstellten und dass es die Erbverzichtsverträge dem Adel ermöglichten, den Glanz des Namens zu bewahren, weshalb die sich am revolutionären Recht inspirierende napoleonische Kodifikation heftig gegen solche Verträge reagierte^{52, 53}. Überdies verwies man in Frankreich anlässlich der Gesetzgebungsarbeiten zum Code civil auf das im Rahmen von Erbverträgen entstehende *votum corvinum* oder *votum captandae mortis*⁵⁴.

Auch für das *italienische Recht* wird im Schrifttum das Verbot der Erbverträge generell mit dem *votum captandae mortis* begründet, das sie enthalten⁵⁵. Darüber hinaus wird betont, dass Erbeinsetzungsverträge den Erblasser binden. Sie würden ihm deshalb die Verfügungsfreiheit nehmen, die das Gesetz – Art. 458 CCit – jeder Person bis zum Moment ihres Todes gewährt, dies mit Blick darauf, dass der Wille des Erblassers veränderlich bleiben kann bis zum letzten Augenblick des Lebens (*ambulatoria est voluntas testantis usque ad vitae supremum exitum*)⁵⁶. «La ratio del divieto del patto successorio *istitutivo* va individuata nella esigenza di tutelare l'assoluta libertà testamentaria e cioè di assicurare la libertà di disporre della propria successione fino all'estremo limite della vita.»⁵⁷ Insgesamt wird damit der in

52 Votum VIRGILE ROSSEL, Amtliches stenographisches Bulletin der schweizerischen Bundesversammlung vom 15. Dezember 1905, Nationalrat, 1383 (zit. ROSSEL, Bulletin 1905): «Les pactes successoriaux, comme l'on sait, étaient très favorables aux intérêts de la féodalité, en ce qu'ils donnaient au suzerain un moyen facile de régler la succession des fiefs et d'assurer leur desserte. La noblesse, d'autre part, se servit des renonciations contractuelles pour conserver la splendeur du nom. Aussi le droit révolutionnaire et la codification napoléonienne qui s'en inspira, réagirent-ils vivement contre les pactes successoriaux et les chargea-t-on de tous les péchés.» VIRGILE ROSSEL/F.-H. MENTHA, Manuel du droit suisse, tome deuxième, deuxième édition, Lausanne/Genève 1922, 61 f. (zit. ROSSEL/MENTHA, Manuel): «Le pacte successorial ... ou «contrat d'hérédité» ...; c'est alors, non plus un acte, mais un contrat dépendant aussi de l'observation de formes solennelles. L'art. 1130, alin. 2 du C. civ. fr. le prohibait, quoique cette prohibition ne fût pas absolue; les législations civiles de la Suisse française avaient adopté la même solution. Pourquoi? Les pactes successoriaux, au temps de la féodalité, donnaient au suzerain un moyen facile de régler la succession des fiefs et d'assurer leur desserte; les renonciations contractuelles, d'autre part, servaient, dans la classe nobiliaire, à conserver la splendeur du nom. Aussi le droit révolutionnaire et la codification napoléonienne réagirent-ils vivement contre ces pactes; ...» (Kursivschrift im Original).

53 Siehe dazu auch STEINAUER, *lier* (FN 49), 756: «... les codificateurs de 1804 ont sans doute été surtout sensibles au fait que le pacte successorial permettait de maintenir les privilèges de la noblesse en donnant la préférence successorale à l'aîné de la famille.»

54 Vgl. die Hinweise auf die entsprechenden Darlegungen von Jean-Étienne-Marie Portalis, Mitglied der Kommission zur Redaktion des französischen Code civil, bei ROSSEL, Bulletin 1905 (FN 52), 1383, und ROSSEL/MENTHA, Manuel (FN 52), 62. ROSSEL vermochte freilich den diesbezüglichen Überlegungen von Portalis in keiner Weise zu folgen; vgl. D.II.5. hienach, mit FN 87 und 91.

55 ANDREA TORRENTE/PIERO SCHLESINGER, Manuale di diritto privato, diciottesima edizione, Milano 2007, 1165 (zit. TORRENTE/SCHLESINGER, *Diritto privato*).

56 TORRENTE/SCHLESINGER, *Diritto privato* (FN 55), 1165 f.

57 BRUNO TROISI, *Diritto civile*, Lezioni, quarta edizione, Napoli 2004, 259 (Kursivschrift im Original).

44 JENS TERSTEEGEN/THOMAS REICH, Erbrecht in Deutschland, in: Rembert Süß (Hrsg.), Erbrecht in Europa, 2. Aufl., Angelbachtal 2008, 467 ff., RZ 56 (zit. TERSTEEGEN/REICH, Erbrecht in Deutschland).

45 Vgl. ausführlicher TERSTEEGEN/REICH, Erbrecht in Deutschland (FN 44), RZ 112 ff.

46 Siehe TERSTEEGEN/REICH, Erbrecht in Deutschland (FN 44), RZ 52 ff.

47 BROX/WALKER, Erbrecht (FN 42), 125.

48 MAX KASER/ROLF KNÜTEL, Römisches Privatrecht, 18. Aufl., München 2005, § 65, RZ 23 (zit. KASER/KNÜTEL, Römisches Privatrecht), mit Hinweis darauf, dass in der Praxis des Ostens auch der Erbvertrag existent war.

49 Vgl. WALTHER MUNZINGER, Erbrechtliche Studien, Basel 1874, 9: «Die Römer haben den Erbvertrag, durch den sich der Erblasser selbst einem Dritten gegenüber bindet, ausgeschlossen; sie hielten die Heiligkeit des Willens für verletzt, wenn der Erblasser nicht stets noch, so lange er lebte, seine letzten Willensverfügungen ändern konnte.» Siehe für das römische Recht auch PAUL-HENRI STEINAUER, *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, 753 ff., 754 f. (zit. STEINAUER, *lier*).

50 Siehe PHILIPP STICHERLING, *Schenkungen in fraudem testamenti*, Diss. Kiel 2004, Berlin 2005, 48, m.w.H.

51 DÖBEREINER, Erbrecht in Frankreich (FN 15), RZ 112. Siehe auch PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID/ALEXANDRA RUMO-JUNGO, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 12. Aufl., Zürich 2002, 570 (zit. TUOR/SCHNYDER, Erbrecht), wonach sich im Zusammenhang mit dem Erbvertrag frage, «ob eine so weitreichende Selbstbindung einer Person nicht etwas Anstössiges, Unmoralisches an sich trage».

den romanischen Ordnungen herrschende Fundamentalgrundsatz der Widerruflichkeit der Verfügungen von Todes wegen garantiert^{58, 59}.

D. Entwicklung des Erbvertrages in der Schweiz

I. Übersicht über die Regelung in den kantonalen Rechten

Bis zum Inkrafttreten des ZGB am 1. Januar 1912 lag die Kompetenz zur Gesetzgebung im Bereiche des Erbrechts bei den Kantonen. Die kantonalrechtlichen Regelungen zeichneten sich dabei im Einzelnen durch eine grosse *Vielfalt* aus. Grundsätzlich lässt sich festhalten, dass die Zivilrechte der französischsprachigen Kantone im Anschluss an den französischen Code civil von 1804 ein Verbot des Erbvertrages statuierten⁶⁰, während das Institut in den deutschsprachigen Kantonen in unterschiedlichem Ausmass verbreitet war.

Der *Erbeinsetzungsvertrag* war in denjenigen Kantonen nicht bekannt, die das gesetzliche Erbrecht als zwingend betrachteten; das waren Schwyz und Obwalden. Weiter gab es eine Reihe von Kantonen, die den Erbeinsetzungsvertrag verboten oder ihn jedenfalls nicht regelten; dazu gehörten Glarus, Appenzell-Ausserrhoden und Appenzell-Innerrhoden, Uri, Nidwalden sowie dem Grundsatz nach auch Basel-Stadt und Basel-Landschaft. Weitere Kantone – unter ihnen Bern – kannten den Erbvertrag vor allem im Zusammenhang mit dem Ehevertrag und liessen jenen nur in beschränktem Umfang zu. Nochmals andere Kantone kannten einen besonders ausgestalteten Erbvertrag, so Zürich, Schaffhausen, Thurgau und St. Gallen; am ausführlichsten entwickelt war der positive Erbvertrag im Kanton Zürich⁶¹.

Als für die kantonalen Rechte von grösserer Bedeutung erwies sich der zwischen Erblasser und Präsumptiverben abgeschlossene *Erbverzichtsvertrag*. Dieser war – wie der Erbeinsetzungsvertrag – nicht bekannt in Uri, Schwyz, Unterwalden, Appenzell-Ausserrhoden und Appenzell-Innerrhoden sowie in Basel-Stadt und Basel-Landschaft. Entsprechend der Regelung des französischen Code civil fanden sich ausdrückliche Verbote des Erbverzichtsvertrages in den Kantonen Waadt, Wallis, Neuenburg, Freiburg und Tessin sowie in Glarus. Trotz des allgemeinen Verbotes

liess allerdings Freiburg den Erbaufkaufvertrag in bedeutendem Umfang zu. In Bern existierten der Erbverzicht unter Ehegatten und der Erbaufkaufvertrag zwischen Eltern und Kindern. Weitere Kantone, die bereits den Erbeinsetzungsvertrag generell zulassen, kannten allgemein auch den Erbverzichtsvertrag, so Zürich, Schaffhausen, Thurgau und Graubünden⁶².

II. Entstehungsgeschichte des ZGB

1. Vorbemerkung

Die Aufnahme des Instituts des Erbvertrages in das ZGB war nicht unumstritten. Das vermag nicht zu erstaunen, nachdem in einer grösseren Zahl kantonalen Rechte der Erbvertrag mehr oder weniger konsequent abgelehnt worden war⁶³.

2. Vorentwurf von 1900 und Erläuterungen von EUGEN HUBER

Der im Wesentlichen aus der Feder von EUGEN HUBER stammende Vorentwurf zum ZGB von 1900 enthielt in Art. 516 eine Regelung des Erbzwendungsvertrages⁶⁴ und in Art. 517 eine solche des Erbverzichtsvertrages⁶⁵.

EUGEN HUBER begründete namentlich in seinen «Erläuterungen», warum das ZGB den Erbvertrag aufgenommen und umfassend zugelassen hat. Der Gesetzesredaktor hielt fest, dass auf der Basis der Verfügungsfreiheit sich zwei Arten der Verfügungen von Todes wegen unterscheiden: Die letztwilligen Verfügungen und die Erbverträge. Hinsichtlich der Erbverträge bemerkte HUBER, dass eine Mehrheit der kantonalen Rechte sie mehr oder weniger konsequent abgelehnt hatte. Die Kantone Neuenburg und Appenzell-Ausserrhoden hatten in ihren Vernehmlassungen auch abgeraten von der Aufnahme des Erbvertrages und ganz besonders des Erbverzichts. Gegen letzteren hatte sich auch Graubünden ausgesprochen. Der Kanton Waadt seinerseits hatte in der Vernehmlassung angeregt, die Regelung des Erbvertrages der Kompetenz der Kantone zuzuweisen. EUGEN HUBER entschloss sich aber in der Folge, in Übereinstimmung mit den Postulaten der Vernehmlassungen des Bundesgerichts sowie der Kantone Thurgau und Schaffhausen, den *Erbvertrag* in den Vorentwurf des ZGB *aufzunehmen*⁶⁶. Für den Gesetzesredaktor waren dabei *zwei Überlegungen* entscheidend: «Einmal nämlich gehen wir von der Über-

58 TORRENTE/SCHLESINGER, *Diritto privato* (FN 55), 1166.

59 Zu beachten ist freilich, dass der Erbvertrag in Italien nicht immer verboten war. Zusammenfassend und vereinfachend lässt sich festhalten, dass die Römer – wie vorne, C. i. i., schon erwähnt – zwei Berufungen zur Erbschaft kannten, nämlich die Intestaterbfolge und die testamentarische Erbfolge (ab intestato et ex testamento), wohingegen der Erbvertrag nur in der Praxis des Ostens bekannt war; vgl. KASER/KNÜTEL, *Römisches Privatrecht* (FN 48), § 65, RZ 23. Im Mittelalter war dann freilich der Erbvertrag in den Gebieten des heutigen Italiens das überwiegende Rechtsgeschäft von Todes wegen. Mit der Renaissance der Rechtswissenschaft musste er allerdings den Platz wiederum dem Testament überlassen. Vgl. zum Ganzen GIULIO VISMARA, *Storia dei patti successori*, Milano 1986, 759.

60 Vgl. ROSSEL, *Bulletin* 1905 (FN 52), 1383, und ROSSEL/MENTHA, *Manuel* (FN 52), 61.

61 EUGEN HUBER, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes*, Band II, Basel 1888, 316–320 (zit. HUBER, *System*, Bd. II).

62 HUBER, *System*, Bd. II (FN 61), 327–332.

63 Siehe zu den kantonalen Rechten die zusammenfassende Darstellung D.I. soeben. Vgl. in diesem Sinne auch die Feststellung von EUGEN HUBER, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements*, Band I, 2. Ausgabe, Bern 1914, 343 (zit. HUBER, *Erläuterungen*, Bd. I).

64 Art. 516 Abs. 1 Vorentwurf ZGB lautete: «Der Erblasser kann sich durch Erbvertrag verpflichten, dem Vertragsgegner oder einem Dritten seine Erbschaft oder ein Vermächtnis zu hinterlassen.»

65 Vgl. Art. 517 Abs. 1 Vorentwurf ZGB: «Der Erblasser kann mit einem Erben einen Erbverzichtsvertrag abschliessen.»

66 HUBER, *Erläuterungen*, Bd. I (FN 63), 343.

legung 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 doktrinellem 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.»⁶⁷ HUBER vertraute im Weiteren darauf, dass die gesunden Überlieferungen und die guten Sitten dem Institut diejenige Gestalt und Bedeutung verschaffen werden, die ihm vernünftigerweise zukommt⁶⁸.

3. Beratungen in der Expertenkommission

In der Sitzung der Expertenkommission zum ZGB vom 12. März 1902 wurde das Institut des Erbvertrages *sehr kontrovers diskutiert*. Ablehnende Stimmen wurden – teilweise in Anlehnung an die Überlegungen der romanischen Rechtsordnungen⁶⁹ – damit begründet, der Erbvertrag widerstrebe unserem Gefühl⁷⁰, er enthalte etwas Unsittliches und Spekulatives⁷¹ und er entspreche auch keinem wirtschaftlichen Bedürfnis⁷². Einzelne Experten wollten den Erbvertrag nur unter Ehegatten und Brautleuten zulassen oder als Erbverzicht eines Kindes unter erbrechtlichem Ausscheiden aus der Familie⁷³. Andere Stimmen betonten demgegenüber, der Erbver-

trag entspreche einem Bedürfnis und habe sich bewährt⁷⁴, oder es bestünde kein Grund für dessen Ausschluss⁷⁵. EUGEN HUBER unterstrich als Referent schliesslich, der Erbvertrag sei mit Blick auf die Widerruflichkeit des Testaments für gewisse Verhältnisse unentbehrlich, er entspreche einem liberalen Standpunkt und seine Nichtzulassung führe dazu, dass zu unklaren «Fiktionen» Zuflucht genommen werden müsste⁷⁶; ergänzend fügte der Gesetzesredaktor an, für das schweizerische Recht sei das Axiom der Unwiderruflichkeit einer letztwilligen Verfügung nicht oder jedenfalls nicht mehr vorhanden⁷⁷. In der Abstimmung vereinigte schliesslich die Fassung des Vorentwurfes 15 Stimmen gegenüber 14 Stimmen, die auf den Antrag auf nur beschränkte Zulassung des Erbvertrages entfielen⁷⁸. Damit war, wenn auch mit dem knappsten möglichen Ergebnis von einer Stimme Differenz, *der Weg für die umfassende Aufnahme des Erbvertrages in das ZGB gebahnt*⁷⁹.

diesem Sinne auch die Voten von BROSI, Protokoll Expertenkommission (FN 70), 581, und GAMPERT, Protokoll Expertenkommission (FN 70), 583.

74 BUEHLMANN, Protokoll Expertenkommission (FN 70), 582: «Das Berner Recht kennt zwei Fälle von Erbverträgen, den einen zwischen Ehegatten oder Brautleuten, den andern zwischen Noterben, d.h. zwischen Eltern und Kindern. Das Institut entspricht hier einem Bedürfnis und hat sich namentlich im Verhältnis zwischen Eltern und Kindern bewährt»; auch BUEHLMANN fragt sich dann aber, a.a.O., ob ein weitergehendes Bedürfnis bestehe.

75 HONEGGER, Protokoll Expertenkommission (FN 70), 582: «Zürich kennt Erbverträge schon längst (Stadterbrecht 1715) in ziemlich weitem Umfang, namentlich zwischen Erblasser und Descendenten (bei Wegzug eines Sohnes als Erbauskau; ebenso etwa bei Verheiratung einer Tochter), sodann zwischen Ehegatten, ohne dass ernstliche Bedenken aufgetaucht wären. Redner steht auf dem Boden des Entwurfs, es bestehe kein Grund für Ausschluss der Erbverträge, wenn auch etliche Uebelstände sich ergeben hätten, was schliesslich bei den besten Institutionen vorkommen könne.» Für Zulassung des Erbvertrages auch LAUR, Protokoll Expertenkommission (FN 70), 582.

76 Vgl. HUBER, Protokoll Expertenkommission (FN 70), 583: «Für einzelne Verhältnisse sei der Erbvertrag unentbehrlich, nämlich zwischen Eltern und einem Kinde bezüglich des zu erwartenden Erbteiles, zwischen Ehegatten und zwischen Gemeindern. Hier würde der Vorbehalt der Widerruflichkeit, der dem Testament inhärent sei, nicht nur Unbestimmtheit schaffen, sondern auch dem sittlichen Gefühl nicht entsprechen. ... Man könne allenfalls einen Kaufvertrag oder ein Darlehen eintreten lassen statt dieses Erbvertrages oder man könne den Ehevertrag mit erbrechtlichem Inhalte ausrüsten, aber in den meisten Fällen tue man bei solchem Vorgehen der Sache Gewalt an und sei gezwungen zu Fiktionen Zuflucht zu nehmen, durch die die Klarheit der Ordnung beeinträchtigt werde. Die Auswüchse des Erbvertrages wiegen weniger schwer als die Vorteile, fehlen ja auch beim Kauf und Testament nicht, ohne dass man deshalb diese Institute verbiete. ... Im Uebrigen aber habe sich der Entwurf auf den liberalen Standpunkt gestellt, dass er ein Institut als allgemein anwendbar hinstelle, wenn es auch bloss für einen engeren Kreis ein dringendes Bedürfnis sei, sobald nur gegen die Ausdehnung kein genügender Grund vorhanden sei.»

77 HUBER, Protokoll Expertenkommission (FN 70), 583: «Vielfach sei man bei Anfechtung des Institutes vom Axiom des gemeinen Rechtes, welches auch in das französische Recht aufgenommen worden sei, ausgegangen, wonach man auf die Widerruflichkeit einer letztwilligen Verfügung nicht verzichten könne. Ueber dieses Axiom sei man aber schon im früheren schweizerischen Recht zur Tagesordnung geschritten. Es sei für uns prinzipiell nicht vorhanden.»

78 Protokoll Expertenkommission (FN 70), 584.

79 In den Eidgenössischen Räten ist das Institut nämlich alsdann offenbar nicht mehr auf effektiven Widerstand gestossen. Siehe die Hinweise auf die Beratungen in D.II.5. hienach.

67 HUBER, Erläuterungen, Bd. I (FN 63), 343f.

68 HUBER, Erläuterungen, Bd. I (FN 63), 344.

69 Siehe dazu C. hievor.

70 So BROSI, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Protokoll der Expertenkommission, Band 2, Sitzung vom 12. März 1902, 581 (zit. Protokoll Expertenkommission): «Der Erblasser kann bei Lebzeiten unter Lebenden verfügen. Solche Erbverträge sollte man im Allgemeinen nicht zulassen; sie widerstreben unserem Gefühl.»

71 Vgl. REICHEL, Protokoll Expertenkommission (FN 70), 582, der «glaubt die Diskussion habe ergeben, dass die Bedenken gegen die Erbverträge prinzipiell begründet seien» und «in einer Verfügung über Zukünftiges an sich etwas Unsittliches erblickt, was dadurch noch stärker hervortritt, dass sich beim Erbvertrag damit eine Spekulation auf einen Todesfall verbindet.» Ähnlich LORETAN, Protokoll Expertenkommission (FN 70), 582: «Das Walliser Recht kennt auch dieses Institut nicht; Redner weiss nicht, welche Erfahrungen damit anderwärts gemacht worden sind; er hegt aber etwelches Misstrauen gegen dasselbe und befürchtet, dass es die Erbschleicherei begünstige.»

72 So BROSI, Protokoll Expertenkommission (FN 70), 581: «Solche Erbverträge sollte man im Allgemeinen nicht zulassen; ... Redner zweifelt auch daran, dass wirtschaftliche Interessen sie rechtfertigen. ... Die Zulassung wäre nur dann zu befürworten, wenn wirklich ein wirtschaftliches Bedürfnis nachgewiesen wird.»

73 Entsprechend stellte REICHEL einen Antrag auf Beschränkung der Zulassung des Erbvertrages auf Ehegatten und Brautleute sowie auf einen Erbverzichtsvertrag zwischen Eltern und Nachkommen; vgl. REICHEL, Protokoll Expertenkommission (FN 70), 582. Siehe in

4. Entwurf von 1904 und Botschaft

Der Entwurf zum ZGB von 1904 enthielt in Art. 497 eine Regelung des Erbzuwendungsvertrages⁸⁰ und in Art. 498 eine solche des Erbverzichtsvertrages⁸¹. Im Vergleich mit dem Vorentwurf erweisen sich die textlichen Abweichungen als minimal⁸².

Die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das Schweizerische Zivilgesetzbuch vom 28. Mai 1904 führte für die Zulassung des Erbvertrages mehrere Gründe an. Vorab wurde darauf hingewiesen, dass Verfügungsarten, die in den kantonalen Rechten bereits bekannt waren und sich bewährt hatten, in den Entwurf zum ZGB aufgenommen wurden⁸³. Im Weiteren hielt die Botschaft fest, dass der Erbvertrag nicht nur unter dem Aspekt seiner für den Erblasser bindenden Wirkung betrachtet werden dürfe, sondern mehr sei als ein unwiderrufliches Testament. Unter Anfügung mehrerer Beispiele belegte der Bundesrat, dass das Institut insgesamt einem erheblichen Bedürfnis entspricht⁸⁴.

80 Art. 497 Abs. 1 Entwurf ZGB lautete: «Der Erblasser kann sich durch Erbvertrag verpflichten, dem andern Teil oder einem Dritten seine Erbschaft oder ein Vermächtnis zu hinterlassen.»

81 Art. 498 Abs. 1 Entwurf ZGB lautete: «Der Erblasser kann mit einem Erben einen Erbverzichtsvertrag oder Erbschaftkauf abschliessen.»

82 Beim Erbzuwendungsvertrag wurde der Begriff «dem Vertragsgegner» in Art. 497 Abs. 1 Entwurf umformuliert in «dem anderen Teil» und beim Erbverzichtsvertrag fand in Art. 498 Abs. 1 Entwurf eine Ergänzung um «Erbschaftkauf» statt.

83 Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das Schweizerische Zivilgesetzbuch vom 28. Mai 1904, 51 (zit. Botschaft vom 28. Mai 1904): «Als Verfügungsarten wurden in den Entwurf soviel als möglich die Einrichtungen aufgenommen, die den verschiedenen kantonalen Rechten bereits bekannt sind. Denn es besteht kein Grund, die eine oder andere Landschaft der Einrichtung zu berauben, an die sie sich, ohne schlimme Erfahrungen gemacht zu haben, gewöhnt hat. Es sind auch in der Regel Zufälligkeiten, wenn hier die eine und dort die andere Verfügungsart aufgenommen oder abgelehnt worden ist. Unter diesen Verschiedenheiten muss der Gegensatz zwischen letztwilliger Verfügung und Erbvertrag in erster Linie genannt werden» (Sperrschrift im Original).

84 Botschaft vom 28. Mai 1904 (FN 83), 51 f.: «Unser ältestes Recht kannte überhaupt nur den Erbvertrag. Als dann die letztwilligen Verfügungen aufkamen, betrachtete man diesen vielfach nur unter dem Gesichtspunkte der Gebundenheit des Erblassers und fand daher leicht (wie im französischen Recht), es widerstreite diese Gebundenheit der natürlichen Freiheit der Person, es sei unsittlich, sich auf solche Weise auf den Todesfall zu binden. Allein dabei ist ganz übersehen, dass der Erbvertrag eben doch in den allermeisten Fällen nicht nur ein Testament mit Beifügung der Unwiderruflichkeit, sondern etwas ganz anderes bedeutet. Der Erblasser erhält in der Regel schon bei Lebzeiten seine Gegenleistung. Oder er erreicht damit die Ordnung unter mehreren seiner Erben, die er selbst im Interesse seines Gewerbes aufs lebhafteste herbeiwünschen muss. Oder es handelt sich um Zuwendungen, oder Abfindungen gegenüber solchen Erben, die zur Zeit des Erbfalles vermutlich gar nicht mehr im Lande sind, die einer erheblichen ökonomischen Grundlage gerade jetzt bedürfen, und Ähnliches mehr. Es sind gewiss sehr ernsthafte Interessen, die auf solcher Grundlage es dem Erblasser wünschenswert machen, einen Erbvertrag abzuschliessen, und es ist besser, wenn er zu deren Befriedigung nicht auf Schleichwege, wie gewisse Verkäufe, Verpachtungen u.a., gedrängt wird, sondern direkt sagen kann, was er will

5. Die Positionen von EUGEN HUBER und VIRGILE ROSSEL anlässlich der Behandlung in den Eidgenössischen Räten

Bei der Beratung des ZGB im Nationalrat haben sich EUGEN HUBER und VIRGILE ROSSEL in ihren Stellungnahmen dezidiert für die umfassende Zulassung des Erbvertrages eingesetzt.

EUGEN HUBER wies als deutschsprachiger Berichterstatter der Kommission im Nationalrat vorerst darauf hin, dass die Erbverträge bis anhin nur in einem kleineren Teil der kantonalen Rechte anerkannt worden waren, und führte anschliessend zur Frage nach der Aufnahme des Instituts in das ZGB aus: «Bei dieser Sachlage musste es sich fragen, ob wir die Erbverträge in das einheitliche Recht aufnehmen sollen. Eine nähere Prüfung der Verhältnisse hat uns aber sofort gezeigt, dass das Institut nicht entbehrt werden kann. Man bedarf derselben um gewisse Verhältnisse unter Ehegatten zu regeln, um gewisse Abmachungen zwischen dem Erblasser und einem der Kinder, Auskauf, Erbverzicht u.dgl., noch zu Lebzeiten des Erblassers in Ordnung zu bringen. Man bedarf derselben noch in anderen Richtungen, wo bei Lebzeiten ein Erblasser Wert darauf legt, Rechtsverhältnisse so zu regeln, dass nicht später durch unbefugtes Eingreifen von dritter Seite nach seinem Tode die ganze Ordnung wieder über den Haufen geworfen wird.»⁸⁵ Der Gesetzesredaktor verwies weiter darauf, dass auch in der welschen Schweiz entsprechende Abreden nicht so selten existierten: «Wir finden sie als Bestandteile des Contrat de mariage, in den advancements d'hoirie, in der Dotation usw. Ueberall zeigt sich, dass eben auch da das Bedürfnis sich geltend macht und nicht abgelehnt werden kann, dass solche Verträge bindenden Charakters errichtet werden können.»⁸⁶

Ganz ähnlich äusserte sich auch VIRGILE ROSSEL, der französischsprachige Berichterstatter der Kommission im Nationalrat. Er unterstrich vorab, dass die Anerkennung der Erbverträge für die Kantone der Suisse romande eine grosse Neuheit darstelle. Detaillierter als sein Kollege EUGEN HUBER setzte sich ROSSEL mit der grundlegenden Ablehnung des Erbvertrages im französischen Code civil von 1804 auseinander, welche auch die kantonalen Gesetzgebungen der Westschweiz beeinflusst hatte. ROSSEL wies die kritische Haltung des Code civil zurück und betonte unter Verweisung auf die den Erbvertrag zulassenden kantonalen Rechte und auf das deutsche BGB, dass die gegenüber dem Erbvertrag erhobenen Vorwürfe der Immoralität keinesfalls zutreffen würden⁸⁷. Im Ergebnis hielt ROSSEL dazu fest, «... ni dans la Suisse allemande, ni en Allemagne, ces pactes n'ont présenté les dangers

und meint. Unter dieser Betrachtungsweise rechtfertigt es sich ebenfalls, wenn nicht nur der Erbeinsetzungs- und Vermächtnisvertrag, sondern auch der Erbverzichtsvertrag anerkannt wird. Beide sind dazu bestimmt, sich zu ergänzen, denn wenn ein Kind auf das Erbe verzichtet, wird ihm oder anderen meistens zugleich ein bestimmter Vermögensvorteil zugesichert.»

85 EUGEN HUBER, Amtliches Stenographisches Bulletin der schweizerischen Bundesversammlung vom 13. Dezember 1905, Nationalrat, 1354 (zit. HUBER, Bulletin 1905).

86 HUBER, Bulletin 1905 (FN 85), 1354.

87 ROSSEL, Bulletin 1905 (FN 52), 1383: «... il n'est peut-être pas superflu de s'étendre sur la grosse nouveauté que constitue, pour la Suisse romande, la reconnaissance des pactes successoraux. Le Code civ. fr. leur est nettement hostile et son art. 1130, al. 2, les prohibe ab-

un peu artificiellement dénoncés par les commentateurs du Code Napoléon»⁸⁸. Anschließend widmete sich der französischsprachige Berichtersteller der Frage, ob der Erblasser mit dem Abschluss eines Erbvertrages auf seine Testierfreiheit verzichte; er erklärte das als fraglich, denn in Tat und Wahrheit würde derjenige, der einen Erbvertrag schliesse, dadurch seine Verfügungsfreiheit gerade ausüben. ROSSEL fügte weiter an, der Erbvertrag habe sich als nützliches und sogar notwendiges Instrument erwiesen⁸⁹; der Bundesgesetzgeber solle sich für die bewährte und freiheitliche Lösung einsetzen: «... si dans certaines contrées de la Suisse, on estime que les pactes successoraux sont des conventions dangereuses, on en sera quitte pour les ignorer; mais ce n'est pas là une raison suffisante pour les interdire dans un grand nombre de cantons où ils ont rendu de très appréciables services. Ici, de nouveau, le législateur fédéral est pour la liberté.»⁹⁰ Ganz ähnlich äusserte sich VIRGILE ROSSEL später auch in seinem Manual zum Erbvertrag⁹¹.

solument; ... Les législations de la Suisse occidentale ont adopté la même solution. ... Aussi le droit révolutionnaire et la codification napoléonienne qui s'en inspira, réagirent-ils vivement contre les pactes successoraux et les chargea-t-on de tous les péchés. Rien n'est plus curieux à cet égard que les arguments invoqués par Portalis, l'un des rédacteurs du Code civil. A l'en croire, la civilisation de la France impériale était assez arriérée encore pour que l'on ne fût pas sûr de n'être pas assassiné par celui au profit duquel on avait fait un pacte de cette sorte! Ces considérations mélodramatiques ont échappé au législateur cantonal dans nombre de nos Codes suisses, et il ne semble pas qu'elles aient préoccupé à l'excès les auteurs du Code civil pour l'empire d'Allemagne. ... Le reproche d'immoralité n'est nullement mérité par les véritables pactes successoraux, ceux-là seuls qu'autorise notre projet.»

88 ROSSEL, Bulletin 1905 (FN 52), 1383.

89 Vgl. ROSSEL, Bulletin 1905 (FN 52), 1383: «Et la meilleure preuve que ces pactes sont utiles et même nécessaires, c'est qu'ils sont assez fréquents dans les pays où ils sont permis, et que là où ils sont prohibés, on a recours à toute espèce de subterfuges, onéreux la plupart du temps, pour les remplacer.»

90 ROSSEL, Bulletin 1905 (FN 52), 1383.

91 Vgl. ROSSEL/MENTHA, Manuel (FN 52), 61f.: «Le pacte successoral ... ou «contrat d'hérédité» ... Aussi le droit révolutionnaire et la codification napoléonienne réagirent-ils vivement contre ces pactes; les arguments invoqués contre eux par Portalis, l'un des rédacteurs du Code civil français, sont presque divertissants à force d'être mélodramatiques: à l'en croire, la civilisation de la France impériale était assez arriérée encore pour que l'on ne fût pas certain de n'être pas assassiné par la personne au profit de laquelle on avait disposé pour cause de mort dans cette forme! Déjà les Romains avaient, de ces conventions qui impliquaient selon eux un *votum mortis*, une opinion très défavorable. En réalité, les critiques adressées aux pactes successoraux pourraient l'être à des contrats de rente viagère, et elles ne sont fondées que lorsqu'elles se rapportent à des pactes sur la succession d'un tiers, pactes en général conclus à l'insu de celui-ci et contre son gré. Le reproche d'immortalité n'atteint pas les véritables pactes successoraux, soit ceux qu'autorise notre code. Ce sont des conventions aléatoires comme tant d'autres, moins aléatoires même que tant d'autres, et qui sont soumises à de suffisantes causes de résiliation (art. 494 et suiv., art. 512 et suiv.). Mais, dit-on, celui qui fait un pacte de cette nature se dépouille de sa faculté de tester, et cela est incontestablement immoral. Il resterait à démontrer que cette faculté est un droit inaliénable de l'individu; au demeurant, celui qui conclut un pacte successoral exerce par cela même son droit de disposer.

Quant à la preuve de l'utilité des pactes successoraux, elle découle de la circonstance qu'ils sont assez fréquents dans les pays qui les connaissent; de plus, dans les pays qui les pro-

E. Zum Erbvertrag gemäss ZGB

I. Allgemeines

Nach schweizerischem Erbrecht steht es dem Erblasser im Rahmen der Verfügungsfreiheit (vgl. Art. 470 ZGB) und innerhalb der weiteren allgemeinen rechtlichen Schranken zu, seinen Nachlass privatautonom, mittels Verfügung von Todes wegen, zu regeln. Als Mittel dazu stellt das ZGB zwei Typen von Verfügungen von Todes wegen zur Verfügung, nämlich die letztwillige Verfügung (Testament) und den Erbvertrag⁹².

Die *letztwillige Verfügung* ist das einseitige Rechtsgeschäft von Todes wegen. Es kann folglich jederzeit widerrufen werden (vgl. Art. 509 ZGB). Der *Erbvertrag* ist das zweiseitige Rechtsgeschäft von Todes wegen. Als solches führt er zu Lebzeiten eine Bindung des Erblassers hinsichtlich seiner dereinstigen Erbschaft herbei⁹³ und ist grundsätzlich nicht mehr widerruflich⁹⁴.

Der Erbvertrag ist allerdings generell keine einheitliche Erscheinung. Demgemäss wird auch der Begriff nicht immer einheitlich verwendet. In einem weiteren Sinne lassen sich der *Erbzuwendungsvertrag* (Art. 494 ZGB), der *Erbverzichtsvertrag* (Art. 495 ZGB) und der *Vertrag über eine noch nicht angefallene Erbschaft* (Art. 636 ZGB) unterscheiden. Die zuletzt erwähnten Verträge, die ein Erbe über eine noch nicht angefallene Erbschaft mit einem Miterben oder einem Dritten schliesst, sind ohne Mitwirkung des Erblassers nicht verbindlich (Art. 636 Abs. 1 ZGB)⁹⁵. Sie sind

hibent, on a recours à toute espèce de subterfuges pour les remplacer et le Code Napoléon, par exemple, après les avoir interdits en gros, les tolère en détail dans ses art. 761, 1075 et suiv., 1082 et suiv. Et puis, si dans certaines contrées de la Suisse on persiste à les considérer comme dangereux, on en sera quitte pour les ignorer. Du reste, l'art. 636 coupe court aux abus contre lesquels il importait de se prémunir» (Kursivschrift im Original).

92 Vgl. ALEXANDER BECK, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, 2. Aufl., Bern 1976, 22 (zit. BECK, Grundriss); TUOR/SCHNYDER, Erbrecht (FN 51), 570; STEPHAN WOLF/ISABELLE BERGER-STEINER, Erbrecht in der Schweiz, in: Rembert Süß (Hrsg.), Erbrecht in Europa, 2. Aufl., Angelbachtal 2008, 1323ff., RZ 57 (zit. WOLF/BERGER-STEINER, Erbrecht in der Schweiz).

93 Die zu Lebzeiten eintretende Bindungswirkung des Erblassers bezieht sich mithin grundsätzlich nur und erst auf dessen Nachlass. Dies ergibt sich aus Art. 494 Abs. 2 und 3 ZGB, wonach der Erblasser über sein Vermögen weiterhin frei verfügen kann, jedoch mit dem Erbvertrag nicht vereinbare Verfügungen von Todes wegen oder Schenkungen der Anfechtung unterliegen. Vgl. WOLF/BERGER-STEINER, Erbrecht in der Schweiz (FN 92), RZ 59 mit FN 85; siehe auch JEAN NICOLAS DRUEY, Grundriss des Erbrechts, 5. Aufl., Bern 2002, § 10 RZ 34ff., und ausführlich neuerdings STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, Der Erbvertrag: Bindung und Sicherung des (letzten) Willens des Erblassers, Zürich/St. Gallen 2008, 184ff. (zit. HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag).

94 Immerhin bestehen einseitige Aufhebungsmöglichkeiten beim Vorliegen eines Willensmangels (Art. 469 ZGB), eines Enterbungsgrundes (Art. 513 Abs. 2 i.V.m. Art. 477 ZGB) oder bei Säumnis in der Erbringung einer Gegenleistung (Art. 514 ZGB). Vgl. dazu WOLF/BERGER-STEINER, Erbrecht in der Schweiz (FN 92), RZ 59; TUOR/SCHNYDER, Erbrecht (FN 51), 614f.; eingehend nun HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag (FN 93), 286ff.

95 Rechtsvergleichend stellt auch Art. 636 Abs. 1 ZGB eine Ausnahmeregelung dar; vgl. dazu HERMANN SCHULIN/NEDIM PETER VOGT, Die Unabtretbarkeit von Forderungen: Be-

praktisch selten und gehören nicht zu den Erbverträgen im eigentlichen Sinne. Als solche, nachfolgend interessierende Erbverträge i.e.S. existieren der Erbzuwendungsvertrag und der Erbverzichtsvertrag⁹⁶.

Der *Erbzuwendungsvertrag* (positiver Erbvertrag) ist ein Vertrag, mit dem der Erblasser zugunsten der Gegenpartei oder eines Dritten Verfügungen von Todes wegen trifft (Art. 494 Abs. 1 ZGB). Im Allgemeinen enthält der positive Erbvertrag eine Einsetzung von Erben (Erbeinsetzungsvertrag) oder die Anordnung von Vermächtnissen (Vermächtnisvertrag). Darüber hinaus kann der Erblasser im Erbzuwendungsvertrag aber alle vertraglich möglichen Verfügungen von Todes wegen treffen, wie Bedingungen und Auflagen, Vor- und Nacherbeneinsetzungen, Ersatzerbeneinsetzungen und Teilungsvorschriften⁹⁷. Der positive Erbvertrag kann ohne Gegenleistung eingegangen werden; es handelt sich diesfalls um einen unentgeltlichen Erbzuwendungsvertrag. Möglich ist aber auch, dass sich der Erbzuwendungsvertrag mit einer Gegenleistung verbindet; diese wiederum kann von Todes wegen erfolgen, womit ein gegenseitiger positiver Erbvertrag vorliegt, oder unter Lebenden erbracht werden, wie z.B. beim Verpfändungsvertrag (vgl. Art. 521 ff. OR).

Der *Erbverzichtsvertrag* (negativer Erbvertrag) ist ein Vertrag, mit welchem ein Präsumptiverbe auf sein künftiges Erbrecht verzichtet. In dieser Variante des Erbvertrages bindet sich nicht der Erblasser, sondern die Gegenpartei, d.h. der Verzichtende (vgl. Art. 495 Abs. 2 und 3 ZGB)⁹⁸. In der Praxis wird der Erbverzichtsvertrag regelmässig nur mit einem Pflichtteilserben (vgl. Art. 471 ZGB) abgeschlossen, denn ein nichtpflichtteilsgeschützter Erbe kann ohne weiteres durch Testament von der Erbfolge ausgeschlossen werden⁹⁹. Wie der positive kann auch der negative Erbvertrag ohne oder mit Gegenleistung abgeschlossen werden; im ersten Fall liegt ein unentgeltlicher Erbverzicht und im zweiten ein entgeltlicher Erbverzicht (Erbauskau) vor.

Insgesamt erweist sich der mögliche Inhalt eines Erbvertrages nach schweizerischem Recht als sehr weit. Nach der vorgenommenen rechtsvergleichenden Übersicht¹⁰⁰ gibt es in Europa keine andere Rechtsordnung, die den Erbvertrag in per-

merkungen zum schweizerischen Vertrags- und Erbrecht, in: Pascal Pichonnaz/Nedim Peter Vogt/Stephan Wolf (Hrsg.), Spuren des römischen Rechts, Festschrift für Bruno Huber zum 65. Geburtstag, Bern 2007, 609 ff., 611.

96 Vgl. zum Folgenden ausführlich PAUL-HENRI STEINAUER, *Le droit des successions*, Berne 2006, n. 606 ff. (zit. STEINAUER, *successions*); TUOR/SCHNYDER, *Erbrecht* (FN 51), 627 ff.; PETER WEIMAR, *Berner Kommentar*, Bd. III: Das Erbrecht. 1. Abt.: Die Erben, 1. Teilbd.: Die gesetzlichen Erben, 1. Teil: Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Art. 457–480 ZGB, Bern 2000, 14. Titel, Die Verfügungen von Todes wegen – Einleitung, N. 4 und N. 8–21.

97 Für den Erblasser nur einseitig möglich sind die Anordnungen betreffend die Anerkennung eines Kindes (Art. 260 Abs. 3 ZGB), die Enterbung (Art. 477 ff. ZGB), die Einsetzung eines Willensvollstreckers (Art. 517 ZGB) und der Widerruf einer letztwilligen Verfügung. Vgl. zum Ganzen STEINAUER, *successions* (FN 96), n. 609 f.; BECK, *Grundriss* (FN 92), 54.

98 Siehe STEINAUER, *successions* (FN 96), n. 611; BECK, *Grundriss* (FN 92), 55.

99 Vgl. WOLF/BERGER-STEINER, *Erbrecht in der Schweiz* (FN 92), RZ 84; STEINAUER, *successions* (FN 96), n. 612.

100 Siehe B. hievore.

soneller und inhaltlicher Hinsicht *in derart umfassender Weise zulässt wie das schweizerische ZGB*.

II. Insbesondere Gestaltung der Unternehmensnachfolge

In der Schweiz bilden sowohl der Erbzuwendungsvertrag als auch der Erbverzichtsvertrag *wichtige Planungsinstrumente* für kleine und mittlere Unternehmen. Im *positiven Erbvertrag* kann der Unternehmer für den Fall seines Ablebens Anordnungen hinsichtlich seines Unternehmens treffen. Im *negativen Erbvertrag* wird insbesondere ein – allenfalls auch nur partieller – Erbverzicht eines Pflichtteilserben in Frage stehen, sei dieser der Unternehmensnachfolger, der z.B. leibzeitig das Unternehmen erhalten hat und angesichts dieses ihm ausgerichteten Vorempfanges auf weitere erbrechtliche Ansprüche gegenüber dem Abtreter des Unternehmens verzichtet, oder sei es dessen Miterbe, der mit Blick auf die Erleichterung bzw. Ermöglichung der Unternehmensnachfolge teilweise auf seine Pflichtteilsrechte verzichtet.

Denkbar und häufig ist – wie eben schon angetönt – auch, dass *sich der Erbvertrag mit einem Vorempfang verbindet*. Der Vorempfang als solcher ist ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, weist aber insofern eine erbrechtliche Bedeutung auf, als das Vorempfangene im Zeitpunkt des Ablebens des die Zuwendung vornehmenden Erblassers der Ausgleichung (Art. 626 ff. ZGB) unterstellt sein wird.

Durchaus nicht selten ist etwa folgende, hier *exemplarisch dargestellte Konstellation*¹⁰¹: Der Erblasser ist Unternehmer, verheiratet, und hat zwei Nachkommen; der Sohn ist für die Unternehmensnachfolge geeignet, während die Tochter eine andere Ausbildung absolviert hat. In einer solchen Situation ist es möglich, dass das Unternehmen durch Abtretung auf Rechnung zukünftiger Erbschaft, mithin durch Erbvorempfang, auf den Sohn übertragen wird. Anlässlich der Abtretung besteht die Möglichkeit, für den Fall des Ablebens des Unternehmensabreters die Ausgleichungspflicht des Übernehmers gegenüber seinen Miterben – in casu sind das die Mutter und die Schwester des Übernehmers – zu beschränken, dies im Interesse der Erleichterung bzw. gar der Ermöglichung der Unternehmensfortführung durch den Sohn. Soweit dadurch Pflichtteile der Miterben – d.h. der Mutter und der Schwester des Übernehmers – verletzt werden sollten, verzichten diese auf ihr Pflichtteilsrecht, d.h. auf die Möglichkeit der Herabsetzung. Eine solche Regelung bedarf des Erbvertrages. Es handelt sich um einen – allenfalls teilweisen – Erbverzicht. Werden im Abtretungsvertrag für die dereinstige Ausgleichung massgebende Anrechnungswerte festgesetzt, so ist umgekehrt auch denkbar, dass sich diese bei einer Wertverminderung des vorempfangenen Objektes für den Übernehmer nachteilig auswirken. Für den Fall, dass dadurch sein Noterbrecht verletzt werden sollte, wird der Übernehmer seinerseits auf sein Pflichtteilsrecht bzw. auf die Geltendma-

101 Vgl. dazu auch Verband bernischer Notare, *Musterurkunden*, Bern 1981 ff., *Musterurkunde* Nr. 521, mit Bestimmungen über den Verzicht auf die Herabsetzung in Ziff. II.3.

chung der Herabsetzung verzichten. Im Ergebnis lässt sich mit einem solchen Vertrag – einer Kombination von Vorempfang und Erbverzicht – die lebzeitige Übertragung des Unternehmens vornehmen und diesbezüglich eine für alle Beteiligten – im Beispiel sind das Vater, Mutter, Sohn und Tochter – umfassende und definitive Regelung für den Fall des Todes des Abtreters treffen.

F. Schluss

Wenn die Europäische Kommission den Mitgliedstaaten den Erbvertrag als rechtliches Mittel zur Verbesserung für die Übertragung von Unternehmen und damit zur Sicherstellung der Nachfolge im Falle des Ablebens des Unternehmers vorschlägt, so erinnert das unmittelbar an die Entstehungsgeschichte des schweizerischen ZGB und besonders an die von den beiden an der Universität Bern lehrenden Professoren sowie Nationalräten EUGEN HUBER und VIRGILE ROSSEL zugunsten des Erbvertrages angestellten Überlegungen¹⁰².

Zusammengefasst betonen HUBER und ROSSEL, dass das Institut des Erbvertrages im Verhältnis zwischen Ehegatten, Eltern und Kindern sowie unter Geschwistern namentlich hinsichtlich der Bestimmung des Schicksals von Gewerben *einem Bedürfnis entspricht*, das auf andere Weise nicht befriedigt werden könnte. Sie verweisen auf die *guten Erfahrungen*, die mit dem Erbvertrag bereits *in den* diesen zulassenden, früheren *kantonalen Rechten* gemacht worden sind. HUBER und ganz besonders auch der selber aus der französischsprachigen Schweiz stammende ROSSEL halten fest, dass die gegenüber dem Erbvertrag im romanischen Rechtskreis gehegten, namentlich auf die Gesetzgebungsarbeiten am französischen Code civil zurückgehenden *Befürchtungen nicht zutreffen* würden. Stattdessen würde bei einer Nichtzulassung des Erbvertrages von den von einem derartigen Verbot Betroffenen Zuflucht zu irgendwelchen alternativen und unklaren Vertragsgebilden genommen werden müssen, welche nicht zu befriedigen vermöchten. Es sei durch den Gesetzgeber der *freiheitlichen Lösung* in Gestalt der umfassenden Zulassung des Erbvertrages der Vorzug zu geben.

Im Zusammenhang mit den unterschiedlichen Haltungen zum Erbvertrag auffallend sind die *unterschiedlichen Verständnisse von Freiheit*, wie sie im romanischen Rechtskreis und im ZGB zum Ausdruck kommen. Das Verbot des Erbvertrages wird u.a. damit begründet, dass der Erblasser hinsichtlich seiner Nachfolgeregelung bis zu seinem Tod frei bleiben können solle. Freiheit wird damit in einem ganz ausgeprägt individualistischen Sinne verstanden. Das ZGB demgegenüber lässt den Erbvertrag zu, dies im Willen, zur Abdeckung als notwendig erkannter Bedürfnisse

102 Der heutige Rechtszustand in Europa erscheint denn durchaus als vergleichbar mit demjenigen in den Kantonen der Schweiz bis zum Inkrafttreten des ZGB im Jahre 1912. Siehe STEINAUER, *lier* (FN 49), 764f.: «Enfin, on ne peut manquer d'être frappé par le fait que l'état des droits des cantons suisses à la fin du XIX^e siècle était exactement le même que celui des droits européens continentaux en cette fin du XX^e siècle.»

ein über das Testament hinaus erweitertes – und insofern liberaleres – Instrumentarium zur Gestaltung der erbrechtlichen Nachfolge zur Verfügung zu stellen, und es vertraut darauf, dass das Privatrechtssubjekt – wie auch bei anderen Rechtsgeschäften – frei genug sein werde, davon richtigen und verantwortungsbewussten Gebrauch zu machen.

Aus heutiger Optik darf festgehalten werden, dass *sich der Erbvertrag* insgesamt seit dem Inkrafttreten des ZGB am 1. Januar 1912 auch *auf gesamtschweizerischer Ebene bewährt hat*. Wenn auch zutrifft, dass mit dem Abschluss eines Erbvertrages insofern gewisse Risiken verbunden sind, als mit ihm zu Lebzeiten eine spätere erbrechtliche Nachfolge geregelt wird, mithin *ex ante* eine Vereinbarung über Künftiges und damit Ungewisses getroffen wird¹⁰³, so ist andererseits darauf hinzuweisen, dass ganz allgemein jede Rechtsgeschäftsplanung und -gestaltung zukunftsgerichtet ist, sich mithin dem Vertragsjuristen immer das Prognoseproblem stellt¹⁰⁴. Die mit der Zukunftswirkung des Erbvertrages verbundenen Unsicherheiten bzw. die daraus resultierenden Risiken lassen sich denn mit entsprechender Gestaltung des Vertrages minimieren. Soll etwa nach dem Willen der Parteien die erbvertragliche Bindung nur in Teilbereichen oder nur für bestimmte Situationen eintreten, so lassen sich solche Anliegen mittels in den Vertrag aufzunehmender Bedingungen und Vorbehalte durchaus realisieren. Aus der notariellen Praxis ist der Erbvertrag schlicht *nicht wegzudenken*. Es darf deshalb – ohne auch nur im Geringsten belehrend auftreten zu wollen – aus schweizerischer Sicht gesagt werden, dass sich der Erbvertrag ohne weiteres für die ihm neuerdings von der Europäischen Kommission zugeordnete Funktion als Instrument der Regelung der erbrechtlichen Nachfolge bei kleinen und mittleren Unternehmen fruchtbar machen lässt.

103 Siehe auch STEINAUER, *lier* (FN 49), 763.

104 Weil die Vertragsgestaltung zukunftsgerichtet ist, stellt sich bei ihr methodisch vorab das Prognoseproblem; vgl. GERRIT LANGENFELD, *Vertragsgestaltung, Methode – Verfahren – Vertragstypen*, München 1991 (die folgenden Auflagen sind diesbezüglich nicht mehr so detailliert), RZ 4.