

Besonderheiten des schweizerischen Erbrechts, aus der Sicht des ABGB*

Wenn man das österreichische und das schweizerische Erbrecht miteinander vergleicht, so findet man manch Gemeinsames, aber auch etliche Unterschiede. Der vorliegende Beitrag enthält zu einigen ausgewählten Aspekten einen Vergleich zwischen ABGB und ZGB, so hinsichtlich des gesetzlichen Erbrechts und des Pflichtteilsrechts, des gewillkürten Erbrechts und des Erbschaftserwerbs.

I. Einleitung

Wenn man das österreichische und das schweizerische Erbrecht miteinander vergleicht, so findet man manch Gemeinsames, aber auch etliche Unterschiede. Das zu präsentierende Thema ist allerdings ein Generalthema. Umfassende Vergleiche zwischen ABGB und ZGB können deshalb hier naturgemäss nicht angestellt werden. Vielmehr wird es bei einigen ausgewählten Aspekten bleiben.

Im Folgenden ist vorerst einzugehen auf einige Grundsätze zur Erbfolge.¹ Als dann werden wir das gesetzliche Erbrecht behandeln² und dabei auch das Pflichtteilsrecht ansehen.³ Weiter ist ein Überblick über das gewillkürte Erbrecht anzustellen⁴ und auf den Erwerb der Erbschaft einzugehen.⁵ Zuletzt folgt eine kurze Schlussbetrachtung.⁶

II. Grundsätzliches zur Erbfolge

Die Berufung als Erbe kann sowohl im österreichischen als auch im schweizerischen Recht auf zwei Wegen erfolgen: entweder aufgrund des Gesetzes oder aufgrund einer Verfügung von Todes wegen. Dementsprechend wird unterschieden zwischen *gesetzlichen Erben* (gesetzlicher Erbfolge) und *eingesetzten Erben* (gewillkürter Erbfolge). Erben können dabei in einem Testament (letztwillige

Verfügung gemäss der Terminologie des ZGB) oder einem Erbvertrag eingesetzt werden.⁷

Zum Verhältnis zwischen gesetzlichem und gewillkürtem Erbrecht lässt sich in quantitativer Hinsicht sagen, dass nur eine Minderheit von Erblassern eine Verfügung von Todes wegen errichtet. In der Mehrzahl der Todesfälle kommt es zur gesetzlichen Erbfolge. Insofern ist die gesetzliche Erbfolge die Regel.⁸

Hat aber der Erblasser durch eine Verfügung von Todes wegen seine Erbfolge anders geregelt, so tritt die gesetzliche Erbfolge grundsätzlich nicht ein. *Prinzipiell verdrängt also die gewillkürte Erbfolge das gesetzliche Erbrecht.*⁹ Dass die Verfügung von Todes wegen grundsätzlich dem gesetzlichen Erbrecht vorgeht, muss so sein, wenn in einer Rechtsordnung die erbrechtliche Verfügungsfreiheit gilt. Letztlich entspricht das der Privatautonomie als dem Fundament des Zivilrechts.¹⁰

Innerhalb der gewillkürten Erbfolge geht der Erbvertrag als zweiseitiges Rechtsgeschäft der *letztwilligen Verfügung* als einseitigem Rechtsgeschäft vor. Für Österreich ergibt sich das ausdrücklich auch aus § 533 ABGB.¹¹ Es gilt aber auch für die Schweiz. Denn allgemein ist das erbvertraglich begründete Erbrecht – weil grundsätzlich unwiderruflich¹² – stärker als das testamentarische, jederzeit widerrufliche Erbrecht.¹³

Erbrechtliche Verfügungsfreiheit besteht aber nicht schrankenlos. Sie wird namentlich eingeschränkt durch das *Pflichtteilsrecht* als grundsätzlich unentziehbares Erbrecht (Art. 470 f. ZGB; §§ 762 ff. ABGB).

Wir können also eine Dreierheit – nämlich gesetzliches Erbrecht, gewillkürtes Erbrecht und Pflichtteilsrecht – erkennen. Gesetzliches Erbrecht ist dispositives Recht. Es greift – subsidiär – dann Platz, wenn vom Erblasser keine gültige Verfügung von Todes wegen vorhanden ist.¹⁴ Gewillkürtes Erbrecht ist Betätigung der Privatautonomie.

Pflichtteilsrecht ist zwingendes Recht; als gewissermassen qualifiziertes gesetzliches Erbrecht greift es – im Unterschied zum gesetzlichen Erbrecht – nicht mangels erblasserischer Verfügung, sondern trotz einer solchen.¹⁵

Anders als im ZGB begründet das Pflichtteilsrecht des ABGB nur Anspruch auf einen entsprechenden Geldbetrag.¹⁶ Insofern ist die hier auf der Grundlage des schweizerischen Rechts dargestellte Dreierheit gesetzliches Erbrecht, gewillkürtes Erbrecht und Pflichtteilsrecht für Österreich zu präzisieren.¹⁷

III. Das gesetzliche Erbrecht (Berufung aufgrund des Gesetzes)

1. Formales Abstellen auf die familienrechtlichen Beziehungen

Die gesetzliche Erbfolge nach ABGB und ZGB stellt formal auf die familienrechtlichen Beziehungen, auf die *Statusbeziehungen*, ab. Ob die formal-rechtlich bestehende Beziehung auch tatsächlich gelebt wurde, ist – abgesehen von den Extremfällen der Erbnunwürdigkeit (Art. 540 ZGB; § 540 ABGB) und der Enterbung (Art. 477 ff. ZGB; §§ 768 ff. ABGB) – für das Bestehen einer gesetzlichen Erbberechtigung unerheblich.¹⁸

Allerdings ist für das ABGB in dieser Hinsicht der Sonderfall der *Pflichtteils minderung* zu erwähnen: Das österreichische Recht kennt ausnahmsweise ein Abstellen auf ein gelebtes Naheverhältnis, dies zwar nicht im gesetzlichen Erbrecht, wohl aber im Pflichtteilsrecht. So sagt § 773a ABGB: Standen der Erblasser und der Pflichtteilsberechtigten zu keiner Zeit in einem Naheverhältnis, wie es in der Familie gewöhnlich besteht, so kann der Erblasser den Pflichtteil auf die Hälfte mindern.¹⁹

Die Schweiz kennt keine solche Pflichtteils minderung.²⁰

Umgekehrt begründet eine tatsächlich gelebte Beziehung ohne formelle familienrechtliche Legitimation keine gesetzliche Erbberechtigung. So gehören namentlich Konkubinatspartner weder in Österreich noch in der Schweiz zum Kreise der gesetzlichen Erben.

In beiden Rechtsordnungen sind somit gesetzliche Erben einzig die Verwandten und der überlebende Ehegatte bzw. eingetragene Partner. In der Schweiz kommt subsidiär das Gemeinwesen hinzu (vgl. Art. 466 ZGB).

2. Gesetzliches Erbrecht der Verwandten

2.1 ZGB

Das gesetzliche Erbrecht der Verwandten beruht auf der sog. *Parentelenordnung* (Art. 457–460 ZGB). Dabei gilt eine Parentel so lange von der Erbschaft ausgeschlossen, als noch Angehörige einer näheren Parentel vorhanden sind. In der Schweiz endet das Verwandtenerbrecht mit der dritten, grosselterlichen Parentel (Art. 460 ZGB).

Ausserhalb des Parentelensystems erbberechtigt sind der Ehegatte (Art. 462 ZGB) bzw. der eingetragene Partner (Art. 462 ZGB) und subsidiär das Gemeinwesen (Art. 466 ZGB). Das Gemeinwesen – Kanton oder Gemeinde – ist der letzte gesetzliche Erbe.²¹

2.2 ABGB

Auch im ABGB werden die Verwandten in sukzessiv zum Zuge kommende *Parentelen* – das Gesetz spricht von «Linien» (§§ 730 ff. ABGB) – eingeteilt.²² Die gesetzliche Erbberechtigung der Verwandten reicht bis zur vierten Parentel, nämlich bis zu den Urgrosseltern, aber ohne deren Nachkommen (§ 741 ABGB). Erbberechtigt sind also in der vierten Parentel nur noch die Parentelenhäupter: Die Urgrosseltern bilden die Grenze des gesetzlichen Verwandtenerbrechts.

Ausserhalb der Parentelenordnung steht der überlebende Ehegatte bzw. eingetragene Partner. Ist kein zur Erbfolge Berechtigter vorhanden, so gilt die Erbschaft als erblos²³ und fällt an das Gemeinwesen (Republik Österreich), welches keine Erbenstellung innehat (§ 760 ABGB).

Prof. Dr., Fürsprecher und Notar, Ordinarius für Privatrecht sowie Notariatsrecht an der Universität Bern, Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät.

* Schriftliche Fassung des am 20. April 2010 an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Innsbruck (Österreich) gehaltenen Gastvortrages. Die mündliche Ausdrucksform wurde weitgehend beibehalten. Herrn Kollegen Prof. Dr. Bernhard Echer – im Rahmen von dessen Vorlesung «Bürgerliches Recht, Erbrecht» der Vortrag stattfand – danke ich an dieser Stelle. Meinem Assistenten MLaw Martin Eggol danke ich für die Durchsicht des Manuskriptes.

¹ II.

² III.

³ III, 5.

⁴ IV.

⁵ V.

⁶ VI.

⁷ Vgl. *BK-Weimar*, N. 1 zur Ersten Abteilung; *Beck*, 22. Für das ABGB *Echer*, Rz. 2/2.

⁸ *BK-Weimar*, N. 4 zur Ersten Abteilung. Für Österreich *Echer*, Rz. 2/2.

⁹ Vgl. auch für das österreichische Recht § 533 ABGB.

¹⁰ Vgl. *BK-Weimar*, N. 4 zur Ersten Abteilung. Siehe auch *Echer*, Rz. 2/2.

¹¹ Siehe *Echer*, Rz. 2/2 f.; *Kozio/Welser*, 454.

¹² Vgl. Art. 494 ZGB und § 1249 ABGB.

¹³ Vgl. Art. 509 Abs. 1 ZGB und § 552 ABGB.

¹⁴ *Druey*, § 5 Rz. 1.

¹⁵ *Druey*, § 5 Rz. 2.

¹⁶ Dazu II: 5.3.b. *hienacn*.

¹⁷ Vgl. *Echer*, Rz. 3/2, wonach § 727 ABGB unrichtig sei, wenn er die unzureichende Bedenkung des Pflichtteilsberechtigten als Fall der gesetzlichen Erbfolge bezeichne. Denn dem verkürzten Pflichtteilsberechtigten steht nur ein entsprechender Geldbetrag zu, nicht aber ein gesetzlicher Erbteil.

¹⁸ *Wolf*, Erbrecht, 308.

¹⁹ Mit einer Pflichtteils minderung werden dabei nicht die Pflichtteile der anderen Noterben erhöht. Vielmehr wird damit die Testierfreiheit vergrössert; vgl. *Apathy*, § 773a Rz. 1; § 767 Rz. 3.

²⁰ Bekannt ist nur – wie in Österreich; vgl. *Echer*, Rz. 11/6 – die Enterbung als vollständige Entziehung des Pflichtteils. Eine Enterbung kann dabei nur wirksam angeordnet werden bei Vorliegen eines Enterbungsgrundes (Art. 477 ff. ZGB; vgl. §§ 768 f. ABGB).

²¹ Das Gemeinwesen als gesetzlicher Erbe nimmt hinsichtlich der Schulden eine Sonderstellung ein, indem es insbesondere nur im Umfang der aus der Erbschaft erworbenen Vermögenswerte haftet (vgl. Art. 592 ZGB).

²² Vgl. dazu *Echer*, Rz. 3/6, mit Schema in Abb. 3.

²³ Vgl. die Marginalie zu § 760 ABGB.

2.3 Rechtsvergleichender Hinweis

Im europäischen Vergleich befinden sich die Schweiz und Österreich mit der Beschränkung des gesetzlichen Verwandtenerbrechts auf die dritte Parentel bzw. auf die Parentelhäupter der vierten Parentel im guten Durchschnitt. In den meisten Rechtsordnungen endet das Erbrecht der Verwandten in der dritten oder vierten Parentel.²⁴

3. Gesetzliches Erbrecht des überlebenden Ehegatten

3.1 ZGB

War der Erblasser im Zeitpunkt des Erbanges verheiratet, so ist der ihn überlebende Ehegatte *der wichtigste gesetzliche Erbe*.²⁵ Seine *Erbberechtigung* ergibt sich aus Art. 462 ZGB. Die Erbquote des überlebenden Ehegatten ist *abgestuft* je nachdem, mit welchen erbberechtigten Verwandten er in Konkurrenz steht. Neben Nachkommen des Erblassers ist der überlebende Ehegatte Miterbe zur Hälfte, neben Erben des elterlichen Stammes Miterbe zu drei Vierteln und, wenn keine Erben des elterlichen Stammes da sind, Alleinerbe.

3.2 ABGB

Die *Erbquote* des überlebenden Ehegatten ist im ABGB ebenfalls danach *abgestuft*, mit welchen Erben er in Konkurrenz steht. Massgebend ist § 757 Abs. 1 ABGB. Neben Nachkommen des Erblassers beträgt die Erbquote des Ehegatten ein Drittel. In Konkurrenz mit Angehörigen der zweiten und dritten Parentel sind es zwei Drittel. Dabei erhält der Ehegatte gegenüber der dritten Parentel auch jene Erbquoten, die auf die Nachkommen der Grosseltern entfallen würden, und ebenfalls diejenigen, die auf die Nachkommen der Geschwister fallen würden. Steht der Ehegatte also in Konkurrenz nur mit Nachkommen der Geschwister, der Grosseltern oder mit Angehörigen der vierten Parentel, so ist er Alleinerbe.²⁶

3.3 Weitere erbrechtliche Ansprüche des überlebenden Ehegatten (Hinweise)

a. ZGB

aa. Teilungsvorrecht hinsichtlich Wohnung und Hausrat (Art. 612a ZGB)

Der überlebende Ehegatte ist nach ZGB berechtigt, die *Zuweisung der Wohnung und des Hausra-*

tes zu verlangen (Art. 612a ZGB). Das Zuteilungsrecht besteht von Gesetzes wegen. Es ist auf Anrechnung an die Erbansprüche auszuüben. Es handelt sich damit um eine Teilungsvorschrift; mithin liegt keine wertmässige Begünstigung des Ehegatten vor, sondern bloss eine objektmässige Bevorzugung hinsichtlich Wohnung und Hausrat.²⁷

bb. Rechtsgeschäftliche Begünstigungsmöglichkeiten, insbesondere die Nutzniessung (Art. 473 ZGB)

Weiter kann der überlebende Ehegatte mittels *Verfügung von Todes wegen* über die gesetzlichen Ansprüche hinaus begünstigt werden. In der Schweiz kommt das in der Notariatspraxis häufig vor, regelmässig in Kombination mit güterrechtlichen Begünstigungsarten.

Ein klassisches Ehegattenbegünstigungsinstrument ist die *Setzung der Nachkommen auf den Pflichtteil* und die *Zuweisung der verfügbaren Quote* an den überlebenden Ehegatten sowie die *Einräumung einer Nutzniessung* nach Art. 473 ZGB. Die Nutzniessung gemäss Art. 473 ZGB – eine Besonderheit des schweizerischen Erbrechts – ist in einer Verfügung von Todes wegen anzuordnen. Sie führt dazu, dass der überlebende Ehegatte im Ergebnis im Besitz der ganzen Erbschaft verbleiben kann. Einen Teil der Erbschaft hat er als Erbe zu Eigentum, einen Teil als Nutzniesser zu einem beschränkten dinglichen Recht. Die Nutzniessung darf dabei die Pflichtteile der gemeinsamen Nachkommen belasten, dies bis zu einer Wiederverheiratung des begünstigten Ehegatten (vgl. Art. 473 Abs. 1 und 3 ZGB).

b. ABGB

aa. Gesetzliches Vorausvermächtnis (§ 758 ABGB)

Gemäss § 758 ABGB steht dem Ehegatten als gesetzliches Vorausvermächtnis das Recht zu, weiter in der *Ehewohnung zu wohnen* (Wohnrecht); überdies steht ihm das Eigentum an den *beweglichen Sachen des ehelichen Haushaltes* zu.²⁸

Funktional übernimmt § 758 ABGB die gleiche Rolle wie Art. 612a ZGB. Dem überlebenden Ehegatten soll die Beibehaltung der bisherigen Lebensstellung und -situation ermöglicht werden.

Im Einzelnen bestehen Unterschiede. So stellt § 758 ABGB in der Regel ein echtes Vorausvermächtnis dar, kommt also zum Erbrecht des Ehe-

gatten hinzu.²⁹ Demgegenüber sind die Übernahmerechte des Art. 612a ZGB auf Anrechnung an die Erbquote auszuüben. Es handelt sich um blosser Teilungsvorschriften und nicht um Vorausvermächtnisse.

bb. Unterhaltsanspruch (§ 796 ABGB)

Der Ehegatte hat nach § 796 ABGB einen *Anspruch auf Unterhalt* gegenüber den Erben. In den Anspruch ist allerdings unter anderem einzurechnen, was der Ehegatte aus Erbrecht erhält.³⁰ Ein solcher erbrechtlicher Unterhaltsanspruch des Ehegatten ist dem ZGB nicht bekannt.

4. Das gesetzliche Erbrecht des überlebenden eingetragenen Partners

4.1 Schweiz

Am 1. Januar 2007 ist in der Schweiz das Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (Partnerschaftsgesetz, PartG) in Kraft getreten. Damit werden überlebende eingetragene Partnerinnen und Partner erbrechtlich Ehegatten grundsätzlich gleichgestellt (vgl. für das gesetzliche Erbrecht Art. 462 ZGB).

4.2 Österreich

In Österreich ist das Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft (Eingetragene-Partnerschaft-Gesetz, EPG) am 1. Januar 2010 in Kraft getreten. Gemäss § 537a ABGB sind die für Ehegatten massgebenden Bestimmungen des Erbrechts sinngemäss auch auf eingetragene Partner anwendbar.³¹

5. Pflichtteilsrecht

5.1 Allgemeines

An sich besteht auch im Erbrecht Privatautonomie, die sog. *Verfügungsfreiheit*.³² Die Privatautonomie findet aber ihre Grenze am *Pflichtteilsrecht*.

Dem Pflichtteilsrecht kommt mithin zwingende Bedeutung zu. Die gebundene Quote bleibt der Verfügung des Erblassers entzogen.³³ Der Pflicht-

²⁴ *Eccher*, Rz. 9/28.

²⁵ *Eccher*, Rz. 3/17 und 1/15; *Kozio/Welser*, 473.

³¹ «Eingetragene Partner im Erbrecht § 537a. Die für Ehegatten massgebenden und auf das Eherecht Bezug nehmenden Bestimmungen dieses Hauptstücks sowie des Neunten bis Fünfzehnten Hauptstücks sind auf eingetragene Partner und eingetragene Partnerschaften sinngemäss anzuwenden.»

³² Vgl. schon I. hievon.

³³ Aus diesem Grund wird in der Schweiz mit Blick auf das Pflichtteilsrecht auch von *Noterbrecht* im Sinne eines notwendigen Ero-

teil muss – nach schweizerischem Recht – dem Berechtigten ungemindert, unbelastet und unbedingt zu Eigentum zukommen.³⁴

Will der Erblasser trotz Vorhandensein von Pflichtteilserben volle erbrechtliche Verfügungsfreiheit erlangen, so muss er mit allen seinen Noterben einen *Erbverzichtsvertrag* (vgl. Art. 495 ZGB) abschliessen. Einseitig kann der Erblasser einem Erben den Pflichtteil auf dem Wege der *Enterbung* entziehen, was allerdings einen Enterbungsgrund (vgl. Art. 477 ff. ZGB) voraussetzt.

5.2 Pflichtteilserben und Pflichtteilsquoten

a. ZGB

Pflichtteilsgeschützt sind nicht sämtliche gesetzlichen Erben des Erblassers, sondern nur seine Nachkommen, seine Eltern und der überlebende Ehegatte bzw. eingetragene Partner (Art. 471 ZGB). Die Pflichtteile werden in *Bruchteilen der gesetzlichen Erbteile* ausgedrückt. Sie betragen folgende Bruchteile des jeweiligen gesetzlichen Erbteils: für Nachkommen drei Viertel (Art. 471 Ziff. 1 ZGB); für Vater und Mutter je die Hälfte (Art. 471 Ziff. 2 ZGB) und für den überlebenden Ehegatten bzw. eingetragenen Partner ebenfalls die Hälfte (Art. 471 Ziff. 3 ZGB). Die Summe der Pflichtteile bildet die gebundene Nachlassquote. Die Differenz zwischen dem Gesamtnachlass und sämtlichen Pflichtteilen ist die verfügbare (disponible) Quote, der Freiteil.³⁵

b. ABGB

Das Pflichtteilsrecht garantiert auch im ABGB bestimmten nahen Angehörigen einen Mindestanteil am Nachlass.³⁶ Pflichtteilsberechtigte Personen sind die Kinder, die Eltern und der Ehegatte (§ 762 ABGB). Unter Kindern sind dabei alle Verwandten in absteigender Linie, d.h. alle Nachkommen – also Kinder, Enkel, Urenkel usw. – zu verstehen. Mit Eltern sind alle Verwandten in aufsteigender Linie – d.h. Eltern, Grosseltern und Urgrosseltern – gemeint (§ 763 ABGB).³⁷

Hinsichtlich der Vorfahren liegt somit ein Unterschied zum ZGB vor: Nach schweizerischem Recht sind nur Eltern pflichtteilsberechtigt, nicht aber die – ebenfalls noch zum Kreise der gesetzlichen Erben zählenden (vgl. Art. 459 ZGB) – Grosseltern (vgl. auch Art. 470 f. ZGB).

rechts gesprochen. Für Österreich lässt sich das dagegen mit Blick auf den Geldpflichtteil so nicht sagen.

³⁴ *Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo*, § 68 Rz. 4 f.

³⁵ Vgl. zum Ganzen auch ausführlicher *Wolf/Berger-Steiner*, Rz. 74–79.

³⁶ *Eccher*, Rz. 11/3.

³⁷ *Eccher*, Rz. 11/2.

²⁴ *Herrich*, 371 f.

²⁵ Vgl. *BK-Weimar*, N. 9 der Einleitung zum 13. Titel.

²⁶ *Eccher*, Rz. 3/15.

²⁷ Art. 612a ZGB wird ergänzt durch die güterrechtlichen Teilungsvorrechte von Art. 219 und 244 ZGB.

²⁸ *Eccher*, Rz. 9/27.

Der Pflichtteil beträgt bei Nachkommen und beim Ehegatten die Hälfte dessen, was ihm nach der gesetzlichen Erbfolge zugefallen wäre (§ 765 ABGB). Bei Vorfahren beträgt er einen Drittel (§ 766 ABGB).

Die Pflichtteile sind im ABGB *Bruchteile des Wertes der gesetzlichen Erbquote*, d.h. der Erbquote, welche den pflichtteilsberechtigten Personen jeweils als gesetzliche Erben zugefallen wäre.³⁸ Im ZGB sind Pflichtteile dagegen *Bruchteile nicht nur des Wertes, sondern der gesetzlichen Erbquote selbst*. Denn das ZGB kennt ein echtes Noterbrecht.³⁹

5.3 Rechtsnatur des Pflichtteils

a. ZGB

Das Pflichtteilsrecht des ZGB ist ein *echtes Noterbrecht* bei – ganzem oder teilweise – Übergehen eines Pflichtteilerben. Der übergangene Pflichtteilerbe muss zwar selber aktiv werden, um mittels der Herabsetzung (Herabsetzungsklage oder -einrede, Art. 522 ff. ZGB) seinen Pflichtteil herzustellen. Er kann damit aber seine Erbenstellung erlangen, d.h., er erhält eine dinglich-absolute Berechtigung am Nachlass im Ausmass seiner Pflichtteilsquote. Er erlangt also ein volles Erbrecht und wird z.B. Eigentümer der Nachlasssachen.⁴⁰

Anders ist die Situation allerdings dann, wenn der *Pflichtteilerbe* mit Vermächtnissen oder Zuwendungen unter Lebenden *abgefunden* worden ist, die wertmässig seinen Pflichtteil ausmachen. In diesem Fall kann er die Erbenstellung als dinglich-absolute Rechtsposition grundsätzlich – vorbehalten bleibt etwa eine Realkollation im Rahmen der Ausgleichung (vgl. Art. 628 ZGB) – nicht mehr herstellen. Er ist zur Herabsetzungsklage nicht legitimiert, denn gemäss Art. 522 Abs. 1 ZGB ist nur derjenige Pflichtteilerbe klageberechtigt, der nicht dem Werte nach seinen Pflichtteil erhalten hat. Für diese Sondersituation lässt sich für das ZGB sagen, das Pflichtteilsrecht sei bloss *obligatorischer Natur*.

b. ABGB

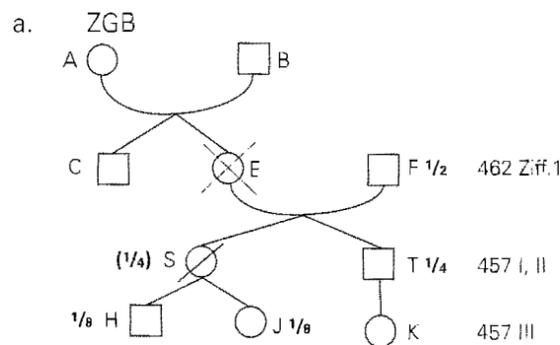
Das Pflichtteilsrecht des ABGB ist kein echtes Noterbrecht. Es garantiert dem Pflichtteilsberechtigten nicht die Erbenstellung als solche mit unmittelbar dinglich-absoluter Berechtigung. Garantiert wird vielmehr ein *Geldpflichtteil*.⁴¹ Der nicht abge-

deckte Pflichtteilsberechtigte hat ein Forderungsrecht auf einen Wertanteil in Geld.⁴² Er wird damit nicht Erbe, sondern nur schuldrechtlicher Gläubiger.⁴³

Das ABGB kannte allerdings ursprünglich wohl auch ein echtes Noterbrecht.⁴⁴ Im Rahmen der Diskussion um eine Erbrechtsreform in Österreich wird denn auch erörtert, ob zu einem echten Noterbrecht zurückgekehrt werden sollte oder ob man es beim Geldpflichtteil belassen will.⁴⁵ Namentlich *Brigitta Jud* und *Rudolf Welsch* erblicken im echten Noterbrecht indessen mehr Nachteile als Vorteile. Insbesondere würde damit der nicht gewollte Pflichtteilsberechtigte mit den gewillkürten Erben zum Teilhaber der Erbengemeinschaft. Insgesamt sei eine Rückkehr zum «Zwangserben» nicht zu empfehlen.⁴⁶

6. Beispiel zur Berechnung des gesetzlichen Erbrechts und des Pflichtteilsrechts bei Vorhandensein von überlebendem Ehegatten und Nachkommen

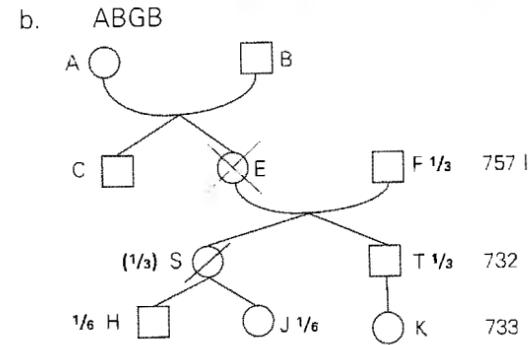
6.1 Gesetzliches Erbrecht



○ = Frau □ = Mann

Es erben: F $\frac{1}{2}$, T $\frac{1}{4}$, H und J je $\frac{1}{8}$ durch Eintritt in die Stelle des S. Ausgeschlossen ist K, da seine Mutter noch lebt. A, B und C sind Angehörige einer entfernteren Parentel.

³⁸ *Eccher*, Rz. 11/21.
³⁹ Dazu Näheres III.5.3.a. sogleich.
⁴⁰ Siehe dazu auch *Huber*, Erläuterungen I, 387.
⁴¹ Vgl. *Eccher*, Rz. 11/1.
⁴² *Eccher*, Rz. 11/1.
⁴³ *Krajcar/Philadelph*, 74. Das System findet sich auch in Deutschland.
⁴⁴ Das lässt sich heute noch in einigen Bestimmungen erkennen. Das Hofdekret aus dem Jahre 1844 hat dann aber klargestellt, dass der Pflichtteilsanspruch bloss ein schuldrechtliches Forderungsrecht darstellt; vgl. *Koziol/Welsch*, 545 f.; *Welsch*, 101.
⁴⁵ Zum Ganzen *Welsch*, 101.
⁴⁶ *Welsch*, 101 f., m.H.

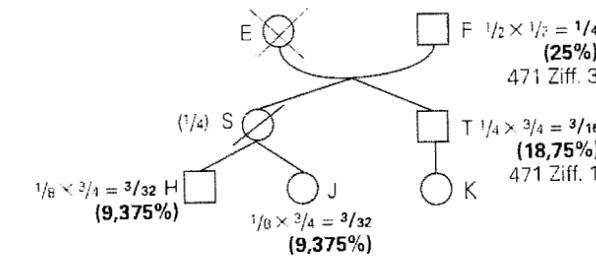


Es erben: F $\frac{1}{3}$, T $\frac{1}{3}$, H und J je $\frac{1}{6}$ durch Eintritt in die Stelle des S. Ausgeschlossen ist K, da seine Mutter noch lebt. A, B und C sind Angehörige einer entfernteren Parentel.

Im Beispiel haben wir somit in Österreich und in der Schweiz den gleichen Erbenkreis, nur andere Erbquoten.

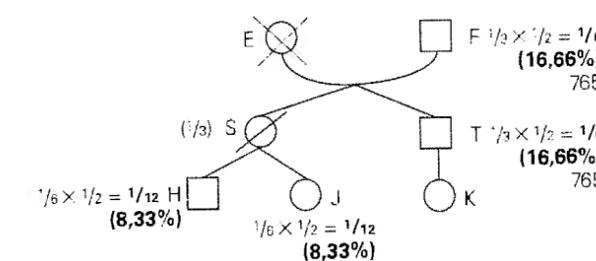
6.2 Pflichtteilsrecht

a. ZGB



Total pflichtteilsgebundene Quote bei Ehegatte und Nachkommen: $\frac{1}{4} + \frac{3}{16} + \frac{3}{32} + \frac{3}{32} = \frac{20}{32} = \frac{5}{8}$
 Verfügbare (disponible) Quote: $\frac{12}{32} = \frac{3}{8}$

b. ABGB



Total pflichtteilsgebundene Quote bei Ehegatte und Nachkommen: $\frac{1}{6} + \frac{1}{6} + \frac{1}{12} + \frac{1}{12} = \frac{6}{12} = \frac{1}{2}$
 Verfügbare (disponible) Quote: $\frac{1}{2}$

6.3 Ergebnisse und Bemerkungen zum Fallbeispiel

Das gesetzliche Erbrecht des überlebenden Ehegatten im ZGB ist höher als im ABGB, nämlich $\frac{1}{2}$ (50%) im Vergleich zu $\frac{1}{3}$ (33,33%).⁴⁷ Im ABGB sind demgegenüber die Nachkommen mit einer höheren gesetzlichen Erbquote beteiligt, nämlich mit $\frac{2}{3}$ (66,66%) im Vergleich zu $\frac{1}{2}$ (50%) im ZGB.

Das Pflichtteilsrecht des überlebenden Ehegatten im ZGB beläuft sich auf $\frac{1}{4}$ (25%), im ABGB auf $\frac{1}{6}$ (16,66%). Das Pflichtteilsrecht der Nachkommen im ZGB beläuft sich auf $\frac{3}{8}$ (37,5%), im ABGB auf $\frac{1}{3}$ (33,33%).

Die Pflichtteilsrechte für Ehegatten und Nachkommen sind im ZGB insgesamt höher als im ABGB, nämlich $\frac{5}{8}$ (62,5%) im Vergleich mit $\frac{1}{2}$ (50%). Demgemäss ist die verfügbare Quote im ABGB höher, nämlich $\frac{1}{2}$ (50%) im Vergleich mit $\frac{3}{8}$ (37,5%).

7. Hinweise auf die rechtspolitische Diskussion des Pflichtteilsrechts

Im Rahmen der Diskussion um den Revisionsbedarf im Erbrecht wird in der Schweiz am häufigsten die Frage erörtert, ob das Pflichtteilsrecht abgeschafft oder wenigstens relativiert werden soll.⁴⁸ Auch für das österreichische Erbrecht wird im Rahmen von Reformvorschlägen unter anderem das Pflichtteilsrecht diskutiert.⁴⁹ Insgesamt ist freilich sowohl in Österreich als auch in der Schweiz anerkannt, dass das Pflichtteilsrecht stabilitätsstiftend wirkt und wesentlich zur Rechtssicherheit und damit im Ergebnis zum Rechtsfrieden in der Familie beiträgt, weshalb an ihm festzuhalten ist.⁵⁰

IV. Gewillkürtes Erbrecht (Berufung aufgrund einer Verfügung von Todes wegen)

1. Grundsätzliches

Dem Erblasser steht es – wie bereits dargelegt⁵¹ – grundsätzlich frei, seinen Nachlass mittels Verfügung von Todes wegen zu regeln und damit die gesetzliche Erbfolge ganz oder teilweise ausser Kraft zu setzen. Es gilt der *Grundsatz der Verfüg-*

⁴⁷ Relativierend zu berücksichtigen gilt es allerdings, dass dem Ehegatten im österreichischen Recht ein gesetzliches Vorausvermächtnis (§ 758 ABGB) zusteht; dazu III.3.3.b.aa. hievov.
⁴⁸ *Wolf*, Erbrecht, 311.
⁴⁹ *Welsch*, 1, m.H. in Fn. 4.
⁵⁰ *Welsch*, 3 und 95 ff., mit ausführlicher Darstellung der Diskussion; *Wolf*, Erbrecht, 312, 312 ff., m.H. zu möglichen Modifikationen, namentlich im Sinne der *mejora* des spanischen Rechts.
⁵¹ II. hievov.

gungsfreiheit (Art. 470 ZGB). Verfügungsfreiheit besteht allerdings nur innerhalb bestimmter Grenzen. Dazu gehört namentlich das soeben⁵² behandelte Pflichtteilsrecht (für die Schweiz Art. 470 ff. ZGB; für Österreich §§ 762 ff. ABGB).

2. ZGB

2.1 Allgemeines

In der Schweiz ist der Begriff der Verfügung von Todes wegen ein Oberbegriff. Dieser umfasst als Unterarten die letztwillige Verfügung (Testament) und den Erbvertrag.

2.2 Letztwillige Verfügung (Testament)

Die letztwillige Verfügung oder – gleichbedeutend – das Testament ist ein *einseitiges Rechtsgeschäft* von Todes wegen. Es ist nicht empfangsbedürftig, aber formbedürftig.

Das Testament ist durch den Erblasser höchstpersönlich zu errichten. Als einseitiges Rechtsgeschäft kann es durch den Testator *jederzeit widerrufen* werden (Art. 509 ZGB).

Die erwähnten Umstände der Höchstpersönlichkeit und der jederzeitigen Widerruflichkeit haben Auswirkungen auf die Zulässigkeit gemeinschaftlicher und korrespektiver Testamente. Gemeinschaftliche und korrespektive Testamente sind im ZGB nicht vorgesehen.⁵³ Das gemeinschaftliche Testament riskiert nach schweizerischem Recht die Ungültigkeit wegen Formmängeln, dies jedenfalls für denjenigen, der es nicht eigenhändig verfasst hat (Art. 520 f. ZGB). Im korrespektiven – oder wechselbezüglichen – Testament werden zwei letztwillige Verfügungen so miteinander verbunden, dass jede mit der anderen steht und fällt. Damit ist die einseitige Widerruflichkeit des Testaments nicht mehr gegeben oder zumindest gefährdet, weshalb dem korrespektiven Testament die Ungültigkeit wegen Rechtswidrigkeit droht (Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). Denn bindende Verfügungen von Todes wegen sind nach schweizerischem Recht in einem Erbvertrag unter Einhaltung der dafür vorgeschriebenen Formen zu erlassen.⁵⁴

2.3 Der Erbvertrag

a. Begriff

In seiner Ausprägung ist der Erbvertrag sicher *eine – wenn nicht die – Besonderheit* des ZGB.⁵⁵

Der Erbvertrag ist ein *zweiseitiges Rechtsgeschäft* von Todes wegen. Er wird abgeschlossen zwischen dem Erblasser und einer Gegenpartei und bezieht sich auf die Erbschaft des Erblassers. Mit dem Erbvertrag regelt der Erblasser seine Erbfolge in bindender Weise.⁵⁶

b. Die zwei Grundtypen

Es gibt zwei Grundtypen des Erbvertrages, nämlich:

1. den *Erbzuwendungsvertrag* (positiver Erbvertrag)

Es handelt sich um einen Vertrag, mit welchem der Erblasser von Todes wegen zugunsten der Gegenpartei oder zugunsten eines Dritten verfügt (Art. 494 Abs. 1 ZGB). Im Allgemeinen ist der positive Erbvertrag ein Erbeinsetzungsvertrag oder ein Vermächtnisvertrag. Darüber hinaus kann aber der Erblasser im positiven Erbvertrag alle weiteren vertraglichen Anordnungen von Todes wegen treffen, wie Bedingungen, Auflagen, Ersatzverfügungen, Nachverfügungen und Teilungsvorschriften.⁵⁷

2. den *Erbverzichtsvertrag* (negativer Erbvertrag)

Es handelt sich um einen Vertrag, in welchem ein Präsumptiverbe auf sein künftiges Erbrecht verzichtet. In dieser Variante bindet sich nicht der Erblasser, sondern die Gegenpartei, d.h. der Verzichtende (Art. 495 Abs. 2 und 3 ZGB).⁵⁸

In der Praxis wird ein Erbverzichtsvertrag regelmässig nur mit einem Pflichtteilerben (vgl. Art. 471 ZGB) abgeschlossen. Denn ein nicht pflichtteilsberechtigter Erbe kann mit einem Testament von der Erbschaft ausgeschlossen werden, also einseitig, so dass dafür kein Bedürfnis nach einem (negativen) Erbvertrag entsteht.⁵⁹

c. Einteilung der Erbverträge

aa. Nach den Leistungen

Wir können nach den Leistungen verschiedene Kategorien bilden.

1. *Positiver Erbvertrag*

a. Ohne Gegenleistung

Der positive Erbvertrag wird ohne Gegenleistung abgeschlossen. Es handelt sich um einen unentgeltlichen Erbvertrag.⁶⁰

⁵⁶ Vgl. *Steinauer*, n. 607.

⁵⁷ Vgl. *Steinauer*, nos. 609 f.; *Beck*, 54; *Wolf*, Europäische Kommission, 958.

⁵⁸ *Steinauer*, n. 611; weiter *Beck*, 55.

⁵⁹ Vgl. *Wolf/Berger-Steiner*, Rz. 84; siehe auch *Wolf*, Europäische Kommission, 958.

⁶⁰ Beispiel: Erblasser A setzt B zum Erben ein.

b. Mit Gegenleistung

Mit der Verfügung von Todes wegen – z.B. der Erbeinsetzung – kann sich eine Gegenleistung des Begünstigten verbinden. Es handelt sich um einen entgeltlichen Erbvertrag.

Die Gegenleistung kann ebenfalls eine Zuwendung von Todes wegen sein. In diesem Fall handelt es sich um einen gegenseitigen positiven Erbvertrag.⁶¹ Die Gegenleistung kann auch unter Lebenden erfolgen. Häufig wird diesfalls ein Erbverpfändungsvertrag (Art. 521 Abs. 2 OR) vorliegen.^{62, 63}

2. *Negativer Erbvertrag*

Der Erbverzichtsvertrag kann ebenfalls ohne Gegenleistung oder mit einer solchen stattfinden. Im letzten Fall liegt ein sogenannter «Erbkauf» vor.⁶⁴

bb. Nach der Person des Begünstigten

Innerhalb der Kategorie des positiven Erbvertrages können wir eine weitere Unterscheidung nach der Person des Begünstigten treffen:

1. Der Begünstigte aus dem positiven Erbvertrag kann der *Vertragspartner*, also die Gegenpartei des Erblassers sein.⁶⁵

Der begünstigte Vertragserbe erhält damit ein unwiderrufliches Recht, beim Tode des Erblassers dessen Erbe werden zu können.⁶⁶

2. Der Begünstigte aus dem Erbvertrag kann auch ein Dritter sein.^{67, 68}

Auch in dieser Variante wird der Erblasser gebunden, und zwar nicht gegenüber dem begünstigten Dritten, sondern gegenüber seinem Vertragspartner. Dieser kann den Erblasser von seiner Bindung wiederum befreien.⁶⁹

⁶¹ Beispiel: A setzt B zum Erben ein; B setzt A zum Erben ein.

⁶² Beispiel: A setzt B zum Erben ein; B erbringt lebzeitige Leistungen an A.

⁶³ Vgl. zum Ganzen *Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo*, § 71 Rz. 39; *Wolf*, Europäische Kommission, 958.

⁶⁴ Siehe *Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo*, § 71 Rz. 46; *Wolf*, Europäische Kommission, 958.

⁶⁵ Beispiel: Der Erblasser E setzt seinen Vertragspartner V als Erben ein.

⁶⁶ *Beck*, 54.

⁶⁷ Beispiel: Der Erblasser E setzt die Kinder seines Vertragspartners als Erben ein.

⁶⁸ Vgl. *Beck*, 57.

⁶⁹ Siehe *Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo*, § 71 Rz. 40.

d. Zur besonderen Bindungswirkung des positiven Erbvertrages

Anders als das Testament bewirkt der Erbvertrag als zweiseitiges Rechtsgeschäft eine *Bindung* des Erblassers *von Todes wegen*. Der Erblasser kann sich davon einseitig grundsätzlich nicht mehr losagen. Die Bindung kann den ganzen Nachlass erfassen. Sie kann weiter nicht nur zugunsten der Gegenpartei, sondern auch zugunsten Dritter eingegangen werden.

Zu Lebzeiten bleibt der Erblasser gemäss Art. 494 Abs. 2 ZGB frei, über sein Vermögen mit Rechtsgeschäften *inter vivos* zu verfügen. Er kann mithin Objekte aus seinem Vermögen verkaufen oder verschenken.⁷⁰ Der Erblasser kann auch weiterhin von Todes wegen verfügen.⁷¹

Der aus einem Erbvertrag Begünstigte verfügt über kein erbrechtliches Mittel, um solche lebzeitigen Akte des Erblassers zu verhindern.⁷² Denn er verfügt zu Lebzeiten des Erblassers nur über eine Anwartschaft. Diese wandelt sich mit dem Tod des Erblassers in ein vollständiges subjektives Recht, welchem rückwirkend Schutz gegen erbvertragswidrige Verfügungen gewährt wird.⁷³ Der aus Erbvertrag Begünstigte kann – nach dem Ableben des Erblassers – dessen «Verfügungen von Todes wegen oder Schenkungen, die mit seinen Verpflichtungen aus dem Erbvertrag nicht vereinbar sind» (Art. 494 Abs. 3 ZGB) anfechten.

Lebzeitige unentgeltliche Veräusserungen und Verfügungen von Todes wegen sind somit nicht nichtig, sondern müssen vom erbvertraglich Begünstigten angefochten werden. Unter diesem Aspekt befindet sich der aus einem Erbvertrag Begünstigte in einer ähnlichen Position wie ein übergangener Pflichtteilerbe, dessen Rechte nicht berücksichtigt worden sind. Beide müssen die entsprechenden Rechtsgeschäfte des Erblassers anfechten. Die Klage des erbvertraglich Bedachten ist denn auch ein der Herabsetzungsklage des Pflichtteilerben (Art. 522 ff. ZGB) nachgebildetes, analoges Rechtsmittel.⁷⁴

e. Aufhebung des Erbvertrages

Der Erbvertrag kann *zweiseitig* unter den Vertragsparteien aufgehoben werden (Art. 513 Abs. 1 ZGB).

Einseitig ist der Erbvertrag dagegen grundsätzlich nicht mehr aufhebbar. Ausnahmsweise kann der Erbvertrag einseitig aufgehoben werden, so bei Vorliegen eines Willensmangels (Art. 469 ZGB), bei Vorliegen eines Enterbungsgrundes (Art. 513

⁷⁰ *Beck*, 58.

⁷¹ *Steinauer*, n. 630.

⁷² *Steinauer*, n. 633.

⁷³ *Steinauer*, n. 630a.

⁷⁴ Vgl. *Beck*, 59; *Steinauer*, n. 633.

⁵² III, 5.

⁵³ Dies im Gegensatz zu § 1248 ABGB. Siehe dazu IV.3.2 hierach.

⁵⁴ Siehe zum Ganzen *Druey*, § 9 Rz. 4 ff., und *Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo*, 676, Fn. 9, je m.w.H.

⁵⁵ Dazu ausführlich *Wolf*, Europäische Kommission, 941 ff.

Abs. 2 i.V.m. Art. 477 ZGB) oder bei Säumnis in der Erbringung einer Gegenleistung unter Lebenden (Art. 514 ZGB).⁷⁵

3. ABGB

3.1 Arten

Das ABGB kennt die letztwilligen Verfügungen als einseitige, widerrufliche Rechtsgeschäfte von Todes wegen. Überdies bestehen als zweiseitige, vertragliche Rechtsgeschäfte von Todes wegen der Erbvertrag und der Erbverzichtsvertrag.⁷⁶

3.2 Letztwillige Verfügungen

Anders als im ZGB lassen sich im österreichischen Recht die letztwilligen Verfügungen unterteilen in *Testament* und *Kodizill*. Das Testament enthält eine Erbeinsetzung. Das Kodizill enthält keine solche (§ 553 ABGB).⁷⁷

Innerhalb der *Testamentsformen* bestehen Unterschiede zwischen österreichischem und schweizerischem Recht. Das ABGB stellt eine reichere Palette an Formen zur Verfügung.⁷⁸

Im Unterschied zum ZGB lässt das ABGB *gemeinschaftliche Testamente* zu. Allerdings können nur Ehegatten gemeinsam testieren (§§ 583, 1248 ABGB).⁷⁹ Der praktische Grund für die Zulässigkeit des gemeinschaftlichen Testaments liegt darin, dass in einem Erbvertrag – anders als in der Schweiz – ein Viertel frei bleiben muss (§ 1253 ABGB). Ehegatten können sich im Erbvertrag gegenseitig nur zu drei Vierteln als Erben einsetzen. Deshalb setzen sie sich häufig gleichzeitig – und in derselben Urkunde – hinsichtlich des freien Viertels (§ 1253 ABGB) zu Erben ein.⁸⁰ Das gemeinschaftliche Testament des ABGB ist kein Vertrag, dies selbst dann nicht, wenn es formell in der Erbvertragsurkunde errichtet wird. Vielmehr bleibt es für jeden Testator eine einseitige, jederzeitig widerrufliche Verfügung.⁸¹

3.3 Erbvertrag

Der Erbvertrag ist – wie in der Schweiz – das *zweiseitige Rechtsgeschäft* von Todes wegen. Zu unterscheiden ist ebenfalls zwischen Erbzuwendungsvertrag und Erbverzichtsvertrag.

Vertragsparteien des *Erbzuwendungsvertrages* können – anders als im ZGB – nur Ehegatten oder Brautleute unter der Bedingung der Heirat sein.⁸² Inhalt des Erbvertrages ist die Erbeinsetzung oder die Anordnung eines Vermächtnisses zugunsten des Vertragspartners. Im Erbvertrag können auch Verfügungen zugunsten Dritter enthalten sein; solche stellen aber – wiederum im Gegensatz zum ZGB – bloss einseitig widerrufliche letztwillige Verfügungen dar.⁸³ Ebenfalls anders als im ZGB besteht im ABGB für die Verfügung durch Erbvertrag eine Schranke. Über einen Viertel kann nicht erbrechtlich verfügt werden (§ 1253 ABGB). Oder m.a.W.: Bindende Verfügungen im Erbvertrag sind nur zugunsten des Ehegatten und nur im Umfang von drei Vierteln möglich. Der Erbzuwendungsvertrag ist in Österreich wegen des sehr begrenzten Kreises der abschlussberechtigten Vertragspartner selten.⁸⁴

Anderes gilt für den *Erbverzichtsvertrag*. Er ist im ABGB allgemein zugelassen (§ 551 ABGB) und hat in der Praxis grosse Bedeutung.⁸⁵

V. Erwerb der Erbschaft

1. Erbschaftserwerb durch Antritt (Nichtvonselbsterwerb) und ipso iure-Erwerb der Erbschaft (eo-ipso-Erwerb; Vonselbsterwerb)

Das moderne Recht zwingt niemanden, eine Erbschaft anzunehmen. Der Gesetzgeber hat das sicherzustellen. Das kann er auf zwei verschiedene Arten tun. Einerseits kann er die Regelung aufstellen, dass der Berufene erst dann Erbe wird, wenn er sich entschieden hat, die Erbschaft anzunehmen (prägnanter «anzutreten»). Das ist das *Prinzip des Erbschaftserwerbs durch Antritt* (Nichtvonselbsterwerb).⁸⁶ Andererseits kann das Gesetz den Berufenen auch sofort mit dem Erbfall zum Erben erklären. Dem Erben ist aber in diesem Fall das Recht einzuräumen, die Erbschaft innert einer bestimmten Frist auszuschlagen. Das ist das *Prinzip des ipso iure-Erwerbs der Erbschaft* (eo-ipso-Erwerb; Vonselbsterwerb).⁸⁷

In den europäischen Rechtsordnungen sind beide Systeme des Erbschaftserwerbs bekannt. Das ABGB steht auf dem Boden des Nichtvonselbsterwerbs. Der Erbschaftserwerb erfolgt durch Antritt, nämlich durch Erklärung des Berufenen, die

Erbschaft annehmen zu wollen, und zusätzliche behördliche Einweisung, die sog. Einantwortung. Das ZGB seinerseits sieht den Vonselbsterwerb der Erbschaft vor.

2. ZGB

2.1 Gesetzliche Regelung

Art. 560 Abs. 1 ZGB lautet: «Die Erben erwerben die Erbschaft als Ganzes mit dem Tode des Erblassers kraft Gesetzes». Damit werden zwei zentrale Grundsätze des schweizerischen Erbrechts zum Ausdruck gebracht, nämlich das Prinzip der *Universalsukzession* und der Grundsatz des *ipso iure-Erwerbs*.

2.2 Das Prinzip der Universalsukzession (Gesamtnachfolge)

Nach Art. 560 Abs. 1 ZGB erwerben die Erben «die Erbschaft als Ganzes». Damit wird der Grundsatz der *Universalsukzession* ausgedrückt. Dieser besagt, dass die Erbschaft als Einheit auf den oder die Erben übergeht, kraft eines aus dem Erbrecht sich ergebenden Gesamtanspruchs.⁸⁸ Zu den vererblichen – und damit übergehenden – Rechtsverhältnissen zählen nicht nur die Aktiven, sondern auch die Passiven (Art. 560 Abs. 2 ZGB). Diese werden zu persönlichen Schulden der Erben (Art. 560 Abs. 2 ZGB), welche solidarisch haften (Art. 603 Abs. 1 ZGB).

2.3 Das Prinzip des ipso iure-Erwerbs (eo-ipso-Erwerb, Erwerb kraft Gesetzes)

Der Erwerb der vererblichen Rechte und Pflichten des Erblassers ist an keinerlei Willensäußerung des Erben geknüpft, sondern an die blosser Tatsache des Todes des Erblassers (vgl. Art. 560 Abs. 1 ZGB: «mit dem Tode des Erblassers»). An dieses Ereignis knüpft das Gesetz ohne Weiteres den Erbschaftserwerb. Der Erwerb findet unmittelbar «kraft Gesetzes» statt (Art. 560 Abs. 1 ZGB). Zwischen Anfall und Erwerb der Erbschaft kann nicht unterschieden werden. Der Anfall bedeutet zugleich auch den Erwerb.⁸⁹ Die Erben erlangen mit dem Tod des Erblassers ebenfalls den Besitz an den Nachlassgegenständen (vgl. Art. 560 Abs. 2 ZGB). Der Erbe *erwirbt* somit *die Erbschaft ohne sein Zutun*, ja sogar ohne sein Wissen und Wollen.⁹⁰

Der Erbe kann aber die Erbschaft nachträglich *ausschlagen*.⁹¹ Jeder Erbe hat nach dem ZGB individuell die Befugnis, die ihm angefallene Erbschaft innert einer Frist von drei Monaten (Art. 567 Abs. 1 ZGB) auszuschlagen (vgl. Art. 566 ff. ZGB). Der Erwerb der Erbschaft erfolgt somit zwar von Gesetzes wegen, er ist aber resolutiv bedingt durch die Möglichkeit der Ausschlagung der Erbschaft.⁹² Nur ausnahmsweise ist für den Erbschaftserwerb eine Annahmeerklärung erforderlich (Art. 566 Abs. 2 ZGB).

Warum hat man sich beim Erlass des ZGB für den *ipso iure-Erwerb* der Erbschaft entschieden? Für den Gesetzesredaktor *Eugen Huber* waren folgende Überlegungen entscheidend: «Was uns, ... , zu diesen Vorschlägen bestimmt, ist nicht nur die Übereinstimmung mit dem Recht der grösseren Zahl der Kantone (siehe Schweiz. PR II, S. 347 ff. und 368 ff.), sondern eine allgemeine Erwägung. Der Erbschaftserwerb muss nämlich unseres Erachtens gesetzlich nach der Ordnung bestimmt werden, wie sie in den allermeisten Fällen praktisch sich zu gestalten pflegt. Da nun die hohe Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass eine Erbschaft von den gesetzlichen oder eingesetzten Erben angenommen werde, so darf der Gesetzgeber auch nicht wohl auf das Stillschweigen der Erben den Verlust der Erbschaft ansetzen, sondern muss umgekehrt bei solchem Stillschweigen deren Annahme gelten lassen. Diese Überlegung lässt uns nur in einem Falle im Stich, indem, wo der Erblasser keine Habe hinterlässt, als Bettler oder in Fallitenzustand u. dgl. gestorben ist, die Vermutung der Annahme allerdings nicht wohl als gerechtfertigt erscheint.»⁹³

3. ABGB

Das ABGB kennt den Grundsatz der *Universalsukzession* ebenfalls. Die Gesamtrechtsnachfolge tritt aber nicht bereits unmittelbar mit dem Tode des Erblassers ein, sondern findet – dem Grundsatz des Erbschaftserwerbs durch Antritt entsprechend – erst mit der Einantwortung statt.

Der Erwerb der Erbschaft erfolgt aufgrund eines gültigen subjektiven Erbrechts (Titel) durch Besitzeinweisung (Modus). Die Besitzeinweisung in den Nachlass findet statt durch die Einantwortung (§ 797 ABGB: «Übergabe in den rechtlichen Besitz».)⁹⁴

⁷⁵ Vgl. Wolf/Berger-Steiner, Rz. 59.

⁷⁶ Eccher, Rz. 4/9.

⁷⁷ Vgl. Eccher, Rz. 4/11.

⁷⁸ Im Einzelnen sind das private und öffentliche (gerichtliche oder notarielle) Testamente, schriftliche und mündliche, individuelle oder gemeinschaftliche, ordentliche und ausserordentliche Testamente. Dazu Eccher, Rz. 4/40 ff.

⁷⁹ Demgegenüber ist ein gemeinsames Testament etwa von Mutter und Tochter nichtig; vgl. Apathy, N. 1 zu § 583 ABGB.

⁸⁰ Eccher, Rz. 4/52.

⁸¹ Eccher, Rz. 4/54.

⁸² Eccher, Rz. 5/2.

⁸³ Eccher, Rz. 5/1.

⁸⁴ Koziol/Welser, 454.

⁸⁵ Haunschmidt, Rz. 85.

⁸⁶ Wolf, Erbschaftserwerb, 217 f.

⁸⁷ Siehe auch Wolf, Erbschaftserwerb, 218. Zum Ganzen Kipp/Coing, 478.

⁸⁸ ZK-Escher, N. 2 der Vorbemerkungen zum zweiten Abschnitt (vor Art. 560 ZGB).

⁸⁹ Zum Ganzen BK-Tuor/Picenoni, N. 3 der Vorbemerkungen zum zweiten Abschnitt (vor Art. 560 ZGB).

⁹⁰ ZK-Escher, N. 6 der Vorbemerkungen zum zweiten Abschnitt (vor Art. 560 ZGB).

⁹¹ ZK-Escher, N. 6 der Vorbemerkungen zum zweiten Abschnitt (vor Art. 560 ZGB).

⁹² Vgl. Huber, Erläuterungen I, 373.

⁹³ Huber, Erläuterungen I, 371 f.

⁹⁴ Vgl. Eccher, Rz. 6/1.

Im Einzelnen ist zum Erbschaftserwerb die ausdrückliche *Annahme der Erbschaft* (positive Erbantrittserklärung) erforderlich, und es bedarf der im Rahmen des Verlassenschaftsverfahrens⁹⁵ vorzunehmenden *Einantwortung* durch das Gericht (§§ 797 und 799 ABGB). Zwischen dem Tod des Erblassers als dem Zeitpunkt des Erbanfalls (§ 536 ABGB) und der Einantwortung ist der Erblasser nicht mehr und der Erbe noch nicht Subjekt der Erbschaft. Diese wird deshalb als mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestatteter «ruhender» Nachlass bezeichnet.⁹⁶

VI. Schluss

Was lässt sich zusammenfassend zu den Besonderheiten des schweizerischen Erbrechts festhalten? Verallgemeinernd und verkürzt lässt sich vielleicht Folgendes sagen:

Das ZGB weist im Vergleich mit dem ABGB *höhere pflichtteilsgeschützte Quoten der Nachkommen* als den nächsten Verwandten auf, und es verankert ein echtes *Noterbrecht*. Es charakterisiert sich sodann durch die *starke erbrechtliche Stellung des Überlebenden Ehegatten*. Im Ergebnis besteht jedenfalls für das vorstehend behandelte Beispiel im ZGB eine geringere verfügbare Quote als im ABGB.

Im Weiteren ist das letztlich auf die Überzeugungen von *Eugen Huber* zurückgehende grosse Vertrauen in den Menschen, die hohe *Eigenverantwortung*, die dem Privatrechtssubjekt zugestanden wird, ein Charakterzug des ZGB. Beispielhaft zeigt sich das vor allem an der Ausgestaltung des Erbvertrages. Soweit ersichtlich gibt es in Europa keine andere Rechtsordnung, die den Erbvertrag in personeller und inhaltlicher Hinsicht in derart umfassender Weise zulässt wie das ZGB.⁹⁷ Der Erblasser kann den Erbvertrag mit beliebigen Dritten abschliessen, und er kann darin Bindungen zugunsten seines Vertragspartners oder auch zugunsten Dritter eingehen. Weiter kann er erbrechtlich über seinen ganzen Nachlass verfügen. Das ZGB vertraut darauf, dass der Erblasser frei genug sein werde, von den mit dem Erbvertrag verbundenen, umfassenden Möglichkeiten der erbrechtlichen Nachfolge richtigen und verantwortungsbewussten Gebrauch zu machen.⁹⁸ Auch mit dem ipso iure-Erwerb der Erbschaft wird dem einzelnen Privatrechtssubjekt *Eigenverantwortung* zugestanden.

Literaturverzeichnis

- Apathy Peter*, Kommentierung der §§ 531–796 ABGB, in: *Koziol Helmut/Bydliński Peter/Boilenberger Raimund* (Hrsg.), *Kurzkommentar zum ABGB, Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch samt Enegesetz und Konsumentenschutzgesetz*, Wien/New York 2005
- Beck Alexander*, *Grundriss des Erbrechts*, 2. Aufl., Bern 1976
- Druoy Jean Nicolas*, *Grundriss des Erbrechts*, 5. Aufl., Bern 2002
- Escher Bernhard*, *Erbrecht*, in: *Apathy Peter* (Hrsg.), *Bürgerliches Recht VI*, 3. Aufl., Wien/New York 2008
- Escher Arnold*, *Zürcher Kommentar*, Band III: *Erbrecht*, 1. Abteilung: *Die Erben*, Art. 457–579 ZGB, 3. Aufl., Zürich 1959 (zit.: *ZK-Escher*)
- Haunschildt Franz*, *Erbrecht in Österreich*, in: *Süss Rembert* (Hrsg.), *Erbrecht in Europa*, 2. Aufl., Angelbachtal 2008, 1089 ff.
- Henrich Dieter*, *Familienerbrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich*, in: *Henrich Dieter/Schwab Dieter* (Hrsg.), *Familienerbrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich*, Beiträge zum europäischen Familienrecht, Bielefeld 2001, 371 ff.
- Huber Eugen*, *Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements*, Band I, 2. Aufl., Bern 1914 (zit.: *Huber, Erläuterungen I*)
- Kipp Theodor/Coing Helmut*, *Erbrecht*, 14. Bearbeitung, Tübingen 1990
- Koziol Helmut/Welser Rudolf*, *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, Band II, *Schuldrecht: Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht*, 13. Aufl., Wien 2007
- Krajcer Sandra/Philadelphia Valentina*, 3. Teil: *Das Pflichtteilsrecht*, in: *Welser Rudolf*, *Die Reform des österreichischen Erbrechts*, Verhandlungen des siebzehnten österreichischen Juristentages, Wien 2009, 73 ff.
- Steinauer Paul-Henri*, *Le droit des successions*, Berne 2006
- Tuor Peter/Picconini Vito*, *Berner Kommentar*, Band 3: *Erbrecht*, 2. Abteilung: *Der Erbgang*, Art. 537–640 ZGB, 2. Aufl., Bern 1964 (zit.: *BK-Tuor/Picconini*)
- Tuor Peter/Schnyder Bernhard/Schmid Jörg/Rumo-Jungo Alexandra*, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 13. Aufl., Zürich/Basel/Genève 2009 (zit.: *Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo*)
- Weimar Peter*, *Berner Kommentar*, Band 3: *Erbrecht*, 1. Abteilung: *Das Erbrecht*, 1. Teilband: *Die Erben*, Art. 457–516 ZGB, 2. Aufl., Bern 2009 (zit.: *BK-Weimar*)
- Welser Rudolf*, *Die Reform des österreichischen Erbrechts*, Verhandlungen des siebzehnten österreichischen Juristentages, Wien 2009
- Wolf Stephan*, *Ist das schweizerische Erbrecht in seinen Grundlagen revisionsbedürftig?*, ZBJV 143 (2007), 301 ff. (zit.: *Wolf, Erbrecht*)
- Wolf Stephan*, *Erbschaftserwerb durch mehrere Erben und Erbteilungsrecht – Erbengemeinschaft – Erbteilung*, ZSR 140 (2006), 211 ff. (zit.: *Wolf, Erbschaftserwerb*)
- Wolf Stephan*, *Die Europäische Kommission auf den Spuren von Eugen Huber und Virgile Rossel – Betrachtungen zum Erbvertrag, insbesondere als Instrument der Unternehmensnachfolge*, in: *Kunz Peter V./Herren Dorothea/Cottier Thomas/Matteotti René* (Hrsg.), *Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis*, Festschrift für Roland von Büren, Basel 2009, 941 ff. (zit.: *Wolf, Europäische Kommission*)
- Wolf Stephan/Berger-Steiner Isabelle*, *Erbrecht in der Schweiz*, in: *Süss Rembert* (Hrsg.), *Erbrecht in Europa*, 2. Aufl., Angelbachtal 2008, 1323 ff.

⁹⁵ Dazu *Escher*, Rz. 6/3 ff.

⁹⁶ *Escher*, Rz. 1/5.

⁹⁷ *Wolf*, Europäische Kommission, 953 f.

⁹⁸ *Wolf*, Europäische Kommission, 960 f.