

**Gutachten des Deutschen Notarinstituts**

**Dokumentnummer:** 1411#

**letzte Aktualisierung:** 14. Juni 2004

## Gutachten

### Schweiz, Erbvertrag, Testamentsvollstreckung, Nießbrauch

#### I. Zum Sachverhalt

Ein deutscher Erblasser mit Wohnsitz in Deutschland und Grundbesitz in der Schweiz (Tessin) hat in einem Erbvertrag seine Enkel als Erben berufen. Nacherbschaft ist angeordnet, ebenso Testamentsvollstreckung. Zugunsten seiner Ehefrau hat der Erblasser den lebenslänglichen Nießbrauch verfügt. Mit dem Tod der Ehefrau soll der Nießbrauch seiner Tochter - der Mutter der Erben - zustehen.

#### II. Fragestellung

1. Wie wird in der Schweiz belegener Grundbesitz auf deutsche Erben übertragen?
2. Ist die Eintragung eines Nießbrauchs möglich und falls ja, wie geschieht das?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Erbstatut

Zunächst ist zu prüfen, ob hinsichtlich des in der Schweiz belegenen Grundbesitzes deutsches oder Schweizer Erbrecht anwendbar ist.

Erbstatut ist aus der Sicht des deutschen wie aus der des Schweizer IPR das deutsche Erbrecht. Dabei stellt das deutsche IPR auf die deutsche Staatsangehörigkeit des Erblassers ab (Art. 25 Abs. 1 EGBGB), das Schweizer IPR auf den letzten Wohnsitz des Erblassers (Art. 91 Abs. 1 Schweizer IPRG). Art. 91 Schweizer IPRG bestimmt im Wortlaut:

### **Art. 91.**

- (1) Der Nachlass einer Person mit letztem Wohnsitz im Ausland untersteht dem Recht, auf welches das Kollisionsrecht des Wohnsitzstaates verweist.
- (2) Soweit nach Artikel 87 die schweizerischen Gerichte oder Behörden am Heimatort zuständig sind, untersteht der Nachlass eines Schweizers mit letztem Wohnsitz im Ausland schweizerischem Recht, es sei denn, der Erblasser habe in der letztwilligen Verfügung oder im Erbvertrag ausdrücklich das Recht an seinem letzten Wohnsitz vorbehalten.

Sowohl aus der Sicht des deutschen als auch aus der Sicht des Schweizer Kollisionsrechts ist somit das deutsche materielle Erbrecht berufen.

## **2. Statut der Testamentsvollstreckung**

Aus deutscher Sicht wird die Testamentsvollstreckung an das Erbstatut angeknüpft (MünchKomm-Birk, 2. Aufl., Art. 26 EGBGB Rn. 106 ff.; Staudinger/Dörner, 13. Aufl. 1995, Art. 25 EGBGB Rn. 274). Damit unterliegt sie vorliegend dem deutschen Erbrecht.

Das Schweizer IPR knüpft die Testamentsvollstreckung („Willensvollstreckung“ in der Terminologie des Schweizer Rechts) an die Zuständigkeit zur Eröffnung des Nachlasses an (Art. 92 Abs. 2 S. 2 IPRG). Liegt jedoch die Hauptnachlaßzuständigkeit im Ausland, so erfolgt auch die kollisionsrechtliche Einordnung der Testamentsvollstreckung nach dem jeweiligen ausländischen Recht (IPRG-Komm-Heini, Zürich 1993, Art. 92 IPRG Rn. 22). Sofern die Eröffnung des Nachlasses daher primär in Deutschland erfolgt, verweist das Schweizer IPR auf das deutsche Recht. Die Voraussetzungen der Testamentsvollstreckung und die Befugnisse des Testamentsvollstreckers unterliegen dann auch aus Sicht des Schweizer Rechts dem deutschen Erbrecht. Art. 92 IPRG bestimmt:

### **Art. 92.**

- (1) Das auf den Nachlass anwendbare Recht bestimmt, was zum Nachlass gehört, wer in welchem Umfang daran berechtigt ist, wer die Schulden des Nachlasses trägt, welche Rechtsbehelfe und Massnahmen zulässig sind und unter welchen Voraussetzungen sie angerufen werden können.
- (2) Die Durchführung der einzelnen Massnahmen richtet sich nach dem Recht am Ort der zuständigen Behörde. Diesem Recht unterstehen namentlich die sichernden Massnahmen und die Nachlassabwicklung mit Einschluss der Willensvollstreckung.

Da der Erblasser mit letztem Wohnsitz in Deutschland verstorben ist, wird die Schweiz auch ein in Deutschland ausgestelltes Testamentsvollstreckezeugnis bzw. einen hier ausgestellten Erbschein anerkennen (Art. 96 Abs. a IPRG, vgl. IPRG-Komm-Heini, a.a.O., Art. 96 IPRG Rn. 7). Dies gilt auch hinsichtlich in der Schweiz belegtem Grundbesitzes. Art. 96 IPRG bestimmt:

**Art. 96.**

- (1) Ausländische Entscheidungen, Massnahmen und Urkunden, die den Nachlass betreffen, sowie Rechte aus einem im Ausland eröffneten Nachlass werden in der Schweiz anerkannt:
  - a) wenn sie im Staat des letzten Wohnsitzes des Erblassers oder im Staat, dessen Recht er gewählt hat, getroffen, ausgestellt oder festgestellt worden sind oder wenn sie in einem dieser Staaten anerkannt werden, oder
  - b) wenn sie Grundstücke betreffen und in dem Staat, in dem sie liegen, getroffen, ausgestellt oder festgestellt worden sind oder wenn sie dort anerkannt werden.
- (2) Beansprucht ein Staat für die in seinem Gebiet liegenden Grundstücke des Erblassers die ausschliessliche Zuständigkeit, so werden nur dessen Entscheidungen, Massnahmen und Urkunden anerkannt.
- (3) Sichernde Massnahmen des Staates, in dem Vermögen des Erblassers liegt, werden in der Schweiz anerkannt.

**3. Zulässigkeit des Erbvertrages**

Die Statthaftigkeit eines Erbvertrages bestimmt sich aus deutscher Sicht nach dem Errichtungsstatut, Art. 26 Abs. 5 S. 1 EGBGB (MünchKomm-Birk, 2. Aufl., Art. 26 EGBGB Rn. 126). Errichtungsstatut ist das Heimatrecht des Erblassers zur Zeit der Errichtung der letztwilligen Verfügung, hier also deutsches Recht. Der Abschluß eines Erbvertrages ist daher unproblematisch möglich.

Das Schweizer IPR unterstellt den Erbvertrag dem Erbrecht am Wohnsitz des Erblassers zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Für einseitige Verfügungen wird dabei lediglich auf den Wohnsitz des Verfügenden abgestellt (Art. 95 Abs. 1 IPRG). Damit richtet sich die Wirksamkeit und Bindungswirkung des Erbvertrages auch aus der Sicht des Schweizer IPR nach dem deutschen Erbrecht als dem letzten Wohnsitzrecht des Erblassers.

#### 4. Form des Erbvertrages

Hinsichtlich der Form des Erbvertrages genügt die Einhaltung der deutschen Ortsform sowohl aus der Sicht des deutschen Kollisionsrechts (Art. 26 Abs. 4 i.V.m. Art. 26 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB) als auch aus der Sicht des Schweizer IPR (Art. 95 Abs. 4 i.V.m. Art. 93 Abs. 2 IPRG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Haager Testamentsübereinkommen).

#### 5. Übertragung des Schweizer Grundbesitzes auf die deutschen Erben und Erwerbsbeschränkungen

- a) Mit der Eröffnung des Erbganges, d.h. mit dem Tod des Erblassers, geht das Grundeigentum auf den Erben bzw. die Erbengemeinschaft über. Dies gilt sowohl im deutschen, als auch im Schweizer Recht (Art. 560, 656 Abs. 2 ZGB).

Die deklaratorische Eintragung der Erben im Grundbuch als Eigentümer setzt den Nachweis des Erbgangs voraus, welcher mittels des amtlichen Erbscheins, wobei - wie oben ausgeführt - der deutsche Erbschein ausreicht, oder durch eine Erbgangsbeurkundung, ausgestellt von der zuständigen Urkundsperson, bewerkstelligt wird (Simonius/Sutter, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Bd. I, 1995, S. 313). Diesen Nachweis hat der Erbe auch bei testamentarischer Erbfolge zu führen. Grundbuchverwalter und Aufsichtsbehörde haben das Testament nicht zu prüfen. Ihre Kognition erstreckt sich lediglich auf die Prüfung der formellen Richtigkeit der Beurkundung und die Zuständigkeit der ausstellenden Behörde (Simonius/Sutter, a.a.O.). Zur Anmeldung ist neben den legitimierten Erben auch der Willensvollstrecker befugt (Simonius/Sutter, a.a.O.).

- b) Grundsätzlich ist der Erwerb von Grundeigentum in der Schweiz durch die „lex Friedrich“ - Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 16.12.1983, in Kraft seit 1.1.1985 - in gewissem Umfang beschränkt. Unproblematisch ist allerdings der Übergang auf den gesetzlichen Erben i.S.d. schweizerischen Rechts im Erbgang (Art. 7a BewillG). Wer gesetzlicher Erbe ist, ergibt sich aus Art. 457 ff. ZGB. Erben sind danach die Kinder, Großkinder, Urgroßkinder usw., die Eltern und deren Nachkommen, die Großeltern und deren Nachkommen und der überlebende Ehegatte. All die vorgenannten Personen sind gesetzliche Erben, d.h., sie können auch dann - durch Testament bedacht - genehmigungsfrei erben, wenn ihnen näherstehende Erben - wie vorliegend - vorgehen, die aber eben letztwillig nicht zum Zuge gekommen sind (Steuber, Erwerb und Besitz einer Immobilie in der Schweiz, 4/A/22 in Schönhöfer/Böhner, Haus- und Grundbesitz im Ausland, Schweiz). Der Übergang ist daher hier genehmigungsfrei.

## 6. Eintragung eines Nießbrauchs

Die in der Schweizer Terminologie genannte *Nutznießung* ist in den Art. 745 ff. ZGB geregelt. Die *Nutznießung* verleiht dem beschränkt dinglich Berechtigten, dem Nutznießer, das Recht auf den „vollen Genuss“ des belasteten Grundstücks (Art. 745 Abs. 2 ZGB), worunter „das Recht auf den Besitz, den Gebrauch und die Nutzung“ verstanden wird (Art. 755 Abs. 1 ZGB).

Wird die Nutznießung von Todes wegen begründet, so hat der belastete Erbe, ggf. an seiner Stelle der Willensvollstrecker, die Anmeldung der Übertragung beim Grundbuch vorzunehmen; den Eintragungstitel bildet die letztwillige Verfügung oder der Erbvertrag, verbunden mit einer Bescheinigung über den Erbgang (Simonius/Sutter, a.a.O., Bd. II, 1990, S. 90). Die Errichtung einer *Nutznießung* an einem Grundstück unter Lebenden verlangt eine öffentliche Urkunde, wobei bei unentgeltlicher Einräumung nach der in der Schweiz herrschenden Praxis bloß der Eigentümer sich in dieser Form zu erklären hat (Simonius/Sutter, Bd. II, S. 89). Darüber hinaus ist die *Nutznießung* im Grundbuch einzutragen (Simonius/Sutter, a.a.O., Bd. II, S. 88).

Ob die Beurkundung nur durch einen Schweizer Notar erfolgen kann oder ob die Beurkundung auch durch einen ausländischen Notar möglich ist, ist sehr zweifelhaft. Nach der wohl h.M. in der Schweiz sind öffentliche Urkunden des Auslands als Substitut geeignet, wenn sie in etwa einer schweizerischen Urkunde entsprechen und wenn die ausländische Urkundsperson angesichts ihrer Vorbildung und Stellung im Rechtsleben als gleichwertig zu qualifizieren ist (Cornut, Der Grundstückskauf im IPR, Basel und Frankfurt/Main 1987, S. 114). Nach Koller (Der Grundstückskauf, St. Gallen 1989, S. 380) sind aber die Chancen, daß eine im Ausland nach schweizerischer Form vorgenommene Beurkundung anerkannt wird, sehr gering.

Dieses Gutachten ist nicht zur Weitergabe an Dritte bestimmt. Es gelten die allgemeinen Leistungsgrundsätze des Instituts, die Hinweise für den Anfragedienst sowie gegebenenfalls die im Anschreiben genannten Bedingungen.