

**Gutachten des Deutschen Notarinstituts**

**Abruf-Nr.:** 181663  
**letzte Aktualisierung:** 28. Juni 2021

**EuErbVO Art. 21**

**Schweiz: Erbstatut; Behindertentestament**

**I. Sachverhalt**

Ein Schweizer mit Wohnsitz in der Schweiz möchte ein Testament errichten. Nach Erreichen des Pensionsalters möchte er nach Deutschland ziehen und dort seinen Lebensabend verbringen. Er ist geschieden und hat aus erster Ehe einen Sohn, der in Österreich lebt. Dieser Sohn ist leicht behindert und es besteht die Gefahr, dass er später Sozialhilfeempfänger wird. Der Testierer lebt in nichtehelicher Lebensgemeinschaft und möchte seine Lebensgefährtin auch irgendwann heiraten. Einen konkreten Termin gibt es hierfür aber nicht. Die Lebensgefährtin hat auch zwei Kinder. Der Testierer verfügt über Grundbesitz in Deutschland. Er möchte seine Lebensgefährtin als Vorerbin und seinen Sohn und die beiden Kinder der Lebensgefährtin zu gleichen Teilen als Nacherben einsetzen. Für den Erbteil des Sohns soll Testamentsvollstreckung angeordnet werden, die Testamentsvollstreckung soll eine Miterbin übernehmen. Angedacht sind Regelungen zur Testamentsvollstreckung entsprechend des Behindertentestaments.

**II. Fragen**

1. Kennt das Schweizer Recht die o. g. Gestaltungsvarianten?
2. Wie ist das Pflichtteilsrecht des Sohnes nach dem Schweizer Recht ausgestaltet?
3. Wird ein vor einem deutschen Notar errichtetes Testament in der Schweiz anerkannt?

**III. Zur Rechtslage**

**1. Erbstatut**

**a) aus deutscher Sicht**

Aus deutscher Sicht wird das für die Beerbung des Mandanten maßgebliche **allgemeine Erbstatut** durch **Art. 21 Abs. 1 EuErbVO** festgelegt (Text und Kommentierung auszugsweise bei Palandt/Thorn, BGB, 80. Aufl. 2021, Anh. zu Art. 25 EGBGB). Entscheidend ist also das Recht des Staates, in dem der Erblasser in dem Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Gewöhnlicher Aufenthalt im Todeszeitpunkt ist der Daseinsmittelpunkt einer Person als Schwerpunkt ihrer familiären, sozialen und beruflichen Beziehungen. Der gewöhnliche Aufenthalt ist unter Berücksichtigung der Erwägungsgründe 23, 24 zur EuErbVO zu ermitteln (EuGH NJW 2020, 2947 Rn 37 ff.; Palandt/Thorn, Art. 21 EuErbVO Rn. 5 ff.; ausführl. Süß,

in: ders., *Erbrecht in Europa*, 4. Aufl. 2020, § 2 Rn. 1 ff.). Sollte dieser letzte gewöhnliche Aufenthalt des Mandanten – wie derzeit geplant – in Deutschland liegen, so wäre also bei objektiver Anknüpfung das deutsche Recht als allgemeines Erbstatut maßgeblich. Sollte er dagegen mit letztem gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz versterben, würde Art. 21 Abs. 1 EuErbVO das schweizerische Erbrecht zur Anwendung berufen.

Darüber hinaus besteht nach **Art. 22 Abs. 1 EuErbVO** die Möglichkeit einer **Wahl** des allgemeinen Erbstatuts, aber nur zugunsten des Heimatrechts des Betroffenen. Der Testator könnte bei entsprechendem Wunsch aus deutscher Sicht also sein schweizerisches Heimatrecht wählen, dagegen nicht das deutsche Erbrecht. Bei einer entsprechenden Wahl wäre das geltende allgemeine Erbstatut von einer späteren Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts unabhängig. Eine solche Rechtswahl hätte nach Art. 22 Abs. 2 EuErbVO ausdrücklich in einer Erklärung in Form einer Verfügung von Todes wegen zu erfolgen oder sich aus dem Bestimmungen einer solchen Verfügung zu ergeben.

Inhaltlich unterliegen dem genannten allgemeinen Erbstatut nach Art. 21, 22 EuErbVO insbesondere Pflichtteilsansprüche sowie die allgemein zur Verfügung stehenden erbrechtlichen Gestaltungsmittel, wie etwa die Anerkennung einer Vor- und Nacherbfolge, Testamentvollstreckung und dergleichen (s. BeckOGK-EuErbVO/J. Schmidt, Stand: 1.5.2021, Art. 25 Rn. 6; Bauer, in: Dutta/Weber, *Internationales Erbrecht*, 2016, Art. 25 EuErbVO Rn. 5; MünchKommBGB/Dutta, 8. Aufl. 2020, Art. 25 EuErbVO Rn. 1). Dies betrifft also gerade auch die hier angeschnittenen Rechtsfragen.

Davon zu unterscheiden ist das sog. **Errichtungsstatut einer Verfügung von Todes wegen**. Die Zulässigkeit und die materielle Wirksamkeit einer Verfügung von Todes wegen mit Ausnahme eines Erbvertrages unterliegen dem Recht, das nach der Europäischen Erbrechtsverordnung auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwenden wäre, wenn die Person, die die Verfügung errichtet hat, zu diesem Zeitpunkt verstorben wäre (**Art. 24 Abs. 1 EuErbVO**). Bei gegenwärtigem gewöhnlichen Aufenthalt des Mandanten in der Schweiz wäre für dieses Errichtungsstatut des Testaments also das schweizerische Erbrecht berufen, und zwar ohne Rücksicht auf die Möglichkeit einer späteren Aufenthaltsverlegung des Mandanten (sog. hypothetisches Erbstatut).

## b) aus schweizerischer Sicht

Da die Schweiz nicht Mitgliedsstaat der Europäischen Erbrechtsverordnung ist, ist insoweit auf deren eigenes nationales IPR zurückzugreifen. Dort bestimmt sich das Erbstatut nach Maßgabe der Art. 90 ff. des schweiz. Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht vom 18.12.1987. Der Nachlass einer Person mit letztem Wohnsitz im Ausland untersteht gem. **Art. 91 Abs. 1 schweiz. IPRG** dem Recht des Staates, auf welches das Kollisionsrecht des Wohnsitzstaates verweist. Einen Wohnsitz wiederum hat eine Person gem. Art. 20 IPRG in dem Staat, in dem sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält.

Demgegenüber untersteht der Nachlass einer Person mit letztem Wohnsitz in der Schweiz aus dortiger Sicht schweizerischem Recht (Art. 90 Abs. 1 IPRG). Allerdings kann ein Ausländer durch letztwillige Verfügung oder Erbvertrag den Nachlass einem seiner Heimatrechte unterstellen. Diese Unterstellung fällt dahin, wenn er im Zeitpunkt des Todes diesem Staat nicht mehr angehört hat oder wenn er Schweizer Bürger geworden ist (Art. 90 Abs. 2 schweiz. IPRG).

Verlegt also der Mandant noch vor seinem Ableben seinen Wohnsitz nach Deutschland, so würde Art. 91 Abs. 1 schweiz. IPRG auf das deutsche Kollisionsrecht verweisen. Dieses würde unter diesen Umständen gem. Art. 21 Abs. 1 EuErbVO die Verweisung annehmen, sodass es im Ergebnis auch aus schweizerischer Sicht zur Geltung deutschen Erbrechts käme.

Behielte der Mandant demgegenüber seinen Wohnsitz in der Schweiz bei, so wäre gem. Art. 90 Abs. 1 IPRG zwingend schweizerisches Erbrecht zur Anwendung berufen. Die Möglichkeit einer abweichenden Rechtswahl hätte der Mandant als schweizerischer Staatsangehöriger auch aus dortiger Sicht nicht (vgl. Art. 90 Abs. 2 schweiz. IPRG).

## 2. Zum schweizerischen Sachrecht

Soweit nach dem zuvor Gesagten im Ergebnis schweizerisches Erbrecht zur Anwendung kommen sollte, bemerken wir zu dem hier interessierenden Instituten und Gestaltungsinstrumenten Folgendes:

### a) Vor- und Nacherbschaft im schweizerischen Recht

Ebenso wie das deutsche Recht kennt auch das schweizerische Recht die Vor- und Nacherbschaft (einführend Süß/Wolf/Dorjee-Good, Erbrecht in Europa, 4. Aufl. 2020, Länderbericht Schweiz, Rn. 105 f.). Es ist geregelt in Art. 488-492 schweiz. ZGB. Gem. Art. 491 Abs. 2 ZGB wird der Vorerbe Eigentümer der Erbschaft mit der Pflicht, diese dem Nacherben auszuliefern. Nach schweizerischem Recht handelt es sich bei der Vorerbeinsetzung um eine auflösend bedingte Erbeinsetzung (Bessenich/Rickli, in: Basler Kommentar, ZGB II, 6. Aufl. 2019, Vor Art. 488-492a Rn. 3 m. w. N.). Aus diesem Grund seien die Regeln des Obligationenrechts über die Bedingung ergänzend anzuwenden. Die Bedingungen sind in Art. 151 ff. OR geregelt. Weiterhin beanspruchen die Regelungen über die Nutznießung (Art. 745 ff. schweiz. ZGB) ebenfalls für die Vorerbschaft Geltung (Bessenich/Rickli, Art. 491 Rn. 2 m. w. N.). Bei der Veräußerung von Grundstücken sieht das schweizerische Recht ein dem deutschen Recht ähnliches Schutzsystem vor. Die „Auslieferungspflicht“ des Art. 491 ZGB sollte im Grundbuch vorgemerkt werden; ansonsten ist ein gutgläubiger Erwerb möglich (Bessenich/Rickli, Art. 491 Rn. 6).

In wesentlichen Grundzügen ist damit die Vor- und Nacherbschaft schweizerischen Rechts derjenigen nach deutschem Erbrecht (§§ 2100 ff. BGB) vergleichbar.

### b) Willensvollstrecker im schweizerischen Recht

Gem. Art. 517 ZGB kann der Erblasser in einer letztwilligen Verfügung eine oder mehrere Personen zu Willensvollstreckern einsetzen (Überblick: Süß/Wolf/Dorjee-Good, Rn. 123 ff.; ausführl. Bengel/Reimann/Haas, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 7. Aufl. 2020, § 9 Rn. 417 ff.). Diese haben die Rechte und Pflichten eines amtlichen Erbschaftsverwalters und gelten insbesondere als beauftragt, den Willen des Erblassers zu vertreten, die Erbschaft zu verwalten, die Schulden des Erblassers zu bezahlen, Vermächtnisse auszurichten und die Teilung des Nachlasses nach den Vorgaben des Erblassers durchzuführen (Art. 518 Abs. 2 ZGB). Während der Dauer der Willensvollstreckung ist den Erben das Recht zur Verwaltung des Nachlasses entzogen. Der Willensvollstrecker hat Anspruch auf eine angemessene Vergütung.

Von wesentlicher kautelarjuristischer Bedeutung im Zusammenhang mit der Gestaltung eines Behindertentestamentes ist es jedoch, dass nach schweizerischem Erbrecht das Vermögen des Erben mit dem Nachlass verschmilzt, wenn er den Nachlass vorbehaltlos erworben hat (Art. 571, 588 ZGB). Dies gilt unabhängig davon, ob der Nachlass verteilt oder unverteilt ist. Mithin entsteht damit ein gemeinsames Haftungssubstrat, das sowohl den Erbengläubigern als auch den Erbschaftsgläubigern zur Verfügung steht: Die Gläubiger des Erben stehen, wenn dieser die Erbschaft vorbehaltlos erworben hat, den Gläubigern des Erblassers gleich (Art. 564 Abs. 2 ZGB). Hieran ändert sich auch dann nichts, wenn für den Nachlass Willensvollstreckung angeordnet ist. **Die Willensvollstreckung schirmt mithin den Nachlass nach schweizerischem Erbrecht nicht gegen Eigengläubiger des Erben ab** (Bengel/Reimann/Haas, § 9 Rn. 432). Dass die Rechtslage bei angeordneter Willensvollstreckung mithin in diesem wesentlichen Punkt vom deutschen Erbrecht abweicht (§ 2214 BGB), dürfte die Wirkungsweise eines Behindertentestamentes unter Geltung Schweizer Erbrechts entscheidend beeinträchtigen. Überdies ist nach schweizerischem Erbrecht unklar, inwieweit eine dauerhafte oder permanente Testamentsvollstreckung zulässig ist (Bengel/Reimann/Haas, § 9 Rn. 421 f. m. Einzelheiten).

Im Ergebnis kennt also auch das schweizerische Erbrecht mit der Willensvollstreckung nach Art. 517 f. schweiz. ZGB eine zum deutschen Recht parallele Gestaltungsvariante; seine gesetzliche Ausgestaltung im Einzelnen weicht jedoch in für die Gestaltung des Behindertentestamentes wesentlichen Punkten von den Inhalten des deutschen Erbrechts ab.

### c) Pflichtteilsrecht nach schweizerischem Erbrecht

Das Pflichtteilsrecht ist im schweizerischem Erbrecht als **echtes Noterbrecht** ausgestaltet. Die Pflichtteilsberechtigten erhalten nicht lediglich einen obligatorischen Anspruch gegen den oder die Erben, sondern eine materielle (dingliche) quotale Beteiligung am Nachlass, über die der Erblasser nicht von Todes wegen verfügen kann. Hat der Erblasser seine Verfügungsbefugnis überschritten, so können die Noterben ihre Berechtigung am Nachlass im Wege der sog. Herabsetzungsklage gem. Art. 522 ff. schweiz. ZGB geltend machen. Es handelt sich hierbei um eine Gestaltungsklage, durch die die beeinträchtigende Verfügung auf das erlaubte Maß herabgesetzt wird (Art. 522 Abs. 1 schweiz. ZGB; zum Ganzen Süß, in: Mayer/Süß/Tanck/Bittler, Handbuch Pflichtteilsrecht, 4. Aufl. 2018, § 19 Rn. 404 ff.; Solomon, in: Schlitt-Müller, Handbuch Pflichtteilsrecht, 2. Aufl. 2017, § 15 Rn. 708, 715 ff.). Gegenwärtig beträgt die Noterbquote des Ehegatten die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils. Für Kinder liegt sie bei  $\frac{3}{4}$  ihres gesetzlichen Erbteils (Art. 471, 462 schweiz. ZGB; vgl. Süß, § 19 Rn. 405). Heiratet der Mandant im vorliegenden Fall seine Lebensgefährtin und überlebt diese ihn, so würde sie als gesetzliche Erbquote neben dem Sohn des Mandanten die Hälfte der Erbschaft erhalten (Art. 462 Nr. 1 schweiz. ZGB). Der Sohn würde dann die andere Hälfte erben (Art. 457 Abs. 1, 2 ZGB). Die Noterbquote (Pflichtteilsquote) des Sohnes betrüge nach Art. 471 Nr. 1 somit  $\frac{1}{2} \times \frac{3}{4} = \frac{3}{8}$ .

Wäre der **pflichtteilsberechtigter Sohn** – wie beim klassischen Behindertentestament – **als Vorerbe eingesetzt und seinerseits durch eine Nacherbeinsetzung beschwert**, so würde **Art. 531 ZGB** eingreifen. Hiernach ist eine Nacherbeinsetzung gegenüber einem pflichtteilsberechtigten Erben im Umfang des Pflichtteils ungültig; vorbehalten bleibt die Bestimmung über urteilsunfähige Nachkommen. Art. 531 Hs. 2 ZGB nimmt

damit auf Art. 492a ZGB im Falle eines Urteils unfähigen Nachkommen Bezug. In diesem Fall ist die „Nacherbeneinsetzung auf den Überrest“ zugelassen (hierzu Süß/Wolf/Dorjee-Good, Rn. 110, 106).

Art. 531 ZGB bestimmt im Übrigen keinen Ungültigkeitsgrund, sondern lediglich eine Herabsetzungstatbestand und damit eine besondere Art der Herabsetzungsklage betreffs der Verfügung des Erblassers. In der schweizerischen Rechtsprechung wurde zwischenzeitlich auch geklärt, dass es im Fall des Art. 531 ZGB dem Pflichtteilserben zusteht, die Belastung des Pflichtteils durch die Nacherbeneinsetzung im Wege der Herabsetzungsklage aufheben zu lassen, ohne gleichzeitig auf den Erbschaftserwerb über den Pflichtteil hinaus zu verzichten (BSK ZGB II/Forni/Piatti, Art. 531 Rn. 1, 3).

Im vorliegenden Fall ist demgegenüber der pflichtteilsberechtigte Sohn nicht als Vorerbe, sondern **als Nacherbe berufen**. Für diesen Fall des durch eine Vorerbschaft belasteten Pflichtteilserben ist nach h. L. zum schweizerischen Erbrecht die genannte Vorschrift des **Art. 531 ZGB analog** anzuwenden. Die Anordnung der Vorerbschaft muss folglich nur auf dem den Pflichtteil übersteigenden Betrag geduldet werden (Abt/Weibel/Hrubesch-Millauer, Praxiskommentar Erbrecht, 4. Aufl. 2019, Art. 531 Rn 4a m. w. N.). Im Übrigen könnte also der Sohn sein regelmäßiges Noterbrecht sofort nach dem Tod des Vaters durchsetzen; daneben bliebe ihm für die übersteigende Quote die Berufung als Nacherbe erhalten. Dass der als Nacherbe berufene Sohn zwecks Pflichtteilsverlangen – anders als nach deutschem Recht (§ 2306 Abs. 2 BGB) – nach schweizerischem Erbrecht nicht zur Ausschlagung der Nacherbschaft gehalten ist, stellt wiederum eine kautelarjuristisch wesentliche Vorgabe dar. Es lässt sich nicht sagen, dass die Duldung der Beschwerden ohne Pflichtteilsgeltendmachung für den Sohn bzw. dessen Betreuer insgesamt wirtschaftlich attraktiver sein könnte als die zusätzliche (!) Pflichtteilsgeltendmachung.

Im Ergebnis sind also die Institute der Vor- und Nacherbschaft und der Willensvollstreckung (Testamentsvollstreckung) auch dem schweizerischen Recht bekannt. Wegen der **substantiell abweichenden Inhaltsbestimmung der Willensvollstreckung** und der ebenfalls **andersartigen Regelung zum Verhältnis zwischen Nacherberufung und Pflichtteilsgeltendmachung** nach schweizerischen Erbrecht würde ein **Behindertentestament unter Geltung schweizerischen Erbrechts aber jedenfalls nicht vergleichbare Schutzeffekte erzielen, wie dies bei Geltung deutschen Erbstatuts möglich wäre.**

Auch unter Geltung deutschen Erbrechts wäre die klassische Konstruktion des Behindertentestamentes übrigens wohl wenig zielführend, wenn der Mandant mit letztem gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland, aber noch **vor der geplanten Heirat der Lebensgefährtin versterben würde**. Dann wäre sein Sohn nach deutschem Erbrecht gesetzlicher Alleinerbe, seine Pflichtteilsquote betrüge folglich  $\frac{1}{2}$  (§§ 1924 Abs. 1, 2303 Abs. 1 S. 1). Würde der Sohn – wie vorgesehen - testamentarisch zu lediglich  $\frac{1}{3}$  als Nacherbe berufen, so würde sich die Durchsetzung des genannten Pflichtteilsanspruches durch Ausschlagung der Nacherbschaft gem. § 2306 Abs. 2 BGB ebenfalls für ihn als wirtschaftlich attraktiver im Verhältnis zur Duldung der testamentarischen Gestaltung darstellen.

### 3. Formwirksamkeit des Testaments

Für die Beurteilung der Formwirksamkeit eines vom Mandanten errichteten Testaments sind aus deutscher Sicht gem. Art. 75 Abs. 1 Unterabs. 2 EuErbVO gegenüber den Regelungen der EuErbVO die Bestimmungen des Haager Übereinkommens über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht vom 5.10.1961 vorrangig, das für die BRD am 1.1.1966 in Kraft getreten ist (Bundesgesetzblatt 1966 II, S. 11; Text und Kommentierung auszugsweise bei Palandt/Thorn, Anh. zu Art. 26 EGBGB). Die Beachtung der Formvorschriften am Errichtungsort ist aus deutscher Sicht gem. **Art. 1 Abs. 1 lit. a Haager Testamentsformübereinkommen** in jedem Fall für die Anerkennung als formwirksam ausreichend.

Das Haager Testamentsformübereinkommen ist seit dem 17.10.1971 auch für die Schweiz in Kraft getreten (Bundesgesetzblatt 1971 II, S. 119). **Art. 93 Abs. 1 schweiz. IPRG** verweist nochmals deklaratorisch auf die Geltung dieses Abkommens. Auch aus schweiz. Sicht ist also ein in Deutschland nach den hier geltenden Vorschriften formwirksam errichtetes Testament gem. Art. 1 Abs. 1 lit. a HTFÜ auch in der Schweiz als formwirksam anzuerkennen.