Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 33 (1914)

Artikel: Ehevertrag und Erbvertrag : Beiträge zum Ehevertragsrecht II. [Fortsetzung]

Autor: Henrici, Hermann

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896243

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 14.09.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Ehevertrag und Erbvertrag.

Beiträge zum Ehevertragsrecht. II.

Von Dr. Hermann Henrici.

ZWEITES KAPITEL.

Der Erbvertrag.

I. Der Erbvertrag im allgemeinen.

Was den Erbvertrag in seiner Entwicklung so interessant macht, das ist der Umstand, dass ihn eigentlich kein Recht, weder das römische noch irgend ein deutsches, für sich ausschliesslich in Anspruch nehmen darf. Wohl hatte das römische Recht das Prinzip der Testierfreiheit, der Erbeinsetzung auf die Spitze getrieben, aber eine, selbst gewollte, Beschränkung dieser Freiheit war von ihm verpönt — während umgekehrt das germanische Recht durch Umwege (Adoption usw.) wohl eine vertragliche Erbeinsetzung, aber keine Verfügungsfreiheit im römischen Sinne kannte. Durch Verschmelzung beider Rechtsformen entstand der Erbvertrag — und die Pandektisten hatten sich mit ihm abzufinden — seine Wurzeln liegen aber mehr im deutschen als im römischen Recht; dieses hat ihn, wenn man so sagen darf, eigentlich nur etwas zugestutzt. Mit vollem Recht sagte Brinz kurz und bündig[1]: „der Erbvertrag lässt sich deutschrechtlich, oder gar nicht begründen."

Seit Hartmanns Schrift „zur Lehre von den Erbverträgen und von den gemeinschaftlichen Testamenten"[2] herrscht nun in der Theorie ein grosser Widerstreit über

---

[1]) Brinz, Pandekten III[2] S. 123. Vergl. auch Sohm, Das Recht des BGB, in Kultur der Gegenwart II, 8 (1906), S. 80 ff.

[2]) Sie erschien 1860.

den Begriff des Erbvertrages. Dazu mag beigetragen haben, dass Hartmann von seinen Nachfolgern vielfach missverstanden wurde, indem sie über seine Theorie weit hinausgingen und dabei, immer unter Berufung auf ihn, zu Resultaten gelangten, an denen er durchaus unbeteiligt war. So wird Hartmann allgemein als Hauptvertreter der „Theorie des Doppelgeschäftes" bezeichnet, obwohl diese Spaltung des Erbvertrages gar nicht der Hauptzweck seiner Ausführungen war, sondern nur ein Mittel, um die Unmöglichkeit einer selbständigen vertragsmässigen Erbfolge als dritter Art neben der gesetzlichen und der testamentarischen nachzuweisen.[3]) Hartmanns Grundgedanke ist der: im Erbvertrag sind eigentlich zwei Elemente enthalten, eine einseitige, letztwillige Verfügung von Todes wegen und ein zweiseitiger, bindender Vertrag über die Unwiderruflichkeit dieser Verfügung; jedes dieser beiden Geschäfte muss also an sich unter seinen eigenen Regeln stehen; daher muss der Erbvertrag den Erfordernissen entsprechen, die für jedes der beiden Elemente gesondert aufgestellt sind.

Es lag nun allerdings nahe, aus dieser einleuchtenden Argumentation gerade noch den weitern Schluss zu ziehen, dass ein eigentlicher Begriff „Erbvertrag" überhaupt nicht vorhanden sei, da er ja einfach die Verbindung zweier bereits bekannter Elemente darstelle, die durchaus nach allgemeinen Grundsätzen zu behandeln und zu beurteilen wären. Hartmann selber hat diesen weitergehenden Schluss nicht gezogen, denn er leugnet den Begriff des Erbvertrages keineswegs, sondern will im Gegenteil die Erfordernisse bestimmen, die an den Erbvertrag zu stellen sind, und die Folgen, die sich an ihn knüpfen. Dabei musste er natürlicherweise von Bekanntem ausgehen[4]), und wenn er eben den Erbvertrag durch jene beiden Elemente erklärte, so tat er Grundsätzen des Pandektenrechts

---

[3]) Hartmann, Erbvertrag S. 11.

[4]) Vergl. z. B. S. 46.

keinen Zwang damit an; das Corpus juris kannte den Erbvertrag nicht, verbot ihn sogar ausdrücklich [5]), die beiden Elemente, aus denen Hartmann den Erbvertrag zusammensetzte, waren ihm dagegen durchaus geläufig.

Es ist daher nicht zu verwundern, dass unter der Herrschaft des gemeinen Rechts diese Theorie grossen Anklang [6]) fand und eben bis zur Ablehnung eines selbständigen Begriffs „Erbvertrag" führte, weil es immerhin etwas sehr missliches hatte, ein Institut, das nun einmal vorhanden war und häufig verwendet wurde, nach den Grundsätzen eines Rechts zu beurteilen, das dafür keine Normen aufgestellt hatte.

Die neuere Doktrin ist von dieser Auffassung zurückgekommen, und das mit Recht: sobald einmal durch Normierung im BGB oder ZGB eine gesetzliche Lösung des Problems vorlag, war kein Grund mehr vorhanden, eine künstliche Konstruktion aufrecht zu erhalten, nur um das Institut überhaupt zu erklären und um daraus gewisse Konsequenzen ziehen zu können. So fand die Hartmann'sche Theorie die Lösung der Frage, ob ein für ungültig erklärter Erbvertrag als Testament aufrecht erhalten werden könne, darin, dass sie einfach den Vertrag über die Unwiderruflichkeit wegfallen liess; damit war aber die letztwillige Verfügung noch nicht beseitigt; sie bestand weiter oder musste noch besonders aufgehoben werden. Für uns darf heute eine solche Art der Lösung nicht mehr bestimmend sein, sondern wir müssen uns an den Begriff halten, den das Gesetz an die Hand gibt.

Hartmanns Lehre hat darum, trotz Ungers Beifall, heute wenig Anhänger mehr gefunden; von neuern hat sich nur Hellwig [7]) dafür erklärt, während Dernburg [8]),

---

[5]) Vergl. die Stellen bei Dernburg, Preuss. Privatrecht III § 174 und bei Kipp, Erbrecht des BGB S. 84.

[6]) Vor allem bei Unger, Österr. Privatrecht VI S. 114 ff.

[7]) Verträge auf Leistung an Dritte (1899), Anhang S. 591 ff.

[8]) Preuss. Privatrecht III § 175 mit der m. E. ansprechendsten Widerlegung der Hartmann'schen Konstruktion.

Kipp bei Windscheid[9]), Strohal[10]), Schiffner[11]) und neuestens wieder Kipp[12]) durchaus dafür halten, dass der Erbvertrag ein einheitliches Geschäft sei. Damit ist nicht gesagt, dass das Wesen des Erbvertrages nicht durch Hartmanns Theorie am besten erklärt werde[13]), da ja sein Inhalt faktisch das Resultat dessen ist, was Hartmann mit seinem „Doppelgeschäft" erreichen will — aber die Konsequenzen aus seiner Lehre, die neuerdings auch wieder Hellwig[14]) zu ziehen unternimmt, gelten für uns doch nur mehr in sehr beschränktem Masse. Dass der Erbvertrag formell ein einheitliches Geschäft sei, gibt übrigens Hellwig selber zu.

Neben ihrem unbestreitbaren methodischen Wert, eben zur Erklärung des Wesens des Erbvertrages, wird man der Hartmann'schen Theorie auch heute noch eine gewissermassen subsidiarische Geltung für diejenigen Fälle zuschreiben dürfen, in denen die Normen des Gesetzes über den Erbvertrag nicht ausreichen. In einer Reihe von Fällen wird der Erbvertrag, wie noch unten näher auszuführen ist, mit der letztwilligen Verfügung unter dem Oberbegriff der Verfügung von Todes wegen gemeinsam behandelt, in andern Fragen hat wieder unbedingt das allgemeine Vertragsrecht zu entscheiden.

---

[9]) Pandekten III S. 330 ff.

[10]) Erbrecht I S. 376 f.

[11]) Erbvertrag (1899) S. 5 ff.

[12]) Lehrbuch des bürgerl. Rechts II, 3 Erbrecht (1911) S. 84 ff.

[13]) Beachtenswert ist immerhin Oertmanns Widerspruch gegen die „Einheitstheorie" im Arch. b. R. 17 S. 348 (gegen Schiffner) und ebenda 20 S. 105 (gegen Strohal). Weiter Hellmanns Ausführungen in Krit. Vierteljahresschrift 44 S. 130 ff. bes. 137 (gegen Schiffner). Die deutschen Kommentare (Planck Anm. 3 zu 1941; Staudinger Anm. 2 III zu 1941; Opet Anm. 4 zu 1941) lehnen durchweg Hartmanns resp. Hellwigs Lehre ab. Anklänge an die Hartmann'sche Konstruktion findet im ABGB Unger, Österr. Privatrecht VI § 26 Anm. 4.

[14]) a. a. O. S. 600 f.

Man kann daher ruhig behaupten, dass der Kern der Hartmann'schen Lehre teils durch die modernen Gesetze aufgenommen ist, teils implicite weiterwirkt, wenn ihr auch die unmittelbare praktische Anwendung, anders als unter dem gemeinen Recht, versagt ist.

Abgesehen von einem unter Ehegatten abgeschlossenen Erbvertrage (vergl. drittes Kapitel), lässt sich fragen, ob ein Erbvertrag heute überhaupt noch eine Berechtigung habe[15]). Genau betrachtet, haftet ihm eigentlich etwas Unsittliches an, und es erscheint als eine unzulässige Einschränkung, wenn ein testierfähiger Mensch (der unter Umständen bloss urteilsfähig, aber nicht einmal zwanzigjährig zu sein braucht) sich seines Rechtes, frei letztwillig verfügen zu können, vertraglich begibt[16]), denn gerade dieses Verfügungsrecht stellt sich als Ausfluss eines Persönlichkeitsrechtes dar[17]). Zugegeben, dass sich Fälle denken lassen, bei denen ein Erbvertrag mitunter sehr reale Bedürfnisse erfüllt (Erbauskauf und dergl.); aber gerade diese Fälle gehen über einen bestimmten Personen- resp. Familienkreis nicht hinaus und ihr Zweck könnte sich unter Umständen auf anderm Weg erreichen lassen[18]).

---

[15]) Die Praxis lehrt, dass die Erbverträge in verschwindend geringer Zahl abgeschlossen werden; auch dort, wo sie nach früherem Recht in Übung waren, übersteigt die Zahl der vertraglichen Erbfolge im Verhältnis zur gesetzlichen nicht 3%. Vergl. Segall im Arch. b. R. 32 S. 436.

[16]) Vergl. Kohlers temperamentvolle Ausführungen bei Holtzendorff I[6] S. 746 f.

[17]) Adler, Persönlichkeitsrechte im ABGB, Festschrift zur Jahrhundertfeier des allg. bürgerl. Gesetzbuches II S. 213 f.

[18]) Wir müssen es allerdings den Erläuterungen glauben, dass das Institut des Erbvertrages unter gewissen Verhältnissen einem Bedürfnis entgegenkommt, das auf andere Weise, so sehr es auch wirtschaftlich der Berücksichtigung bedürftig erscheint, nicht befriedigt werden könnte. Erl. S. 323 f. und Protokolle der Exp.-Komm. I. S. 582 f. Vergl. auch Kipp, Erbrecht S. 85. Strohal I S. 374 a. 4 bringt den allerdings stichhaltigen Grund, dass ein Schenkungsvertrag, den man doch nicht hindern

Der einzige Vertrag, der meistens unter Nichtverwandten über ein Erbrecht getroffen wird, ist der Verpfründungsvertrag, und es ist auffallend, dass sich die Literatur nie auf ihn berufen hat, um das Bestehen des Erbvertrages, mit dem er doch sehr nahe zusammenhängt (vergl. OR Art. 521 II)[19]), zu rechtfertigen. Trotzdem noch hie und da ein privater Verpfründungsvertrag vorkommt[20]), stände doch nichts entgegen, die Verpfründung in einem Spezialgesetze, z. B. über die Altersversicherung, zu normieren; dadurch würde eine so allgemein gehaltene Regelung des Erbvertrages, wie sie noch ZGB glaubt vornehmen zu müssen, überhaupt überflüssig und ein solcher Vertrag könnte aus dem Erbrecht, wenn auch nicht aus dem Familienrecht verschwinden.

Die Leistung des Pfrundnehmers besteht in der Regel, wenn auch nicht durchweg (OR Art. 521 I) darin, dass er den Pfrundgeber als Erben einsetzt; es erfolgt also Leistung gegen Leistung, resp. die Leistung des Pfrundgebers oder des Vertragserben ist von der des Pfrundnehmers, allgemein ausgedrückt der des Erblassers, bedingt (OR Art. 526 I, 527 I, ZGB Art. 514); es geht deshalb nicht an, den Erbvertrag durchweg als abstrakten, unentgeltlichen Vertrag zu konstruieren. (Näheres siehe unten im VI. Abschn.)

Die gemeinrechtliche Einteilung der Erbverträge ist zu weit gefasst und hat darum heute keinen praktischen Wert mehr. Es lassen sich unterscheiden:

---

könne, noch viel drückender wäre als ein Erbvertrag, der doch wenigstens die freie Verfügung unter Lebenden gestatte.

[19]) Huber, Erl. zum 2. Teilentw. S. 165.

[20]) Urteil des Bay. OLG im Recht XIII Nr. 2444; befremdlich erscheint die Ansicht des Gerichts, es handle sich bei einem solchen Vertrag nicht um einen Erbvertrag, wohl weil eine Gegenleistung bindend festgelegt war.

Sonst kommen „Abnährungsverträge" selten vor; die Statistik hat wenigstens keine beobachtet. Vergl. Segall a. a. O. S. 439.

1. Erbverträge im engern Sinn; sie erstrecken sich entweder auf den ganzen Nachlass oder auf eine Quote, begründen also Gesamtnachfolge.

2. Vermächtnisverträge; sie haben entweder nur eine bestimmte Sache oder ein bestimmtes Recht zum Gegenstand, begründen also Einzelnachfolge.

3. Erbverzichte; sie werden oft mit dem Erbvertrag zusammengeworfen, sind aber etwas grundsätzlich anderes.[21])

4. Erbschaftsverträge; damit seien diejenigen Verträge bezeichnet, die nicht vom Erblasser mit einem Vertragsgegner zu seinen oder zu eines Dritten Gunsten abgeschlossen werden[22]); es sind Vereinbarungen unter Erben oder unter Erben und Dritten über eine noch nicht angefallene Erbschaft. Ein Erbvertrag liegt hier nicht vor, weil der Erblasser nicht als Vertragsschliessender mitwirkt; auch bestehen zwischen Erbvertrag und Erbschaftsvertrag keine Berührungspunkte; hier interessieren sie trotzdem, weil sie unter Ehegatten unter Umständen zugelassen werden müssen, obgleich sie in der Regel verboten sind (vergl. den letzten Abschnitt im I. Teil des 3. Kap.).

Vom Erbvertrag scheiden sich schliesslich auch diejenigen Verträge, in denen sich der Erblasser verpflichten will, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder aufzuheben, nicht zu errichten oder nicht aufzuheben. Solche Verträge sind unzulässig, sie unterscheiden sich vom Erbvertrag wesentlich dadurch[23]), dass sie nicht auf eine erbrechtliche Wirkung, sondern auf die Begründung

---

[21]) Schiffner S. 3 ff.; Strohal I S. 347; Kipp S. 84 und 371 und Habicht, Die Einwirkung des bürgerl. Rechts auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse S. 541 ff. Seine Ausbildung erhielt der Erbverzicht im Rechte des Sachsenspiegels; er wurde erst in neuerer Zeit von der Doktrin mit dem Erbvertrag zusammengekuppelt. Gierke, Der Entwurf eines BGB S. 526 meint dagegen, die Trennung beruhe auf einer „überflüssigen, jedoch unschädlichen systematischen Pedanterie".

[22]) BGB § 302; ZGB Art. 636; Strohal a. a. O.

[23]) Strohal I S. 83 Anm. 10.

einer obligatorischen Verpflichtung gerichtet sind (und zwar einer solchen, die nach der Auffassung des Gesetzes gegen die guten Sitten verstösst)[24]).

Im Erbvertrag dagegen wird die Verfügung von Todes wegen schon ausgesprochen, nicht erst versprochen, er gehört daher ins Erbrecht[25]) und ist nach seiner heutigen Normierung nicht familienrechtlicher, nicht sachenrechtlicher und nicht obligationenrechtlicher Art.

Vorläufig interessiert hier nur der Erbvertrag i. e. S., er kann einseitig oder auch wechselseitig (und dann korrespektiv oder nicht korrespektiv) sein oder schliesslich auch zugunsten eines Dritten abgeschlossen werden.

II. Der Erbvertrag im ZGB.

Seit dem ersten Entwurf von 1900[26]) hat sich im ZGB die Auffassung vom Begriffe des Erbvertrages nicht mehr wesentlich gewandelt und auch während der Beratungen der Expertenkommission und der Räte wurden keine Änderungen mehr angebracht.

Das ZGB hat den Begriff „Erbvertrag" wieder weitergefasst als das BGB, indem es nicht nur den erbgebenden Vertrag (also den Erbvertrag i. e. S.), sondern auch den erbnehmenden Vertrag (d. h. den Erbverzicht) als Erbvertrag bezeichnet, obwohl beide systematisch nichts miteinander zu tun haben. Immerhin wurde dadurch eine Ersparnis an Artikeln erzielt. Nach der Auffassung Hoffmanns[27]) gehört sogar noch der Vertrag

---

[24]) Ausdrücklich BGB § 2302; für ZGB resp. OR ergibt sich dasselbe aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen.

[25]) Schon Bluntschli, Erl. IV zu § 2120, 2126; Schiffner S. 16 ff. und Krüger (über Schiffner) in Grünhuts Ztschr. 32 S. 426.

[26]) Allerdings wurde die Regelung der Erbverträge seit dem 2. Teilentw. von 1895 glücklicherweise stark zusammengezogen. Während dieser noch 15 lange Artikel, 484—498 daran wandte, begnügt sich das Gesetz mit 7: 512—515 und 534—536.

[27]) Sten. Bull. 1906 S. 191; vergl. auch Erl. S. 323; den genauen Unterschied macht immerhin Huber II S. 316.

über eine angefallene (Art. 635) resp. über eine erst noch zu erwartende Erbschaft (Art. 636) ebenfalls unter den Begriff des Erbvertrages, sodass schliesslich nach ZGB zu den Erbverträgen im weitesten Sinne alle diejenigen Verträge gehören,[28]) die nur irgendwie das Erbrecht oder den Gegenstand des Erbrechts berühren — eine Umschreibung, die für eine eingehendere Untersuchung viel zu weitläufig ist; hier ist daher einschränkend unter Erbvertrag ein zweiseitiger Vertrag, worin eine Verfügung von Todes wegen bindend getroffen wird, zu verstehen.

Damit scheiden die Fälle des Art. 635 f. cit. aus und es bleiben die eigentlichen Erbverträge, worin ein Erbe auf den ganzen Nachlass oder auf eine Quote bindend eingesetzt wird, und weiter die Vermächtnisverträge, worin der Erblasser ein Vermächtnis bindend trifft. Weiter scheidet hier für die Betrachtung aus der Erbverzichtsvertrag, obwohl ihn das Gesetz unter den „Erbvertrag" rechnet[29]); dadurch werden aber Unstimmigkeiten hervorgerufen, indem das Gesetz einmal z. B. in Art. 494 I „Erbvertrag" im engern, soeben umschriebenen Sinne braucht und dann gleich im übernächsten Artikel „Erbvertrag" als Vertrag über ein Erbrecht im allgemeinen verwendet.[30]) So nahe sich auch Erbvertrag und Erbverzicht berühren mögen, so wäre doch trotz dem Bestreben nach Kürze eine reinliche Scheidung von Wert gewesen; man weiss jetzt oft nicht recht, welche Erfordernisse des eingehender normierten Erbvertrages auch auf

---

[28]) Escher, Vorbem. 1 vor 494.

[29]) Vergl. Art. 494 f. Marginalien:
H. Erbverträge.
I. Erbeinsetzungs -und Vermächtnisvertrag.
II. Erbverzicht.

[30]) Vergl. Art. 496 I. Erbvertrag (anstatt Erbverzicht) scheint übrigens auf einem Redaktionsversehen zu beruhen, obwohl dieser Absatz in E 1 Art. 518 und E. 2 Art. 500 gleich lautet. Der französische Text hat das farblose „acte", während der italienische wieder von „contratto successorio" spricht.

den Erbverzicht Anwendung finden sollen; bei der schwankenden Terminologie des ZGB (denn das Gesetz hat nicht einmal den zu weiten Begriff konsequenterweise durchgeführt) ist es durchaus nicht immer sofort klar, ob, wenn das Gesetz vom Erbvertrag spricht, hier der Erbvertrag i. e. S. gemeint sei oder ob der Vertrag über ein Erbrecht im allgemeinen Sinne von Marg. 494 I in Rede stehe, so dass also die Vorschriften auch auf den Erbverzicht Anwendung zu finden hätten. Für manche Fragen, z. B. ob der verzichtende Erbe mündig sein müsse (wie der Erblasser nach Art. 468), erhält man keine direkte Antwort.

Die Regelung, die der Erbvertrag durch das ZGB erfahren hat, ist insofern sehr erfreulich, als nun einmal klipp und klar ausgesprochen wird, dass letztwillige Verfügung und Erbvertrag als gleichwertige Verfügungsarten nebeneinander stehen[31]) (Art. 467 und 468; 481 I)[32]); die Hartmann'sche Theorie modifiziert sich daher für das ZGB in dem Sinne[33]), dass der Erbvertrag nicht mehr nicht die dritte Art der Erbfolge neben der gesetzlichen und der testamentarischen ist, sondern mit der letztwilligen Verfügung unter dem Oberbegriff der Verfügung von Todes wegen vereint der Berufung von Gesetzes wegen gegenübertritt: ein Resultat, das der Hartmann'schen Auffassung[34]) nicht einmal so unähnlich ist, als es den Anschein haben möchte. Schon oben S. 134 wurde auch ausgeführt, dass der Hartmann'sche Grundsatz, wonach der Erbvertrag gemäss der für die ihm zu-

---

[31]) Gerade gegen diese Auffassung wehrt sich Unger VI S. 117 Anm. 5.

[32]) Für das BGB vergl. § 1941, 1948, 1951; Schiffner S. 5 ff.

[33]) Escher, Vorbem. 3 vor Art. 494 lehnt die Hartmann'sche Theorie für das ZGB von vornherein ab. Ich bin mit Escher vollkommen einverstanden, dass diese Theorie im ZGB nicht so angewendet werden kann wie im gemeinen Recht, möchte ihr aber doch nicht jeden Wert und jede Anwendbarkeit absprechen.

[34]) Vergl. z. B. Hartmann S. 11.

grundeliegenden Elemente aufgestellten Normen zu behandeln sei, auch für das moderne Recht subsidiarische Geltung beanspruchen könne; das um so mehr, als nach ZGB Art. 7 die Bestimmungen des Obligationenrechts, also des Vertragsrechts κατ' ἐξοχήν, auch auf den Erbvertrag angewendet werden müssen. Dadurch muss allerdings, wie Hellwig schon für das BGB rügt[35]), ein einheitliches Rechtsgeschäft nach zwei ganz verschiedenen Arten von Grundsätzen beurteilt werden.[36]) Allzuviel wird aber vom OR nicht übernommen werden können, da ZGB in Art. 469 allgemein obligationenrechtliche Normen für die Verfügungen von Todes wegen speziell wiederholt. Der rechtliche Charakter des Erbvertrages wird dadurch nicht berührt, er ist ein einheitliches Rechtsgeschäft; eine Unterordnung unter die letztwilligen Verfügungen findet nicht statt, vielmehr stehen letztwillige Verfügungen und Erbverträge unter dem gemeinsamen Begriff der Verfügung von Todes wegen. Diese systematisch deutlichere Auffassung der beiden Unterarten der gewillkürten Erbenberufung zeichnet das ZGB vor dem BGB aus[37]) und diesem „logischen Vorzug" gegenüber nimmt man die von Weyl gerügten

---

[35]) Hellwig S. 599 Anm. 229 und Schiffner S. 14.

Mit Rücksicht darauf aber, dass der Erbvertrag Zuwendungen von Todes wegen enthält, finden auf diese vertragsmässigen die für letztwillige Zuwendungen geltenden Vorschriften Anwendung (vergl. ausdrücklich BGB § 2279 I) soweit dies eben bei ihrer bindenden Kraft möglich ist. Durch diese Unterscheidung wird aber der Erbvertrag noch keineswegs zu einem Zwitter- oder Doppelgeschäft. Übrigens bringt es die Eigenart des Erbvertrages mit sich, dass die allgemeinen Vertragsvorschriften zum grössten Teile nicht auf ihn anwendbar sind. Vergl. Strohal I S. 368.

[36]) Huber, Erl. zum 2. Teilentwurf S. 162 sieht allerdings darin einen Vorteil, indem eine wesentliche Kürzung der Vertragsvorschriften dadurch ermöglicht werde — ein Umstand, der zugunsten der Regelung unseres Gesetzes einigermassen ins Gewicht fällt.

[37]) Weyl in der Festgabe für Güterbock S. 599 f.

Mängel gerne in Kauf. Durch diese Zusammenfassung war eine viel knappere Formulierung der Verfügungen von Todes wegen und eine wesentliche Ersparnis an Wiederholungen möglich, durch die Marginalien wird auch die rasche Orientierung erleichtert, so dass es wenig verschlägt, wenn man sich die Bestimmungen über den Erbvertrag an verschiedenen Orten zusammensuchen muss.

Der Gesetzgeber hat sich nicht veranlasst gesehen, den Erbvertrag auf irgend welche Personen zu beschränken, obwohl Huber selber zugeben musste[38]), es sei kein grosses Bedürfnis vorhanden, „über den Kreis der Ehegatten, des Eltern- und Kindesverhältnisses und der Gemeinderschaft hinauszugehen". Auf Kohlers Bedenken hin[39]), und nachdem die Statistik nachgewiesen hatte, dass der Erbvertrag ausserhalb des genannten Personenkreises nicht vorkomme[40]), wäre es vielleicht angezeigt gewesen, ihn de lege lata auch wirklich auf diesen Kreis zu beschränken. Ein dahingehender Antrag Laur[41]) ist denn auch nur an einer Zufallsmehrheit gescheitert.

Dass schliesslich die germanistische Wissenschaft[42]) den Erbvertrag bloss damit rechtfertigt, er sei bisher allgemeines Bedürfnis gewesen, darf kein Grund für seine Beibehaltung sein, sobald die moderne Gesetzgebung auf anderm Wege (Ausdehnung des gesetzlichen Erbrechts auch auf die Ehegatten, Erweiterung des Kreises der Pflichtteilsberechtigten) eben dieses Bedürfnis beseitigt.[43])

---

[38]) Prot. Exp.-Komm. I S. 583; schon Bluntschli Privatrecht § 245,2 und Unger VI § 26 a. 6 fordern die Beschränkung des Erbvertrags auf Ehestiftungen.

[39]) Bedenken hegt auch Endemann III S. 242 f.; er findet genügenden Ersatz in den gemeinschaftlichen Testamenten, die unser Recht glücklicherweise nicht aufgenommen hat. Vergl. den Anhang zu diesem Kap. unten S. 173 ff.

[40]) Segall Arch. b. R. 32 S. 434 ff.

[41]) Prot. Exp. Komm. I S. 584.

[42]) z. B. Gierke a. a. O. S. 526.

[43]) Bei den Vorberatungen zum BGB (II Prot. V S. 371) und bei denen zum ZGB (Prot. Exp.-Komm. cit.) hat man viel zu sehr

III. Begriff des Erbvertrages im engern Sinne.

Der Erbvertrag ist, wie bereits ausgeführt, ein zweiseitiger Vertrag, worin eine Erbeinsetzung bindend getroffen wird.

Es ist nicht notwendig, dass der Erbvertrag eine Anwartschaft auf ein Erbrecht überhaupt erst schaffe; sondern er kann sich auch darauf beschränken, die gesetzliche Erbfolge eines der Vertragschliessenden in den Nachlass des andern bindend festzustellen (gerade wie nach unserer Auffassung ein Ehevertrag sich auf die blosse Annahme des ordentlichen Güterstandes beschränken kann) oder ein früheres Vermächtnis vertragsgemäss zu sichern. Dabei tritt aber nicht etwa bloss ein Vertrag über die Unwiderruflichkeit zur frühern letztwilligen Verfügung hinzu, sondern diese wird in Form eines Erbvertrages (resp. eines Vermächtnisvertrages) wiederholt. Übrigens wies schon Hasse[44]) darauf hin, „dass der Vertrag noch viel anderes hervorbringen könne als eine Obligatio, hier sei es ein Erbrecht".

Von der einseitigen letztwilligen Verfügung unterscheidet er sich dadurch, dass er ein Vertrag ist, gerichtet auf unwiderrufliche Rechtsnachfolge in den Nachlass. Die Willenserklärung ist gegenseitig, also empfangsbedürftig: der Vertrag bedarf der Einwilligung des andern Teils. Der Endemann'schen Auffassung,[45]) wonach der Vertragsgegner keine Vertragsansprüche erlangt und

---

auf den bisherigen Rechtszustand abgestellt, ohne sich zu vergegenwärtigen, wie sich die Verhältnisse nach neuem Recht gestalten werden. Weil nach bisherigem Recht ein Erbvertrag oft eine sehr bequeme und willkommene Ergänzung eines fehlenden oder ungenügenden Erbrechtes bot, so wurde er blindlings auch ins neue Recht übernommen, ohne dass man überlegte, ob er vielleicht nicht ganz überflüssig sei, da das Gesetz schon dafür sorgte, was nach bisherigem Recht erst die Parteien zu vereinbaren hatten.

[44]) Im Rhein. Museum II S. 200.

[45]) a. a. O. S. 246.

nicht einmal Beteiligter zu sein braucht, kann in dieser Allgemeinheit nicht beigetreten werden.

Einmal liegt im Charakter des Erbvertrages, dass auch der Vertragsgegner nicht bloss receptiv tätig ist[46]), auch nicht bloss zustimmend; sondern er hat und erklärt gleichfalls den Bindungswillen (Regelsberger),[47]) was einmal bei gegenseitigen Erbverträgen und dann bei Gegenleistungen des Vertragserben besonders wichtig ist.[48])

Allerdings erhält der Vertragsgegner kein gegenwärtiges Recht; aber sei nun er als Erbe eingesetzt oder ein Dritter im Erbvertrag begünstigt, so ist es doch er allein, der ein Interesse an der Erfüllung des Vertrages hat und geltend machen kann. Selbst wenn der Dritte als Erbe eingesetzt wäre, so stände er doch in gar keiner rechtlichen Beziehung zum Erblasser, sondern ein Rechtsverhältnis besteht nur zwischen Erblasser und Vertragsgegner einerseits und zwischen dem Vertragsgegner und dem Dritten (dem Begünstigten) andrerseits. Der Vertragsgegner hat durchaus nicht Lust, als blosse „Formperson" dazustehen, zu der ihn Endemann stempeln will, und wenn er sich etwa noch zu Gegenleistungen verpflichtet hat, so entsteht gerade die „Verbindung zweier sich gegenüberstehender Interessensphären", die Endemann[49]) beim Erbvertrag zu verneinen geneigt ist.

Der Erblasser hat keine Obligatio[50]), sondern der Vertrag hat die rein dingliche Wirkung, dass der Eingesetzte beim Tode des Erblassers Erbe wird. Dass er es aber wird, ist noch durchaus nicht sicher, denn seine Anwartschaft

---

[46]) Schiffner S. 9.

[47]) Regelsberger, Pandekten S. 545 ff.

[48]) Der Hauptfall der „Gegenleistung", wenn man so sagen kann, ist die gegenseitige Erbeinsetzung; der Vertragsgegner setzt seinerseits den Erblasser (oder einen von diesem begünstigten Dritten) als Erben ein. Das ist besonders bei Erbverträgen unter Ehegatten der Fall; vergl. im dritten Kapitel.

[49]) a. a. O. S. 245 a. 18.

[50]) Bluntschli Erl. zu § 2120; Hofmann in Grünhuts Ztschr. 3 S. 665 und Mot. V S. 311.

ist blosse Hoffnung[51]), wenn sie auch nicht durch einseitige letztwillige Verfügung vereitelt werden kann.[52]) Das Vermögen, das vielleicht künftig den Gegenstand des Nachlasses bilden wird, ist dem Vertragsgegner, dem „Anwärter", noch in keiner Weise gesichert, geschweige denn zugehörig, denn es können immer noch nachgeborene Pflichtteilsberechtigte schmälernd eingreifen, und endlich bleibt stets ungewiss, wer früher sterben wird, der Erblasser oder der Vertragserbe.

Dieselben Grundsätze gelten auch für den Vermächtnisvertrag. Sein Inhalt und seine Wirkung können keine andern sein, als bei letztwilligen Verfügungen[53]), also die Anordnung der Zuwendung eines Vermögensvorteils zu Lasten der beschwerten Erben, mit der Wirkung, dass für

---

[51]) Darin, dass keine sofortige Rechtswirkung eintritt, liegt eigentlich der Hauptgegensatz zu den bindenden Verfügungen von Todes wegen des alten deutschen Rechts, der Gemächte usw. Da diese aber ein unmittelbares Recht auf die vergabten Gegenstände erzeugten, waren sie nicht auf Verleihung des Erbrechts gerichtet, sondern hatten den Charakter von Einzel- oder Vermächtnisvergabungen. Durch die Rezeption erfolgte dann eine Umgestaltung der Gemächte einmal nach der Seite der gemeinschaftlichen Testamente hin, wodurch der Bedachte nicht blosser Vermächtnisnehmer, sondern eigentlicher Erbe wurde (Huber IV S. 633) und das Rechtsgeschäft den Charakter einer Verfügung von Todes wegen erhielt — und dann, aber unter Beibehaltung der Vertragsnatur unter Aufnahme des römischrechtlichen Gedankens der freien Erbeinsetzung die Entwicklung zum eigentlichen Erbvertrag. Stobbe, Deutsches Privatrecht V² § 310. Heusler, Institutionen II S. 630.

[52]) Wenn darum Hellwig S. 597 ausführt, vor dem Tode sei die Stellung des von Todes wegen Bedachten in allen Fällen dieselbe, so ist das nur bedingt richtig, weil der Vertragserbe momentan allerdings dieselbe Hoffnung hat wie der Testamentserbe, diese Hoffnung aber gefestigter ist, weil sie nicht willkürlich entzogen, sondern höchstens gegenstandslos werden kann.

[53]) Das ist einer der Grundsätze Hartmanns, der auch dann durchaus Geltung hat, wenn man sich seinen und besonders seiner Nachfolger Konstruktionsversuchen nicht anzuschliessen vermag.

den vertragsmässig Bedachten die Aussicht besteht, im Überlebensfalle gegen den Belasteten einen persönlichen Anspruch nach Art. 562 I zu erhalten. Dieses Schuldverhältnis entsteht also auch beim Vermächtnisvertrag nicht etwa in der Person des Erblassers, so dass es auf den Belasteten übergehen könnte, sondern die Vermächtnisverpflichtung wird durch die Anordnung des Erblassers in Verbindung mit dem Erwerb der belasteten Zuwendung erst für den Belasteten begründet. Der Vermächtnisvertrag hat daher wie der Erbvertrag eine ausschliesslich erbrechtliche Wirkung und verschafft, wenn zu Gunsten eines Dritten abgeschlossen, dem Bedachten nach dem Tode des Erblassers n i e ein i h m d i r e k t zustehendes Recht.[54])

Man kann nicht einmal sagen, der Erbvertrag sei immer sicherer als eine letztwillige Verfügung, denn innerhalb der Schranken von Art. 494 III kann der Erblasser über sein Vermögen frei verfügen (494 II); der Erbe hat also nur zu gewärtigen, dass er seiner Zeit den Nachlass tel quel antreten könne, während bei einem Speziesvermächtnis (das unter Umständen ein Verschaffungsvermächtnis bedeuten kann) der Vermächtnisnehmer wenigstens den Gegenstand des Vermächtnisses sicher kennt, wenn er auch mit einem eventuellen Widerruf rechnen muss. Durch den Erbvertrag legt der Erblasser, wie Hofmann hübsch sagte[55]), den Keim zu einem Recht des Vertragserben. Ob daraus dereinst wirklich ein Recht erwachsen werde, ist noch ungewiss, aber wenigstens unabhängig von seiner Laune. Im Gegensatz zur letztwilligen Verfügung, bei der eben der letzte Wille den Berufungsgrund bildet, stützt sich beim Erbvertrag die Berufung nicht auf den letzten Willen, sondern auf die in einem andern Moment getroffene Willenseinigung[56]);

---

[54]) Hellwig S. 592.

[55]) a. a. O. S. 668 f.

[56]) Krainz, System des österreichischen allgemeinen Privatrechtes II³ S. 592 f.

der Vertrag ist so nicht bloss der positive Grund der Delation, sondern auch, wie Unger es ausdrückt[57]), ihr negatives Sicherungsmittel eben dadurch, dass er eine Änderung des einmal kundgegebenen Willens zu einer Verfügung von Todes wegen unmöglich macht.

Hieraus ergibt sich denn, dass die für letztwillige Verfügungen aufgestellten Normen auf den Erbvertrag nicht anwendbar sind, sofern sie in ihrer spezifischen Natur als letztwillige Verfügungen ihren Grund haben, dass sie aber entsprechende Anwendung finden, soweit sie sich im Charakter der letztwilligen Verfügungen als Verfügungen von Todes wegen gründen (Dernburg)[58]).

Der Vertragserbe hat ein „Recht, Erbe zu werden“[59]) so gut, wie der Testaments- oder der gesetzliche Erbe, und die Berufungen aus diesen drei Gründen treten gleichwertig nebeneinander[60]). Das Nachfolgerecht des Erben ist seinem Wesen nach immer dasselbe, eine etwaige verschiedene Behandlung ergibt sich nur aus den verschiedenen Entstehungsgründen[61]), was aber hier nicht näher verfolgt werden kann[62]). Letztwillige Verfügung und Erbvertrag haben das gemeinsam, dass sie ihre spezifische Wirksamkeit erst nach dem Tode des Verfügenden entfalten können. Es fehlt ihnen daher zur Zeit ihrer Errichtung, selbst wenn

---

[57]) Österreichisches Privatrecht VI § 26 a. 5. Unger meint das allerdings in einem etwas anderen Sinne, da er hier im Erbvertrag lediglich den vertraglichen Widerrufsverzicht sieht.

[58]) Preuss. Privatrecht III § 175.

[59]) Mot. V S. 322 und Hübner, Deutsches Privatrecht[2] S. 660 f.

[60]) Roth, Bayr. Civilrecht III S. 359 und Dernburg a. a. O. Vergl. schon Reichsgericht, Entscheidungen 4, S. 172 (arg. Art. 566, 572 II, 580 I).

[61]) Strohal I S. 367.

[62]) Ich denke dabei an die familienrechtliche Stellung des gesetzlichen Erben, die ihm unter Umständen gegenüber dem Erblasser eine bevorzugte Stellung verleiht, aber nicht kraft Erbrechts, sondern kraft Familienrechts.

dabei den Anforderungen des Gesetzes vollständig entsprochen worden ist, mit Notwendigkeit eine Wirksamkeitsvoraussetzung[63]).

Vor den andern Berufungsgründen unterscheidet sich der Erbvertrag vorzugsweise durch die Unentziehbarkeit; denn anders als bei der letztwilligen Verfügung darf der Erblasser die Berufung nicht vertragswidrig zurücknehmen. Bei der letztwilligen Verfügung ist das Grundelement die Freiheit, die Macht des Erblassers, bis zu seinem Tode seinen Willen beliebig zu gestalten; beim Erbvertrag dagegen herrscht der Zwang: das einmal Vereinbarte ist grundsätzlich unwiderruflich. Er äussert sich aber nur in einer ganz bestimmten Richtung: der Vertragserblasser kann bloss kein späteres Rechtsgeschäft auf den Todesfall eingehen, das den zukünftigen Anspruch des Vertragserben schmälern könnte[64]); oder negativ ausgedrückt: die Wirksamkeit einer solchen nachträglichen, mit dem früheren Erbvertrag unvereinbaren Verfügung von Todes wegen ist von der condicio juris abhängig, dass die Möglichkeit dieser Beeinträchtigung nachträglich entfällt[65]).

Wirtschaftlich, oder wenn man lieber will, psychologisch betrachtet, verschärft sich der Gegensatz. Die letztwillige Verfügung entspringt in den meisten Fällen dem Wohlwollen des Erblassers gegenüber dem Bedachten und eine derartige Verfügung wird meistens nicht als Entgelt für irgendwelche materielle Vorteile gedacht sein, die der Bedachte dem Erblasser geboten haben könnte, sondern höchstens als Aequivalent für unumschreibbare ideelle Annehmlichkeiten. Die letztwillige Verfügung ist meistens altruistisch. Anders der Erbvertrag: er ist meistens egoistisch. Er macht die künftige Erbschaft zum „Tauschobjekt unter Lebenden“[66]). Wenn er auch nicht immer zur Erreichung pekuniärer oder doch sehr

[63]) Strohal in der Festschrift für das ABGB II S. 758.
[64]) Krainz S. 697.
[65]) Strohal a. a. O. S. 762 f.
[66]) Dernburg, bürgerl. Recht V S. 267.

materieller Vorteile geschlossen wird (wie z. B. der Verpfründungsvertrag), so geht er doch jedenfalls auf Erreichung von Gegenvorteilen aus, sei es auch nur, um von der Gegenpartei ebenfalls zum Erben eingesetzt zu werden.[67]) Damit berühren wir wieder die Frage der Entgeltlichkeit, die gesondert behandelt werden soll.

Wie in den Ehevertrag[68]), so können in einen Erbvertrag ebenfalls Bedingungen[69]) aufgenommen werden[70]); eine Vereinbarung des Inhalts, nur unter bestimmten Voraussetzungen (Nichterfüllung seitens des einen Teils, Unmöglichkeit der Leistung etc.) solle der Vertrag wirksam werden, wird man schon darum als gültig annehmen, weil das Gesetz selber derartige Fälle vorsieht (ZGB Art. 514; OR Art. 527). Einen Rücktrittsvorbehalt dagegen, wie ihn unsinnigerweise BGB in § 2293 normiert, wird man als dem Wesen des Erbvertrags widersprechend durchaus

---

[67]) Nach BGB § 1941 und nach ZGB Art. 468 etc. ist ja der Erbvertrag nicht auf Ehegatten beschränkt; in den Rechten dagegen, wo das der Fall ist (Code civil art. 1082 ff; 1093 ff. ABGB §§ 604, 1249 ff.), bildet in den meisten Fällen die gegenseitige Erbeinsetzung die einzige „Gegenleistung" des andern Vertragsteils.

[68]) Krainz S. 551 rechnet durchweg gemeinsame letztwillige Verfügungen von Ehegatten zu den bedingten letztwilligen Verfügungen, die mit der Nichtigkeit der Ehe ohne weiteres unwirksam werden.

[69]) Während es im gemeinen Recht streitig war, ob unmögliche oder unsittliche Bedingungen einen Erbvertrag ungültig machen (so Dernburg, Pandekten III § 126) oder als nicht gesetzt anzusehen sind (so Windscheid III § 554 Anm. 17 a und Hofmann, Kritische Studien im römischen Recht S. 144 ff.; schliesslich Unger VI § 26 a 14), so ist nach unserm Recht ein solches Rechtsgeschäft nichtig, OR Art. 157. Vergl. Strohal I S. 14.

[70]) Bei einem Erbvertrag unter Ehegatten wird z. B. häufig die (dort durchaus zulässige) Bestimmung Platz greifen, dass die Wirksamkeit des Vertrages von der Nichtwiederverheiratung des überlebenden Ehegatten abhängig gemacht wird. Vergl. schon Beseler, Die Lehre von den Erbverträgen II S. 336 f.

zurückweisen müssen[71]), denn zum Wesen des Erbvertrages gehört nun einmal die Gebundenheit[72]), und wo diese schlechthin ins Belieben des einen Teils gestellt ist, hört jeder Vertrag auf[73]). Entweder unwiderruflicher Erbvertrag oder dann widerrufliche letztwillige Verfügung, aber kein Zwitterding![74])

Das ZGB kennt im Gegensatz zum BGB keinen clausus numerus von Verfügungen, die den Gegenstand des Erbvertrages bilden können, man wird daher immerhin mit einigen Ausnahmen sagen können: was in einer letztwilligen Verfügung bestimmt werden kann, kann auch Gegenstand eines Erbvertrages sein.

Damit scheiden aus dem Bereich des Erbvertrages diejenigen Vereinbarungen aus, die, weil güterrechtlich, dem Ehevertrag vorbehalten sind (also auch Bestimmungen über Fortsetzung der Gütergemeinschaft) oder als unverzichtbare Rechte des Erblassers vertraglicher Verein-

---

[71]) Obwohl er der gemeinrechtlichen Doktrin als durchaus mit dem Erbvertrag vereinbar schien, so Beseler II, 1 S. 293 f. und Stobbe § 311 zu Anm. 50. Vergl. Schiffner S. 183 ff.

[72]) Es ist mir unverständlich, wie Ehrlich, das zwingende und das nicht zwingende Recht S. 225 sagen kann, die Gebundenheit gehöre nicht zum Begriffe des Erbvertrages!

[73]) Vergl. gegen solche Verträge vor allem Regelsberger, Pand. § 153, 1, D; für den Erbvertrag Escher Anm. 5 zu Art. 494.

[74]) Die deutschen Mot. V S. 342 bringen es aber fertig, ein solches zu konstruieren; faktisch wird zwar durch den Vorbehalt des Rücktritts der Erbvertrag zu einer letztwilligen Verfügung, er unterliegt aber nach wie vor den Vorschriften über den Erbvertrag! Der Unterschied läuft schliesslich darauf hinaus, dass ein Erbvertrag mit Rücktrittsvorbehalt nur in der Form des § 2296 wirksam eingegangen werden kann, während ein Testament formlos widerruflich ist. „Die Zwitterbildung hätte beseitigt werden können", sagt Hellwig mit Recht (a. a. O. S. 598 Anm. 226). Dagegen auch Schiffner S. 9. Gesetzt, es werde ein Erbvertrag mit Rücktrittsvorbehalt abgeschlossen; wie gestaltet sich dann die Gebundenheit des Erblassers? Wahrscheinlich müsste man für ihn im Anschluss an die Motive eine „relative" Gebundenheit konstruieren!

barung überhaupt entzogen bleiben[75]), oder andere Rechte des Erblassers, die einer Vererbung überhaupt unfähig sind.[76]) Weiter haben aber auch diejenigen Verfügungen in einem Erbvertrag keine Aufnahme[77]), die laut Gesetz ausdrücklich nur in einer letztwilligen Verfügung getroffen werden können; so die Ernennung von Testamentsvollstreckern (Art. 517 I) und die Errichtung einer Stiftung (nach Art. 81).

Es steht nichts im Wege, diese Ernennung auch in einem Erbvertrage oder in einem kombinierten Ehe- und Erbvertrage vorzunehmen, nur ist zu beachten, dass die Ernennung dann nicht unter die vertraglich unwiderruflichen Verfügungen gehört, sondern lediglich äusserlich mit ihnen in derselben Urkunde zusammenhängt.[78]) Soll daher eine Änderung in der Ernennung von Testamentsvollstreckern erfolgen, so kann das durch jede letztwillige Verfügung (also ausserhalb des Erbvertrages) geschehen, ohne dass dadurch die vertragsmässigen Verfügungen irgendwie beeinträchtigt würden[79]).

Es ist schliesslich möglich, dass der Erblasser mit mehreren Vertragsgegnern einen Erbvertrag eingeht, oder

---

[75]) Näheres bei Strohal I S. 347 und Endemann III S. 97; wobei aber zu beachten ist, dass nach BGB der Bereich des Erbvertrages — wenigstens theoretisch — enger ist als nach schweizerischem Recht.

[76]) Darüber Escher, Allgemeine Vorbemerkungen zum Dritten Teil des ZGB unter V.

[77]) Wenn Escher a. a. O. Vorbem. VIII eine Reihe von Verfügungen von Todes wegen aufzählt, die, obwohl vom Gesetz nicht ausdrücklich genannt, dennoch zugelassen sind, so generalisiert er zu sehr, indem gewisse Verfügungen nur letztwillig, nicht aber durch Erbvertrag getroffen werden können. Vergl. das im Text gesagte.

[78]) Vertragsnatur haben solche Bestimmungen dann, wenn sie z. B. durch Auseinandersetzungsvorschriften unter den Miterben, mittelbar Bestimmungen über die Erbeinsetzung etc. enthalten. Vergl. Dernburg V S. 270 f.

[79]) Vergl. die ausdrückliche Bestimmung im BGB § 2299 I bis III und Kipp, Erbrecht S. 85.

dass mehrere Erblasser gegenüber einem Vertragsgegner Verfügungen von Todes wegen bindend treffen.[80]) Denkbar ist, dass dann jeder Vertragschliessende nur insoweit gebunden sein will, als die Verfügung ihn persönlich bedenkt, resp. soweit als er Verfügungen bindend trifft; in der Regel und im Zweifel wird aber anzunehmen sein, dass durch den Abschluss eines Erbvertrages nicht nur jeder für sich gebunden sein will, sondern dass er den ganzen Vertrag akzeptiert, mithin auch in Bezug auf die Verfügungen der andern gebunden ist.[81]) Das Bestehen seiner Verfügung ist dann vom Bestehen der andern abhängig; mit einer Verfügung stehen und fallen alle andern. In der Möglichkeit solcher gemeinschaftlicher Erbverträge liegt eigentlich schon die Widerlegung der Ansicht, dass der Vertragsgegner durchaus nebensächlich sei und dass nur der Erblasser den Grund zur Berufung lege.[82])

Wie nach moderner Rechtsauffassung die Erbeinsetzung nicht mehr zum Wesen der letztwilligen Verfügung gehört, so wenig gehört es zum Wesen des Erbvertrages, dass er auf die Bestellung eines Vertragserben gerichtet, dass er also Erbeinsetzungsvertrag sei. So können auch lediglich Vermächtnisse in einem Vertrag bindend getroffen werden[83]) und solche Vermächtnisverträge werden meines Erachtens sogar die Regel bilden (Vermächtnis von Nutzungen nach Art. 473 I). Von diesen Vermächtnisverträgen zu trennen sind die Vermächtnisse in einem Erb-

---

[80]) Das wird hie und da praktisch; vergl. Reichsgericht, Entscheidungen Bd. 67 S. 65 ff. Es lässt sich z. B. denken, dass zwei kinderlose Ehegatten zusammen einen Erbvertrag eingehen, worin ein Adoptivkind zum Erben eingesetzt wird. Die beiden Erbeinsetzungen brauchen nicht notwendig von einander abhängig zu sein, sondern es kann die eine weiterbestehen, wenn die andere auch weggefallen ist. Wann das eintreten wird, muss der Entscheidung des Einzelfalles überlassen bleiben. Strohal I S. 349.

[81]) Kipp a. a. O. S. 87 VIII.

[82]) So Hellwig S. 598.

[83]) Planck Bem. 1 zu 1941.

vertrage, wo also neben der vertraglich gebundenen Erbeinsetzung noch letztwillige Verfügungen getroffen werden, die rein äusserlich mit dem Erbvertrag zusammenhängen[84]) und deren Bestand keine Wirkung auf ihn hat; sie können also durch letztwillige Verfügung aufgehoben werden, ohne dass dadurch der Erbvertrag irgendwie alteriert würde.[85])

IV. Die Parteien beim Erbvertrag.

Der Erbvertrag wird geschlossen zwischen dem Erblasser und einer ihm gegenüberstehenden Partei, die ihn durch die Annahme des Vertrages an seine Erklärung bindet.[86]) Es kommen also bei einem Erbvertrag nur zwei Vertragschliessende in Betracht: ein verfügender und ein annehmender Teil. Dabei können, wie bereits oben erwähnt, zwei Erblasser zugleich verfügen, oder es können mehrere Personen einem Erblasser als annehmend gegenüberstehen. In der Regel aber wird der Vertrag zwischen einem Erblasser und einer annehmenden Person geschlossen werden, oder die annehmende Person wird zugleich wieder als Erblasser verfügen, wobei dann jeder Teil zugleich Erblasser und annehmende Person für die Verfügung des andern ist. Die annehmende Person kann nun entweder selber bedacht sein, oder sie kann den Vertrag für einen Dritten schliessen,[87]) ohne dass dabei ein

---

[84]) Das tritt am deutlichsten im österreichischen Recht zutage, da dieses nur Erbverträge im engern Sinn kennt und sie nur unter Ehegatten zulässt (a BGB 602); der Vertrag kann sich daher nur auf den Nachlass oder auf eine Quote beziehen; andere Verfügungen von Todes wegen haben nur die Kraft eines Kodizills. Vergl. Krainz S. 592 f.

[85]) Zu demselben Resultat gelangt auch Unger in J. Jhb. 10 S. 86, obwohl er von der Hartmannschen Theorie ausgeht. Für das ZGB Kuoni, Erbrecht S. 137.

[86]) Ähnlich Strohal I S. 349.

[87]) Über die Terminologie solcher Verträge zu gunsten Dritter vergl. vor allem Unger in J. Jhb. 10, S. 1 ff. und darüber

Vertretungsverhältnis zwischen ihr und dem Dritten herrschte oder der Dritte sonst in einem familienrechtlichen Verhältnis (als Kind, Mündel, Ehegatte) zur annehmenden Person stände. Wir verwenden daher hier für diese den neutralen Ausdruck „Vertragsgegner", wobei offen bleibt, ob dieser für sich oder für einen Dritten handelt. Der durch Erbvertrag zum Erben oder Vermächtnisnehmer Eingesetzte sei der „Begünstigte" genannt. Zwischen dem Dritten und dem Erblasser besteht nie ein Rechtsverhältnis, ausser in der Beziehung, dass der Erblasser verlangen darf, dass der von ihm als Erbe oder Vermächtnisnehmer eingesetzte Dritte auch wirklich der Begünstigte bleibe. Der Dritte oder der Vertragsgegner können in keiner Weise den Vertrag einseitig dahin abändern, dass ein beliebiger Anderer statt des vom Erblasser begünstigten den Erbteil erhalte.[88]) Andrerseits hat der Erblasser wohl das Recht, durch Vertrag mit dem Vertragsgegner die Anwartschaft des Dritten aufzuheben,[89]) nach dem Tode des Vertragsgegners aber ist eine solche Vereinbarung (etwa mit den Erben des Vertragsgegners) ausgeschlossen.[90]) Mit dem Tode des Vertragsgegners wird das an sich unvollkommene, relative Recht des Dritten auf die Leistung zu einem vollkommenen, absoluten.

1. Der Erblasser.

Der erste Abschnitt des 14. Titels ZGB regelt die Verfügungsfähigkeit im allgemeinen und zwar in Art. 467

Regelsberger, Krit. Vierteljahrsschrift 11, S. 559 f. Weiter Schiffner in J. Jhb. 40, S. 92 ff.

[88]) Bähr, Verträge zu Gunsten Dritter, J. Jhb. 6, S. 159.

[89]) Hellwig, S. 619 f., macht hier Ausnahmen, die auf das Interesse, das Erblasser oder Vertragsgegner an der Begünstigung des Dritten haben, abstellen. Zustimmung des Dritten ist weder erforderlich noch genügend; dagegen kann der Erblasser unabhängig vom Vertragsgegner mit dem Dritten einen Erbverzicht abschliessen.

[90]) Bähr a. a. O., S. 166.

die Verfügungsfähigkeit bei der letztwilligen Verfügung und in Art. 468 die Verfügungsfähigkeit beim Erbvertrag. Art. 469 gilt dann wieder für beide. Obschon nach den Marginalien Art. 467 und Art. 468 einander durchaus gleichgeordnet sind, so muss doch der Begriff der Urteilsfähigkeit aus Art. 467 auch für den Art. 468 übernommen werden, mit andern Worten, Art. 468 bringt zu der Testierfähigkeit des Art. 467 noch das weitere Erfordernis der Mündigkeit. Es wäre vielleicht zutreffender gewesen, vom Erblasser einfach „Handlungsfähigkeit" nach Art. 13 zu verlangen, wobei „mündig" (nach Art. 468) und „urteilsfähig" (nach Art. 467) umschrieben gewesen wären. Eine Steigerung der Erfordernisse beim Erbvertrag ist schon darum gerechtfertigt, weil über die blosse Verfügungsfähigkeit hinaus noch das Erfordernis der Vertragsfähigkeit hinzutreten muss: der Erbvertrag ist ja, worin Hartmann durchaus zuzustimmen ist, aus beiden Elementen, Verfügung von Todeswegen und Vertrag, zusammengesetzt.

Da es sich um eine Verfügung von Todeswegen handelt, ist jede Vertretung seitens des Erblassers ausgeschlossen: eine Verfügung von Todeswegen kann nur persönlich getroffen werden. Wer unfähig ist, eine letztwillige Verfügung zu treffen, mit andern Worten, wer überhaupt keinen Erben ernennen kann, kann auch auf dem Wege des Vertrages keinen ernennen.[91])

2. Der Vertragsgegner.

a) Ist der Vertragsgegner selber der Begünstigte, so kann er den Vertrag persönlich eingehen, auch wenn er unmündig oder entmündigt ist, wofern er nur Urteilsfähigkeit besitzt und bloss unentgeltliche Vorteile erlangt (Art. 19 II). Eine bestimmte untere Altersgrenze hat das

---

[91]) Windscheid, § 539 a. 1 a. E.; die ausdrückliche Norm stellte das Zürcher Gesetzbuch in Art. 1060 auf. Zustimmend Gierke, S. 527.

Gesetz für den Vertragsgegner nicht aufgestellt;[92]) es hat bei dem — ebenfalls individuell abzustufenden („wegen seines Kindesalters" Art. 16!) — Begriff der Urteilsfähigkeit sein Bewenden. So kann möglicherweise jemand, der noch nicht letztwillig verfügen kann, einen Erbvertrag eingehen.[93])

Einen gegenseitigen Erbvertrag würde ein unmündiger Vertragsgegner darum nicht abschliessen können, weil er dabei selber als Erblasser auftritt. Verspricht er aber Gegenleistungen, so ist die Mitwirkung des Vormundes erforderlich (Art. 19 I). Ist der Vertragsgegner nicht urteilsfähig, so muss er immer vertreten werden. Er bedarf aber der Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters dann nicht, wenn er unter Belastungen von Todeswegen bedacht wird; durch den Vertrag ist er nicht zu einer Leistung verpflichtet, weil die Annahme des Vertrages noch nicht die Annahme der belasteten Zuwendung ist.[94])

b) Ist der Begünstigte ein handlungsfähiger Dritter, so kommt es ganz auf ihn an, ob er selber den Vertrag eingehen oder sich vertreten lassen will; im letztern Falle besteht nur zwischen ihm und dem Vertragsgegner ein Rechtsverhältnis: möglicherweise eine Vertretung; denkbar ist auch der Fall, dass der Vertragsgegner für einen Dritten einen Erbvertrag eingeht, ohne, wenigstens vorläufig noch, zu ihm in einem Rechtsverhältnisse zu stehen.

c) Schliesst der Vertragsgegner den Vertrag für einen Dritten ab[95]) und steht er zu ihm weder in einem gesetzlichen, noch in einem gewillkürten Vertretungsverhältnis, so

---

[92]) Es geht wohl nicht an, von Art. 467 das Erfordernis der Testierfähigkeit für den Vertragsgegner bei unentgeltlichem Erbvertrag herüberzunehmen.

[93]) Kipp S. 86.

[94]) Anderer Ansicht Krüger in Grünhuts Ztschr. 32, S. 429; gegen ihn Kipp S. 87 f.

[95]) Gegen Schiffner die eingehenden Ausführungen von Krüger a. a. O., S. 425 ff.

ist auf seiner Seite blosse Urteilsfähigkeit, nicht aber Handlungsfähigkeit erforderlich, wenn er weder für sich, noch für den Dritten Gegenleistungen verspricht; er bedarf aber der Handlungsfähigkeit, wenn das der Fall ist. Der Erwerb des Dritten vollzieht sich wie bei den obligatorischen Verträgen zu Gunsten Dritter, mit Rücksicht auf die Beschaffenheit des zu erwerbenden Rechts aber erst mit dem Tode des Erblassers.[96])

V. „Konversion" des Erbvertrages?

Fraglich ist, ob ein Erbvertrag dann, wenn er wegen eines Formfehlers nicht zu Stande gekommen ist, als letztwillige Verfügung aufrecht erhalten werden soll oder ob er nichtig bleibt.

Sieht man vorerst von einer allfälligen gesetzlichen Bestimmung ab, so liegt die Antwort auf diese Frage schon in der für richtig gehaltenen Auffassung des Erbvertrages. Teilt man ihn einfach in ein „Doppelgeschäft", so konnte nach gemeinem Recht bei Wegfall des Vertrages über die Unwiderruflichkeit das andere „Einzelgeschäft", die letztwillige Verfügung, ruhig weiter bestehen. Nimmt man dagegen mit den modernen Rechten den Erbvertrag als Ganzes, als Verfügung von Todeswegen neben der letztwilligen Verfügung, so ist ein teilweises oder ein verändertes Fortbestehen undenkbar. Schon von diesem Gesichtspunkte aus muss für uns die Konversion eines mangelhaften Erbvertrages ausser Betracht fallen.

Unser Recht kennt weder die Norm des BGB § 140, wonach dann, wenn ein nichtiges Rechtsgeschäft den Formerfordernissen eines andern entspricht, dieses letztere gilt, wenn anzunehmen ist, dass dessen Geltung bei Kenntnis der Wichtigkeit gewollt sein würde — es kennt aber auch nicht die Vorschriften der §§ 2084 und 2279,

---

[96]) Planck, Anm. 2 zu 1941.

wonach dann, wenn der Inhalt von Verfügungen von Todeswegen verschiedene Auslegungen zulässt, im Zweifel diejenige vorzuziehen ist, bei der die Verfügung Erfolg haben kann.[97])

OR Art. 18 findet darum keine Anwendung, weil er das Bestehen eines Vertrages schlechthin voraussetzt und nicht in den Fällen entscheiden soll, wo das Bestehen eines Vertrages überhaupt zweifelhaft ist.[98]) Art. 20 II dagegen bezieht sich ausschliesslich auf den Inhalt eines Vertrages.

Schon mangels gesetzlicher Vorschrift würde also die Konversion eines Erbvertrages nicht zulässig sein; darüber hinaus möchte ich die Konversion aus allgemeinen Utilitätsgründen verwerfen. Es hat immer etwas gefährliches und schafft grössere Rechtsunsicherheit, wenn ein Rechtsgeschäft, das nun einmal als solches gewollt, aber wegen bestimmter Mängel nichtig ist, doch noch auf einem Umwege in anderer Form aufrecht erhalten werden soll, besonders wenn dabei der Wille der Parteien noch herausgetüftelt werden will.[99]) Lieber: entweder ist das Rechtsgeschäft wegen eines Mangels nicht zu Stande gekommen, dann ist und bleibt es nichtig, ist ein nihil actum und die Parteien können sich dabei beruhigen, oder es ist in aller Form zu Stande gekommen und dabei bleibt es.

---

[97]) Übrigens hege ich schwere Bedenken, für das BGB mit Schiffner aus diesen beiden §§ die Konversion des Erbvertrages herauszulesen; denn sie beziehen sich vor allem auf den Inhalt und nicht auf die Frage, in welcher Form ein Rechtsgeschäft von Todeswegen zustande gekommen sei.

[98]) So auch Oser, Anm. 1 zu Art. 18: es wird die Frage behandelt, „wie es bei einem zustande gekommenen Vertrage zu halten sei".

[99]) Anderer Ansicht ist Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte[3], S. 301 f.; er glaubt, der Richter habe die Pflicht, Verfügungen von Todeswegen mit allen Kräften aufrecht zu erhalten, wenn bloss „gleichgültige" Formfehler vorliegen. Was heisst „gleichgültig"? Wozu hat man dann besondere Formvorschriften für solche Verfügungen aufgestellt?

So ist jedenfalls nach schweizer Recht für den Erbvertrag keine Konversion anzunehmen.

VI. Die Entgeltlichkeit des Erbvertrages.

Die deutsche Doktrin, Hellwig an der Spitze,[100]) nennt den Erbvertrag durchweg ein abstrakt unentgeltliches Rechtsgeschäft; einzig Dernburg[101]) lehnt sich dagegen auf: das Leben wisse davon nichts, dass Erbvertrag und Gegenleistung nach dem Willen der Beteiligten einander selbständig und abstrakt gegenüberstehen sollen.

Die Übertragung solcher allgemein obligationenrechtlichen Begriffe wie des abstrakten Rechtsgeschäftes auf Verträge nicht obligationenrechtlicher Art ist immer gewagt, weil man leicht zu weite Schlüsse zieht und darob leicht den individuellen Charakter des Erbvertrages als eines Vertrages besonderer, erbrechtlicher Art (oder z. B. auch des Ehevertrages als eines Vertrages familienrechtlicher Art) vergisst.

Dass der Erbvertrag ein Schuldvertrag sei, wird niemand behaupten wollen; vielleicht lassen sich aber doch Bestimmungen des Obligationenrechts — mit der nötigen Reserve — entsprechend anwenden.[102])

Am einfachsten liegt die Sache, wenn lediglich seitens des Erblassers eine einseitige Erbeinsetzung erfolgt, ohne dass der Erbe irgendwie zu leisten hätte; hier spielen überhaupt keine obligationenrechtlichen Grundsätze mit.

---

[100]) Hellwig, S. 604 ff.; Planck, Vorbem. 2 vor 2274; Frommhold, Bem. 2 zu 2295; Strohal I, S. 402; Endemann III, S. 252 n. 20; Schiffner, S. 15.

[101]) Bürgerl. Recht V, S. 268 ff.

[102]) Oser, Vorbem. V, 2, a vor Art. 1. Giesker-Zeller unterstellt in dieser Ztschr. 52, S. 208 z. B. die Erbverträge „den meisten OR-Bestimmungen über Verträge", „jedoch nur soweit sie sich nicht auf den Erblasser beziehen". In dieser Allgemeinheit darf das nicht gesagt werden. Gegen die Giesker-Zellersche Methode wendet sich schon Rabel in Rhein. Ztschr. 4, S. 143 a. 12.

Immerhin unterscheidet sich der Erbvertrag von der letztwilligen Verfügung gerade dadurch, dass in ihm eine gegenseitige Willenserklärung erfolgt, gerichtet auf unwiderrufliche Rechtsnachfolge in den Nachlass. Die Willenserklärung ist gegenseitig, also empfangsbedürftig: der Vertrag bedarf der Einwilligung des andern Teils.[103])

Durch den Erbvertrag erlangt aber der Vertragsgegner kein Forderungsrecht gegen den Erblasser, gerichtet etwa auf Erbeinsetzung,[104]) sondern die Erbeinsetzung hat schon im Momente des Vertragsschlusses stattgefunden; der Erblasser leistet (wenn man überhaupt hier von einer „Leistung" sprechen kann) dadurch, dass er den Vertrag abschliesst; er schliesst nicht einen Vertrag des Inhalts, er verpflichte sich, seinerzeit einmal den X. als Erben einzusetzen,[105]) sondern er nimmt diese Erbeinsetzung sofort vor.[106]) Es kann sich also gar nie darum handeln, dass der Vertragsgegner etwa auf Vertragserfüllung klagen könnte; er könnte höchstens vielleicht gegen den Erblasser auf Beseitigung eines Formfehlers, der den Erbvertrag ungültig macht, klagen. Die einzige Klage, die dem Vertragsgegner sicher zusteht, ist die Anfechtungsklage nach Art. 494 III, und diese ist nicht gegen den Erblasser, sondern gegen die Erben gerichtet, und sie will nicht den Erblasser zur Erfüllung anhalten, denn er hat bereits erfüllt.

---

[103]) In diesem Sinne nähert sich der Erbvertrag wieder der frühern gemeinrechtlichen Theorie, wonach der Vertrag nichts anderes als ein akzeptiertes Versprechen ist (Regelsberger, § 149 a. 1); nur wird das Versprechen zugleich abgegeben und erfüllt.

[104]) Dass er etwa gar dingliche Rechte erlange, wurde schon oben verneint.

[105]) Ein solcher Vertrag wäre als unsittlich nichtig.

[106]) Zu tadeln ist hier die ungenaue Fassung des Gesetzes in Art. 494. Der Erblasser verpflichtet sich nicht, eine Erbschaft zu hinterlassen, sondern er setzt zum Erben, resp. Vermächtnisnehmer bereits ein. Ebenso ungenau sind die beiden romanischen Texte; viel präziser dagegen BGB § 2278 I.

Macht der Erblasser verschwenderische Auslagen, so stehen in der Regel dem Vertragsgegner keine Schutzmassnahmen zu, z. B. den Antrag auf Entmündigung zu stellen oder den Erblasser in Verzug zu setzen, sobald der Vertragsgegner sich nicht selber zu Leistungen verpflichtet hat. Da das ZGB keine Bestimmungen darüber enthält, wer im allgemeinen berechtigt sei, die Entmündigung zu beantragen,[107]) so steht dem Vertragsgegner nur die Norm des Art. 370 zu Gebote, wonach der Verschwender „unter Vormundschaft gehört". Dazu ist aber noch erforderlich, dass die Familie des Verschwenders irgendwie gefährdet werde, und der Vertragsgegner wird nur dann mit seinem Antrag durchdringen, wenn nicht nur er für seine Person Schädigung nachweist, was für die Bevormundung vollständig ungenügend wäre, sondern wenn er Benachteiligung der Familie glaubhaft machen kann. Er wird mit seinem Antrag also nur dann Erfolg haben, wenn die Interessen der Familie sich mit seinen eigenen decken.[108])

So sind beim einseitigen „unentgeltlichen" Erbvertrag nur zwei Fälle möglich: entweder ist der Vertrag abgeschlossen, dann ist er auch wirklich zustande gekommen und der Erblasser hat „erfüllt". Oder aber, der Vertrag ist aus irgend einem Grunde (Formfehler, mangelnde Urteilsfähigkeit etc.) nicht zustande gekommen, dann hat der Vertragsgegner auch kein Recht, „auf Erfüllung" zu klagen; in diesem Falle ist der Vertrag ein nihil actum;

---

[107]) Das Basler Einführungsgesetz bestimmt in Art. 83 II, wer klageberechtigt sei; da bei dem uns hier am meisten interessierenden Erbvertrag meistens der Ehegatte der Bedachte sein wird, so hat er auch immer das Antragsrecht nach Art. 370 verb. Basler Einführungsgesetz Art. 83 II cit.

[108]) Trotz den Erläuterungen, S. 376, kann ich (gegen Kuoni S. 140) ein selbständiges Recht des Vertragserben, auf Entmündigung des Erblassers zu klagen, nicht anerkennen. Auch nach deutschem Recht kann nur der Ehegatte oder ein Verwandter des Vertragserblassers den Antrag auf Entmündigung stellen, wenn dieser sein Vermögen verschwendet. Vergl. deutsche ZPO §§ 646 I, 680 III.

es gibt keinen unerfüllten Erbvertrag, dessen Erfüllung seitens des Vertragsgegners durch Klage erzwungen werden könnte.

Anders verhält es sich, wenn beide Teile „leisten"; sei es nun, dass entweder beide sich zu Erben einsetzen oder dass der eine Teil sich zu einer Leistung verpflichtet, der andere ihn dafür zum Erben einsetzt.

Einfacher ist der erste Fall: die „Leistung" beider Teile ist dieselbe, nämlich Erbeinsetzung des andern Teils.

Trotzdem kann man wieder nicht von einem zweiseitigen Vertrage nach OR Art. 82 sprechen, denn kein Teil ist berechtigt, den andern zur Erfüllung anzuhalten, sondern im Momente des Vertragsabschlusses haben beide Teile bereits erfüllt. Wenn auch nicht Leistung und Gegenleistung stattfindet, so wird doch in den meisten Fällen der eine Teil seine Verfügung nur im Hinblick auf die des andern getroffen haben,[109]) daher ist mangels anderer Verabredung anzunehmen, dass die aus irgend einem Grunde eingetretene Unwirksamkeit der Verfügungen des einen Teils die Unwirksamkeit des ganzen Vertrages zur Folge haben solle.

Diese gegenseitige Bedingtheit der Verfügungen wird von BGB § 2298 I ausdrücklich ausgesprochen, sie ergibt sich aber auch für unser Recht aus allgemeinen Grundsätzen. Die beiden Erblasser können überdies ausdrücklich bestimmen, dass ihre Verfügung selbst bei Wegfall der andern bestehen bleiben solle (was wieder vom BGB § 2298 III speziell vorgesehen wird).

---

[109]) Kipp, S. 87, meint im Gegenteil, die rechtliche causa der Zuwendung sei nicht die von der andern Seite versprochene Leistung, sondern die Zuwendung erfolge hier wie immer mortis causa. Gleicher Meinung sind Planck, Vorbem. 2 vor 2274 und Staudinger ebda; weiter Neumann-Ettenreich in der Festschrift zum ABGB I, S. 570 f.

Beim Verpfründungsvertrag, selbst wenn der Pfrundnehmer den Pfrundgeber zum Erben einsetzt (OR 521 II), wird doch niemand behaupten wollen, die Leistung des Pfrundgebers sei nicht die rechtliche causa zu der des Pfrundnehmers!

Am interessantesten wird die Frage, wenn sich der Erblasser vom Vertragsgegner als Entgelt für die Erbeinsetzung Leistungen versprechen lässt.

Hier hat der Erblasser eben durch Abschluss des Vertrages regelmässig schon erfüllt; der andere Teil muss aber erst noch leisten.[110])

Es lässt sich nun denken, dass der Erblasser den Erbvertrag so formuliert, dass die zu Grunde liegende causa nicht zum Ausdrucke gelangt. Ist darum der Erbvertrag ein „abstrakter" Vertrag im Sinne unseres Obligationenrechts? Doch wohl nicht. Gerade der abstrakte Vertrag darf nur behutsam verallgemeinert werden (Dernburg hat sich ja immer gegen ihn als eine Modetorheit gewehrt) und so, wie er von unserm Rechte (OR Art. 17) normiert ist, dürfte er sich schwerlich mit dem Erbvertrag identifizieren lassen.

„Ein Schuldbekenntnis ist gültig"..... — aber der Erbvertrag ist ja gar kein Schuldbekenntnis; der Erblasser ist nichts schuldig, er hat schon geleistet. Zugegeben, dass der Grundsatz des Art. 17 sich auf das Zuwendungsgeschäft schlechthin bezieht, also überall da möglich ist, wo eine Güterverschiebung zwischen zwei Personen erfolgt,[111]) so ist er beim Erbvertrag schon darum ausgeschlossen, weil die Vermögensverschiebung gar nicht direkt eintritt, sondern nur möglich gemacht wird.[112]) Durch die Einsetzung des Vertragserben setzt

---

[110]) Ich vermag Hellwig nicht zu folgen, wenn er S. 606 konstruiert: „das Versprechen, eine Verfügung von Todeswegen zu errichten, ist nichtig (BGB § 2302 und § 310), damit ist auch ein Vertrag, in dem sich die Parteien zu einer Leistung gegen das Versprechen einer vertragsmässigen Verfügung verpflichten, seinem ganzen Umfange nach nichtig."

Der Erblasser verspricht doch nicht, eine Verfügung von Todeswegen vorzunehmen, sondern nimmt sie gleich vor!

[111]) Oser, Anm. V zu Art. 17.

[112]) Selbst wenn man mit „Zuwendung" im weitesten Sinn alle Handlungen bezeichnet, durch die der Handelnde einem andern einen geldwerten Vorteil zu verschaffen beabsichtigt und

der Erblasser eine Bedingung, allerdings die wesentlichste, zum Erfolg des Zuwendungsgeschäftes, aber als sicher eintretend kann die Zuwendung schon deshalb nicht bezeichnet werden, weil ja unter Umständen der Erbgang in der beabsichtigten Weise gar nicht erfolgt. Der Vertragserbe braucht nur vor dem Vertragserblasser zu sterben, dann ist der Erbvertrag illusorisch.

Der Erbvertrag ist also doch wohl kein abstraktes Geschäft. Noch augenfälliger wird das, wenn in den Erbvertrag zugleich eine Verpflichtung des Vertragsgegners zu einer Leistung aufgenommen wird. Ein gegenseitiger Vertrag, wie ihn OR in Art. 82 (oder BGB in § 320) normiert, besteht hier allerdings nicht, denn diese Vorschriften regeln nur gegenseitige Verpflichtungen, und diese entspringen aus dem Erbvertrag nicht.[113])

Trotzdem stehen Erbvertrag und Gegenleistung nicht selbständig gegenüber. Warum soll ein Vertrag nicht den Inhalt haben können:[114]) ich A. verpflichte mich zu der und der Leistung unter der Voraussetzung, dass B. mich zum Erben einsetzt, und ich B. setze hiemit den A. unwiderruflich zu meinem Erben ein. Der Erblasser steht schlechter da als der Vertragsgegner, weil er schon durch Abschluss des Vertrages geleistet hat, während der andere sich erst zu einer Leistung verpflichtet hat. Trotzdem liegt ein einheitliches Rechtsgeschäft vor, nicht eine rein äusserliche Verbindung von zwei Verträgen. Es liegt auf der Hand, dass jede Partei nur dann an den Vertrag gebunden sein will, wenn die andere auch den Vertrag erfüllt. Fällt die Leistung des einen Teils aus irgend einem

---

wirklich verschafft (Bekker, Pandekten II § 100), so liegt beim Erbvertrag doch keine Zuwendung vor, weil es wohl am Willen zur Verschaffung nicht fehlt, aber die Verschaffung selbst einstweilen sogar der Macht des Handelnden, d. h. des Erblassers, entzogen ist.

[113]) Dernburg V § 268 f.

[114]) Vorausgesetzt, dass die Formvorschriften beobachtet werden.

Grunde dahin, sei es nun dass die vertragliche Erbeinsetzung wegen eines Formfehlers nichtig war oder dass die Gegenleistung des Vertragsgegners nicht erfüllt wurde, so fällt auch der andere Vertrag dahin. Die Parteien können natürlich vereinbaren, dass auch bei Wegfall der Leistung des einen Teils trotzdem die Leistungspflicht des andern weiterbestehen solle. Das wird aber die Ausnahme sein und in der Regel werden die Parteien „die Abhängigkeit einer Leistungspflicht von der andern" wollen. Unter Umständen mag das zu Auslegungsschwierigkeiten führen, man wird aber trotzdem nicht aus diesem Grunde mit Hedemann[115]) die Dernburgschen Ausführungen ablehnen wollen.

Nach der Auffassung und dem Willen der Parteien gehören Verträge, durch die beiderseitig Zugeständnisse gemacht werden, regelrecht zusammen und werden als gegenseitig bedingt geschlossen.

Dadurch wird dem Erblasser ermöglicht, vom Vertrage zurückzutreten, wenn der Vertragsgegner nicht seinerseits den Vertrag erfüllt. Im Prinzip dasselbe sagt BGB § 2295, wonach der Erblasser vom Vertrage zurücktreten kann, wenn er ihn „mit Rücksicht"[116]) auf eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung zu wiederkehrenden, lebenslänglichen Leistungen getroffen hat.

Bei Anfechtung des Erbvertrages seitens des Erblassers muss dieser nachweisen, dass die Erbeinsetzung in aller Form errichtet worden sei, dass aber der Vertragsgegner nicht erfüllt habe; ficht dagegen der Vertragsgegner an, so hat er seinerseits nachzuweisen, dass er ver-

---

[115]) im Arch. b. R. 27, S. 316 ff.

[116]) „mit Rücksicht"; damit will der deutsche Gesetzgeber wohl den Erbvertrag als „abstrakten" Vertrag konstruieren, wonach Erbvertrag und Vertrag über die Gegenleistung einander selbständig gegenüberstehen. Wäre das der Fall, ständen sie sich als Leistung und Gegenleistung selbständig gegenüber, so bedürfte es gar keines Rücktritts, da bei Wegfall der einen Verpflichtung der Vertrag ipso jure hinfällig würde.

tragsmässig geleistet habe, die Erbeinsetzung dagegen nicht den gesetzlichen Vorschriften gemäss erfolgt sei.[117]) Es ergeben sich eben hier für die Parteien verschiedene Rechtsstellungen darum, weil in aller Regel der Erblasser durch den Vertragsabschluss seiner „Leistungs"-pflicht schon nachgekommen ist, die Tätigkeit des Vertragsgegners sich aber erst in periodisch wiederkehrenden Leistungen erschöpft.

Der Anfechtende wird daher meistens der Erblasser sein, weil die ausbedungene Leistung ausbleibt, und der Vertragsgegner wird nur dann am Vertrage rütteln können, wenn er nicht den Formvorschriften genügt oder wenn er sich eine Herabsetzung gefallen lassen muss[118]) (Art. 528).

Es lässt sich allerdings fragen, ob der Vertragsgegner nicht unter Umständen ein weitergehendes Recht haben solle. Gesetzt der Fall, der Erbvertrag sei in aller Form abgeschlossen, also aus diesem Grunde unanfechtbar, und der Vertragsgegner habe seiner Leistungspflicht genügt. Macht nun der Erblasser ungebührliche Auslagen,[119]) so werden dadurch die Aussichten des Vertragserben auf den Nachlass erheblich gemindert. Sein Recht, Erbe zu werden,[120]) wird dadurch allerdings nicht berührt, denn dieses Recht kann ihm der Erblasser nicht mehr nehmen, nur wird die Ausübung dieses Rechts dann sehr problematisch, wenn der Erblasser dafür sorgt, dass bei seinem Tode überhaupt nichts mehr vorhanden sei. Ob hier, wie Huber[121]) meint, dem Erben dadurch gedient sei, dass er die Erbschaft ausschlägt und seine

---

[117]) Er wird ohne weiteres auch auf Beseitigung dieses Mangels klagen können.

[118]) Escher, Anm. 8 zu 494.

[119]) Durch Verfügungen unter Lebenden, nicht durch Verfügungen von Todeswegen, die nach Art. 494 III schon anfechtbar sind.

[120]) Immer unter der stillschweigenden Annahme, dass er den Erblasser überlebe.

[121]) Erl. S. 375.

Leistung zurückverlangt, darüber lässt sich noch streiten, denn unter Umständen hat der Erbe ein viel grösseres Interesse an der Erbschaft als am Rückempfang seiner Leistung.

In einem solchen Falle ist es daher vielleicht besser, zu sagen, der Erblasser setze sich (nach OR 107 I) in Verzug[122]) und der Vertragsgegner könne mit den Nebenfolgen des Art. 107 II, eventuell mit Schadensersatzforderung vom Vertrage zurücktreten. Eine direkte Handhabe bietet das Gesetz in dieser Frage nicht, ein Schutzmittel muss aber dem Vertragsgegner schon darum gewährt werden, weil ja der Erblasser bei Nichterfüllung seitens des Vertragsgegners jederzeit zurücktreten kann.[123])

Um kurz zu wiederholen: der Erbvertrag kann ein abstraktes Geschäft sein, in dem die causa nicht zum Ausdrucke kommt; er kann aber auch derart gestaltet sein, dass die Leistungen beider Parteien als durchaus von einander unabhängig dastehen. Die Unterscheidung, ob eine gegenseitige Abhängigkeit im Rechtssinne bestehe, oder ob der eine Vertrag bloss den Beweggrund, das Motiv für den andern bilde, wird den Parteien in den wenigsten Fällen klar sein,[124]) regelmässig aber wird es dem Parteiwillen entsprechen, dass Erbvertrag und Gegenleistung mit einander stehen und fallen. Die Natur des Erbvertrages bringt es mit sich, dass hier ein „juristisches Sondergebilde" vorliegt, ein gegenseitiger Vertrag gemischten, auf der einen Seite erbrechtlichen,

---

[122]) Es fragt sich, ob die allgemeine Norm des ZGB Art. 514 auch auf das Verhältnis von Vertragsgegner zum Vertragserblasser, nicht nur auf das vom Vertragserblasser zum Vertragsgegner Anwendung finde.

Teilentwurf 1895 Art. 492 I, der ein besonderes Recht des Vertragsgegners vorsieht, darf nicht verwendet werden (wie es von Escher Anm. 9 zu Art. 514 geschieht), weil es eben gerade in den spätern Redaktionen weggefallen ist.

[123]) Ausdrücklich beim Verpfründungsvertrag OR Art. 526 I und 527 I; allgemein ZGB Art. 514.

[124]) Oser, Anm. VI zu Art. 17.

auf der andern obligatorischen Inhalts.[125]) Würde man die Theorie vom „Doppelgeschäft" heute noch konsequent durchführen, so käme man hier zu ganz unsinnigen Resultaten: der Erblasser nimmt eine letztwillige Verfügung vor, dann schliesst er einen Vertrag über die Unwiderruflichkeit; beides bedingt durch die Leistungen des andern Teils. Erfüllt dann der Vertragsgegner den Erbvertrag nicht, so wäre — immer nach dieser Theorie — der Erblasser nicht mehr gebunden, es bedürfte aber noch eines besondern Aufhebungsaktes seinerseits, damit die letztwillige, aber durch Vertrag unwiderruflich gemachte letztwillige Verfügung überhaupt unwirksam werde!

Da der Bestand des ganzen Erbvertrags darauf gestellt ist, dass der Erbe den Vertragserblasser überlebe, so wäre es unbillig, den Vertragsgegner zu seinen Lebzeiten Leistungen machen zu lassen, obschon er dann wegen Vorabsterbens nicht Erbe geworden ist. Das ZGB gibt daher in diesem Falle (515 II) den Erben des Vertragsgegners das Recht, vom Erblasser die Bereicherung herauszuverlangen, soweit er überhaupt noch bereichert ist; dieser Anspruch kann aber durch Erbvertrag zum vornherein ausgeschlossen werden, ist also nicht zwingender Natur.

* * *

Unter Ehegatten wird ein Hauptanwendungsfall des Erbvertrages darin bestehen, dass der Ehemann die Ehefrau zur Erbin einsetzt und die Frau ihrerseits in einen Güterstand einwilligt, der für sie weniger günstig ist, dem Manne aber aus ökonomischen, geschäftlichen Gründen Vorteil bringt.[126])

---

[125]) Neumann im Jahrbuch des deutschen Rechts 4 S. 517, vgl. Mot. V S. 343.

[126]) Einzelne Fälle bei Escher Vorbem. 2a vor 494; das Prinzip lässt sich aber verallgemeinern.

Vergl. im übrigen Bollenbeck, Zur Theorie und Praxis der Erbverträge zwischen Ehegatten (1905).

Hier kann man allerdings nicht sagen, der Erbvertrag sei ein entgeltlicher Vertrag, d. h. die Frau solle durch ihn dafür entschädigt werden, dass sie in einen für sie unvorteilhaften Güterstand zu Gunsten des Mannes einwilligt, denn materielle Werte werden nicht einmal von einer Seite der andern zugewendet; es besteht aber trotzdem ein enger Zusammenhang zwischen Güterstand und vertraglich zugesichertem Erbrecht, mit andern Worten, zwischen Ehevertrag und Erbvertrag. Und dies ist einer der Fälle, wo beide Verträge unzertrennlich sind, da einer, der Ehevertrag, den andern überhaupt erst bedingt. Wegfall des Ehevertrages, also Änderung des Güterstandes, bedingt auch die Aufhebung des Erbvertrages. Der Erbvertrag ist für die Frau überhaupt erst das Motiv, den Ehevertrag einzugehen, und für den Mann besteht die Pflicht, weil er einen bestimmten Güterstand angenommen hat, nun auch den Erbvertrag abzuschliessen. Das kann also nicht in zwei getrennten Urkunden geschehen,[127]) sondern beide Verträge verschmelzen sich in einen, der schlechterdings nicht zerlegt werden kann.

So wird wenigstens die Praxis derartige Vereinbarungen gestalten, während nach der strengen Theorie die Ehegatten zuerst einen Ehevertrag eingehen und nachher noch einen besondern Erbvertrag abschliessen müssten, in welchem auf den durch Ehevertrag angenommenen Güterstand Bezug genommen und bestimmt wird, der Erbvertrag sei vom Bestehen dieses Güterstandes abhängig.

Ein solcher Erbvertrag kann dann aber gerade nicht als abstrakter Vertrag bezeichnet werden, weil er eben doch auf die zu Grunde liegende causa, den Ehevertrag, Bezug nimmt.[128])

---

[127]) Eine Klausel im Ehevertrag, der Ehemann verpflichte sich zur Eingehung eines Erbvertrages mit der Frau, wäre als unsittlich ungültig.

[128]) Man kann überhaupt sagen, eheliche Erbverträge seien nicht abstrakt, weil sie alle stillschweigend als vom

VII. Die Gebundenheit des Vertragserblassers.

Mit dem Abschlusse des Erbvertrages gibt der Vertragserblasser das Recht zu weitern Verfügungen von Todeswegen auf, soweit dadurch die Rechte des vertragsmässig Begünstigten beeinträchtigt würden. Nach der Auffassung unseres Gesetzes ist aber der Begünstigte nur für Verfügungen von Todeswegen und für Schenkungen, die mit den Verpflichtungen[129]) des Erblassers aus dem Erbvertrage nicht vereinbar sind, anfechtungsberechtigt (Art. 494 III). Daneben lassen sich aber noch manche Rechtsgeschäfte denken, die zwar seitens des Begünstigten resp. des Vertragsgegners unanfechtbar sind, durch die aber das Anwartschaftsrecht des Begünstigten ziemlich illusorisch wird: durch Heirat oder durch Annahme an Kindesstatt — von der Geburt pflichtteilsberechtigter Kinder nicht zu reden — werden seitens des Vertragserblassers neue Pflichtteilsberechtigte geschaffen, die dem Rechte des Begünstigten vorangehen.

Über die weitern Wirkungen des Erbvertrages spricht sich unser Gesetz nicht aus; an Hand der detaillierten Regelung des BGB lässt sich sagen:

1. Eine letztwillige Verfügung, die der Erblasser *vor* dem Erbvertrage getroffen hat, wird unwirksam, soweit sie das Recht des vertragsmässig Bedachten beeinträchtigen würde (BGB § 2289 I, 1).

2. Eine Verfügung von Todeswegen ganz allgemein, die *nach* dem Erbvertrag errichtet wird, ist unwirksam,

---

Bestehen der Ehe abhängig gedacht sind; ein abstraktes Geschäft kann aber darum nicht bedingt sein, weil ja sonst in ihm die causa Ausdruck finden müsste.

[129]) Es ist nicht ganz korrekt und jedenfalls undeutlich, wenn Art. 494 III von „Verpflichtungen" des Erblassers spricht, denn dieser hat seiner Vertragspflicht mit dem Momente der Eingehung des Vertrages schon genügt und verpflichtet sich nicht etwa, keine Verfügungen von Todeswegen mehr vorzunehmen. Die Hartmannsche Auffassung vom Doppelgeschäft spielt eben doch hie und da in das Gesetz hinein. Vergl. oben S. 160 Anm. 106.

soweit sie das Recht des vertragsmässig Bedachten beeinträchtigen würde (BGB § 2289 I, 2). Eine Verfügung von Todeswegen beeinträchtigt[130]) das Recht des vertragsmässig Begünstigten dadurch, dass sie es mindert (dem Begünstigten soll z. B. ein Teil der Erbschaft entzogen werden) oder es beschränkt (es wird ein Testamentsvollstrecker eingesetzt) oder es belastet (dem Begünstigten wird ein Vermächtnis auferlegt oder es wird eine Auflage gemacht).

Nach der herrschenden Doktrin[131]) werden Verfügungen von Todeswegen, die mit dem Erbvertrag in Widerspruch stehen, bloss relativ unwirksam, um mit Strohal zu reden,[132]) d. h. sie sind solange unwirksam, als das herrschende Geschäft, also der Erbvertrag, nicht nichtig wird; sie leben aber wieder auf, sobald dieses herrschende Geschäft aus irgend einem Grunde unwirksam wird. Ähnlich konstruiert ist die sogenannte Konversion, von der oben schon die Rede war,[133]) wonach ein wegen Formmangels nichtiger Erbvertrag als letztwillige Verfügung aufrecht erhalten werden soll, wenn es den Erfordernissen dieses letztern entspricht.

---

[130]) Vergl. Kipp S. 92 f. und Strohal I S. 381. Möglicherweise können Eheleute durch Annahme der Gütergemeinschaft frühere letztwillige Verfügungen beeinflussen. Vergl. Planck IV Anm. zu § 1483.

[131]) Schon Dernburg, Preuss. Privatr. III S. 255 ff. und Urteil des Reichsger., Entscheidungen Bd. 4, 172; dann Kipp S. 96; Hellwig S. 670; Planck Bem. 5 zu § 2290, Dernburg V §103[2]; zweifelnd einzig Staudinger-Herzfelder Anm. 5 zu 2290.

[132]) Über relative Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte, in der Festschrift für das ABGB II S. 747 ff.

[133]) Schiffner S. 196 ff und Hellwig S. 601 f.; beide stützen sich auf das Prinzip des § 140; weiter Planck Bem. 4c vor 2274; mit Recht hat aber schon Dernburg (Preuss. Privatrecht III § 176) darauf hingewiesen, dass die Konversion dem Wesen des Erbvertrages geradezu widerspreche, weil sich der Erbvertrag (entgegen der Hartmannschen Theorie) nicht in eine letztwillige Anordnung und in einen Widerrufsverzicht teilen lasse. Das gilt auch für die modernen Rechte.

Die Gefährlichkeit[134]) einer solchen Konstruktion und die dadurch hervorgerufene Rechtsunsicherheit wurde im Verlaufe dieser Untersuchung schon mehrfach dargelegt und die Ansicht verfochten,[135]) dass Verfügungen von Todeswegen, die wegen Formmangels oder weil sie mit andern in Widerspruch stehen, nichtig sind, absolut nichtig bleiben und die Möglichkeit einer nachträglichen Konvaleszenz ausgeschlossen sein solle.

Für unser Recht lässt sich das wohl durchführen, für das BGB dagegen wird das de lege lata noch ein frommer Wunsch bleiben, solange das Gesetz selber bestimmt, dass durch Widerruf eines spätern Testaments das ältere von selbst wiederhergestellt werde (§ 2258 II); mit Herzfelder und Kipp[136]) ist aber zu empfehlen, sich nicht mit der Aufhebung der spätern Verfügungen von Todeswegen zu begnügen, sondern die ältere zu wiederholen; würde das die Regel, so bestände mit der Zeit die Vermutung,

---

[134]) Hellwig S. 600 schliesst selber die Konvaleszenz für den Fall aus, dass eine minderjährige Ehefrau ohne Genehmigung des gesetzlichen Vertreters einen Erbvertrag eingegangen habe. Aber auch als Testament würde ich, im Gegensatz zu Hellwig, eine solche Verfügung von Todeswegen nicht wirksam lassen. Ähnlich Endemann III S. 253; den Versuch, eine solche Verfügung absolut unwirksam zu lassen, macht Meischeider im Recht IV S. 201 f.

[135]) Man denke z. B. folgenden Fall: auf Grund eines Erbvertrages, der später als nichtig erkannt wird, hat der Vertragsgegner Gegenleistungen gemacht. Ist und bleibt der Vertrag nichtig, so kann er diese zurückfordern, findet dagegen Konversion des Erbvertrages in eine letztwillige Verfügung statt, so ist die Rückforderungsklage zweifelhaft, weil der nunmehrige Testamentserbe zwar dieselbe Anwartschaft hat wie als früherer Vertragserbe; es fehlt aber die Garantie dafür, dass der Erblasser nicht widerruft. Soll daher bei eintretender Konversion dem leistenden Erben das Rückforderungsrecht sofort gegeben werden oder erst dann, wenn sich beim Tode des Erblassers herausstellt, dass er den in eine letztwillige Verfügung konvertierten nichtigen Erbvertrag auch noch widerrufen habe?

[136]) beide a. a. O.

dass im Zweifel die frühern Verfügungen nicht wiederaufleben sollen,[137]) also im Gegensatz zur herrschenden Lehre.

ANHANG ZUM ZWEITEN KAPITEL.

Die gemeinsamen Testamente.

Der erste Entwurf des ZGB[138]) hatte die gemeinsamen Testamente ohne Beschränkung zugelassen,[139]) unter der Begründung, mit der Gestaltung der Erbverträge hätte man keinen Grund, den Abschluss eines gemeinsamen Testaments zu hindern. In der Expertenkommission wurde aber die ganze Materie gestrichen[140]) — glücklicherweise, denn damit fallen alle die komplizierten Fragen, die das BGB bei den gemeinsamen Testamenten zu lösen versucht hat, von selbst dahin.

Die Berechtigung gemeinsamer Testamente kann hier nicht näher untersucht werden,[141]) nach den Erfahrungen,

---

[137]) Das scheint auch Strohals Ansicht zu sein, wenn er (Erbrecht I S. 383) ausführt, die Aufhebungswirkung trete dann nicht ein, wenn im Erbvertrag besonders bestimmt sei, die letztwillige Verfügung solle durch ihn unberührt bleiben. Im weitern vermag ich dagegen Strohal nicht zu folgen.

[138]) E. 1 Art. 513 ff.

[139]) Erl. S. 370 und S. 380.

[140]) Antrag Fehr, Prot. Exp. Komm. I S. 578 ff. Bei der Regelung der Frage in der Expertenkommission berührt etwas eigentümlich, dass man sich eigentlich nur Ehegatten als gemeinsam Verfügende vorstellte und sich doch nicht entschliessen wollte, ihnen ausschliesslich das Recht zu gemeinsamer Verfügung zu geben.

[141]) Vergl. die ausführlichen Referate am 20. deutschen Juristentag I 3 ff., 13 ff. IV 314 ff. — Interessant ist, dass schon Pfaff und Hofmann (Kommentar zum österr. allg. bürgerl. Gesetzbuch) zu § 583 sich mit gewichtigen Gründen gegen die Zulassung der gemeisamen Testamente aussprachen, obwohl im frühern niederösterreichischen Recht „eheliche Übergaben" vorkamen, die bei „vorbehaltener Änderungsmacht" zu gemeinsamen Testamenten wurden. Vergl. ihren Exkurs zu § 583.

die man aber damit gemacht hat,[142]) darf man wohl behaupten, Erbvertrag und gemeinsames Testament seien überflüssig, besonders dann, wenn ein gemeinsames Testament nicht bloss, wie sein Name eigentlich besagt, die in einer Urkunde vereinigten letztwilligen Verfügungen mehrerer Personen darstellt, sondern wenn diese letztwilligen Verfügungen in gewisse Beziehungen von Gesetzeswegen gebracht sind, die eine gegenseitige Abhängigkeit, Korrespektivität, bedingen. BGB und unser E 1 hat dieses Verfahren eingeschlagen, das die gemeinsamen Testamente dem Erbvertrage angleicht, ja noch mehr: BGB sah sich dann veranlasst, auch den Erbvertrag mit solchen Modifikationsmöglichkeiten auszustatten, dass er praktisch auf ein gemeinsames Testament herauskam. Wenn sich nun auch rechtlich noch gewisse Unterschiede zwischen einem Erbvertrag und einem gemeinsamen Testament feststellen lassen (die allerdings schliesslich nur auf formelle Fragen hinauslaufen),[143]) so liegt doch in der Möglichkeit derartiger Übergänge der Beweis, dass eben beide Institutionen im Grunde dasselbe darstellen: eine gemeinschaftliche Verfügung von Todeswegen mehrerer Personen, und dass deshalb die eine ruhig entbehrt werden kann.

Es wird sich aber in der Schweiz wahrscheinlich gerade in dieser Materie ein Widerstreit zwischen Theorie und Praxis ergeben, indem jene „auf Grund der Materialien" das gemeinsame Testament überhaupt ablehnen zu müssen glaubt, während diese nicht einsieht, warum sie ein in manchen Kantonen so tief eingewurzeltes Institut fahren lassen soll. Sie kann sich dabei also erst noch auf die „bewährte Überlieferung" des Art. 1 III berufen!

Gemeinschaftliche Testamente, d. h. solche Testamente die zwei Erblasser mit einander abschliessen[144]) (ohne

---

[142]) Ein Blick in die betr. Judikatur dürfte wohl überzeugen.

[143]) Das muss schliesslich auch Paul Meyer, Das gemeinschaftliche Testament, S. 17, zugeben.

[144]) Das ist die Terminologie Windscheids, wenn er § 568 a. A. sagt: was man gemeinsame Testamente nennt, ist

Rücksicht auf die besondere Terminologie, die das BGB damit verbindet) werden immer vorkommen, und das in allen durch das ZGB gestatteten Verfügungsformen.

Es hat auch gar nichts auf sich, z. B. bei der öffentlichen letztwilligen Verfügung zuzulassen, dass dieselben Zeugen die eine wie die andere Verfügung beurkunden, wofern nur jeder für sich allein und für jede einzelne letztwillige Verfügung den Anforderungen des Gesetzes entspricht. Weiter wird zuzulassen sein, dass die Erblasser sich gegenseitig zu Erben einsetzen, ja dass die Gültigkeit der einen Verfügung vom Bestande der andern abhängig gemacht wird. Nur wird sich fragen, ob nicht in diesen beiden Fällen eher die Form des Erbvertrages einzutreten haben werde; da diese aber dieselbe ist, wie bei der letztwilligen öffentlichen Verfügung, ist sie nicht so wichtig; sie wird es aber, wenn es sich um die Frage des Rücktritts handelt. Darum kann man nicht ohne weiteres für derartige gemeinsame Verfügungen von Todeswegen die Form des Erbvertrages verlangen, weil die Vertragschliessenden sich unter Umständen stillschweigend den Rücktritt vorbehalten wollen. Zudem ist ja nicht gesagt, ein gemeinsames Testament müsse in der Form der öffentlichen letztwilligen Verfügung geschehen, sondern es kann ja auch durch die eigenhändige letztwillige Verfügung ersetzt werden.

In diesem Falle wird man, da die Materie durch das Gesetz nicht geordnet ist, doppelt streng mit den Formerfordernissen sein müssen und eine letztwillige Verfügung z. B. ablehnen, die zuerst einen Text enthält und dann die Formel: dies ist unser gemeinsamer letzter Wille. Es kann höchstens Auslegungsfrage sein, ob nicht ein Erbvertrag von den Verfügenden gewollt und vielleicht, wenn die Formvorschriften gewahrt sind, auch erreicht sei. Eine eigenhändige, gemeinsame letztwillige Verfügung

---

nicht ein Testament, sondern eine Verbindung von Testamenten mehrerer, gewöhnlich zweier, in demselben Testamentsakte.

muss vielmehr den ganzen Text sowohl von der Hand des einen, wie des andern Erblassers enthalten; die Verfügungen sind also rein äusserlich auf derselben Urkunde vereinigt. Eine gesetzliche Praesumption für Korrespektivität, wie sie BGB in § 2270 I, II und E 1 in Art. 514 II haben, besteht nicht, gegenseitige Abhängigkeit wird vielmehr nur dann anzunehmen sein, wenn sie ausdrücklich in beiden Verfügungen erklärt worden ist.

Eine Art gemeinsamer letztwilliger Verfügung hat allerdings das ZGB — vielleicht unbewusst — normiert, indem es in Art. 513 I die Aufhebung eines Erbvertrages seitens der Vertragschliessenden „durch schriftliche Übereinkunft" zulässt. Der Ausdruck (franz. „convention écrite"; ital. „convenzione scritta") ist allerdings ziemlich farblos und nichtssagend, will aber jedenfalls die Aufhebung eines Erbvertrages durch einfachen, schriftlichen Vertrag (ohne gesteigerte Formerfordernisse) bedeuten. Hier genügt also ausnahmsweise die eigenhändige, von einem Verfügenden aufgesetzte und von beiden unterschriebene Erklärung, dass der Erbvertrag aufgehoben sein solle. Darin kann man allerdings ein eigenhändiges, gemeinsames Testament sehen: also eine Ausnahme für unser Recht.

DRITTES KAPITEL.

Erster Teil.

Der Erbvertrag unter Ehegatten.

1. Die Gesetzgebung im allgemeinen.

Die neuern Kodifikationen haben das Verhältnis von Ehevertrag und Erbvertrag verschieden gestaltet, indem sie entweder den Erbvertrag überhaupt ablehnten, oder ihn auf Ehegatten beschränkten, oder schliesslich, indem sie beide Verträge durchaus selbständig ordneten, wobei wieder Kombinationen beider möglich waren.

Auf den strengsten Standpunkt, der Erbverträge überhaupt verbietet, steht von den uns interessierenden Kodifikationen nur noch das italienische Recht, das ihn, wie auch den Vermächtnisvertrag, im Codice civile (Art. 916, 1118, 1380) schlankweg ablehnt. Besonders deutlich spricht das Art. 1380 aus:

> Non possono (gli sposi) fare alcuna convenzione o rinunzia che tenda a mutare l'ordine legale delle successioni. Vergl. auch Art. 954.

Die Beschränkung des Erbvertrages auf die Ehegatten kennen das französische und das österreichische Recht, doch geben sich hier Besonderheiten, die eine eingehende Darstellung erfordern.

2. Der Erbvertrag nach dem Code civil.

Schon in den Coutumes[145]) und nach der Einführung des Code civil erst recht wurde der Grundsatz festgehalten,

---

[145]) Über die sehr interessante Entwicklung der Erbverträge im französischen Recht vergl. vor allem Renaud im bad. Magazin I S. 177 ff. und Planiol, Traité élémentaire de droit civil III[5] nr. 3160 ff., nach dessen Ansicht die institution contractuelle ihren Ursprung in der „invasion germanique" zu haben scheint: also wieder der deutschrechtliche Ursprung des Erbvertrages.

dass eine Erbeinsetzung durch Vertrag (institution contractuelle) nur ausnahmsweise im Ehevertrage erfolgen könne. Hier, unter Ehegatten, trat das Bedürfnis nach besondern Verfügungen von Todeswegen naturgemäss am ehesten hervor,[146]) deshalb bildete sich schon vor dem Code civil die Sitte heraus, den Ehevertrag eigentlich zu Verfügungen über den Nachlass der Ehegatten, resp. zur Aufnahme von Erbverträgen zu benutzen.

Der Code civil nahm demgemäss den Erbvertrag auf, aber nicht als besondere Institution, sondern in Verbindung mit einem Ehevertrage. Andere Verträge über künftige Erbschaften verbietet er[147]) (Art. 791, 1130 II, 1600)[148]) wie auch die neueren Gesetze BGB § 312 I und ZGB Art. 636 II; bei der Definition des Erbvertrages wurde nachgewiesen, dass solche Verträge überhaupt keine eigentlichen Erbverträge sind.[149])

Wesentlich ist also die Verbindung mit dem contrat de mariage (Art. 1082 f, 1093).[150]) Da aber, wie bereits gesagt, der Erbvertrag im Sinne der neuen Gesetze dem französischen Recht gar nicht bekannt ist, so ergibt sich hier nicht etwa eine Vereinigung beider Verträge unter einer Form, wie sie z. B. BGB (in § 2276 II) gestattet, sondern im Ehevertrag, nicht etwa n e b e n ihm, werden

---

[146]) Petersen, Die Berufung zur Erbschaft und die letztwilligen Verfügungen S. 76 f.

[147]) Wie übrigens auch schon ein früheres Projekt von 1791; vergl. Colin im Livre du centenaire I S. 301.

[148]) Code civil Art. 1389 geht sogar noch weiter und verbietet das, was wir als Teilungsvorschriften auffassen und daher gutheissen würden; man wird aber auch diesen Artikel einschränkend auslegen dürfen und annehmen können, dass unter „changer l'ordre légal des successions" der Ausschluss vom Erbrecht überhaupt gemeint sein solle. Wohl zu streng ist hier Planiol a. a. O.

[149]) Obwohl Zachariae-Crome II S. 434 gerade diese Verträge als eigentliche Erbverträge bezeichnet.

[150]) Schiffner S. 85 a. 7; Habicht, die Einwirkung des bürgerl. Gesetzbuches auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, S. 540 f.

Verfügungen von Todes wegen vertragsmässig getroffen. Das ergibt sich auch aus der eigenartigen Auffassung, die das französische Recht vom Ehevertrag hat, indem dieser nicht, wie bei uns, vor allem zur Feststellung des Güterstandes bestimmt ist, sondern überhaupt alles aufnimmt, was irgendwie mit dem Wesen der zu schliessenden Ehe zu tun hat: familienrechtliche, güterrechtliche, personenrechtliche, erbrechtliche und andere Verfügungen werden aufgenommen, und nicht mit Unrecht hat Bonnecase neuestens die französischen Eheverträge als une véritable charte de famille bezeichnet.[151])

Nicht genug, dass sich bei den in der französischen Praxis zur Virtuosität ausgebildeten Ehevertragsklauseln oft gar nicht auseinanderhalten lässt, ob sie ehegüterrechtlicher oder erbrechtlicher Natur sind[152]) — so beschränken sich auch die Vereinbarungen des Ehevertrages keineswegs auf die Brautleute allein, sondern sie werden nicht nur unter ihnen, nicht einmal nur für sie getroffen, vielmehr gibt der Ehevertrag Dritten, vor allem natürlich den Eltern, den willkommenen Anlass, überhaupt güterrechtliche und erbrechtliche Verfügungen bindend zu treffen,[153]) immerhin mit dem Vorbehalt, dass die Verfügung geschieht

tant au profit desdits époux, qu'au profit des enfants à naître de leur mariage (Art. 1082 I).

Mit der gleichen Beschränkung sind auch Vermächtnisverträge zulässig,[154]) sogar die sogenannten Erbschafts-

---

[151]) Rhein. Ztschr. 4 S. 249.

[152]) Was auch nicht besonders wichtig ist, da es ja keine spezielle Formvorschriften für den Ehevertrag und den Erbvertrag zu beobachten gilt.

[153]) Darum macht das französische Recht in diesem Falle auch eine Ausnahme von dem Grundsatz, die sogen. donation des biens à venir überhaupt zu verbieten. Planiol III nr. 2601.

[154]) Schiffner S. 24, 27; in der Regel liegt überhaupt weniger ein Erbvertrag im engern Sinne, institution contractuelle, vor (d. h. natürlich bloss der Wirkung, nicht der Form nach, da das französische Recht einen Erbvertrag überhaupt nicht

vermächtnisverträge, da der Code civil neben den legs à titre particulier noch legs universels und legs à titre universel kennt, die den modernen Rechten fremd sind. Ausdrücklich verboten ist aber im Code civil der Erbverzicht, so dass nicht einmal in einem Ehevertrage (Art. 791) ein Erbe auf ein ihm künftig zustehendes Erbrecht gültig verzichten kann.

So können nach französischem Recht einmal

1. Die künftigen Ehegatten als Kontrahenten beim Erbvertrag im Ehevertrag erscheinen und eine einseitige oder gegenseitige Erbeinsetzung vornehmen;[155]) weiter können sie sich überhaupt gegenseitig alle Schenkungen machen, die ein Dritter ihnen gegenüber vornehmen könnte[156]) (Art. 1091, 1093) oder

2. Die gegenseitigen Eltern, sonstige Aszendenten, Seitenverwandte oder sogar dritte Personen den einen[157]) der beiden künftigen Ehegatten oder beide bedenken[158]) (1082). In diesem Falle kann die im Erbvertrag getroffene Verfügung ein Erbrecht des oder der Ehegatten überhaupt erst schaffen (dann ist sie im Sinne des gemeinen Rechts ein pactum successorium acquisitivum) oder eine bereits (z. B. gegenüber den Eltern) bestehende erbrechtliche Anwartschaft neuerdings bindend begründen (also ein pactum successorium conservativum;

---

kennt), sondern es besteht ein Vermächtnisvertrag, da die Vergabungen von Todeswegen regelmässig den Charakter von Vermächtnissen haben. Zachariae-Crome IV S. 527.

[155]) Vergl. Zachariae-Crome IV S. 536 ff.

[156]) Über die Ausnahme zu Ungunsten der Kinder vergl. Planiol III nr. 3199.

[157]) Die Einsetzung eines Ehegatten ist die Regel; es besteht aber immer die Vermutung, dass die Schenkung auch zu Gunsten künftiger Kinder erfolge; dadurch ist selbst für den Fall, dass der Bedachte vor dem Verfügenden stirbt, die Schenkung für ihn unverloren, da sie im Zweifel seinen Kindern zukommt. Vergl. Planiol III nr. 3169.

[158]) Zachariae-Crome IV S. 519 ff.

meistens ein ziemlich überflüssiges Institut, aber hie und da nicht ohne Vorteile.[159])

Nach dem Code civil kann ein Ehevertrag nur bis zur Trauung abgeändert werden (Voraussetzungen C. c. 1395—1397); es ist so wenigstens möglich, nach Eingehung eines Ehevertrages, aber vor Abschluss der Ehe den frühern Ehevertrag durch einen neuen mit erbvertraglichen Bestimmungen zu ersetzen; populär ausgedrückt und materiell richtig heisst das: nach Eingehung eines Ehevertrages kann nach französischem Recht vor Abschluss der Ehe noch ein Erbvertrag vereinbart werden.

Ein Minderjähriger, der in seinem eigenen Ehevertrage erbrechtliche Verfügungen treffen will, kann das tun unter dem Beistande und der Einwilligung der Personen, deren Konsenses es zu seiner Eheschliessung bedarf (Art. 1398). Im Ehevertrage eines Dritten kann er dagegen keine derartigen Bestimmungen treffen, da er wohl bis zu einem bestimmten Betrage beschränkt testierfähig ist (Art. 904), ihm aber die Vertragsfähigkeit fehlt.[160]) Tut er es doch, so ist er jedenfalls nicht gebunden. Unter Mitwirkung des Vaters (Art. 389) oder des Tutors (Art. 450) kann er auch hier gültig verfügen, wenn er über 16 Jahre alt ist und nicht über mehr als die Hälfte von demjenigen verfügt, worüber er als Volljähriger erbrechtliche Bestimmungen bindend hätte treffen können (Art. 904 cit.).[161])

Fähig, als vertragliche Erblasserin in einem Ehevertrage ihrer Kinder oder Dritter aufzutreten, ist auch

---

[159]) Schiffner S. 38 ff.

[160]) Seine „capacité" beträgt die Hälfte dessen, worüber er als Grossjähriger frei verfügen könnte. Planiol III nr. 2893.

[161]) Es ergeben sich so oft merkwürdige Konsequenzen: vor der Eheschliessung darf ein Minderjähriger Schenkungen par contrat de mariage vornehmen (Art. 1095 und 1398); nach Eingehung der Ehe aber hat er seine Volljährigkeit abzuwarten, wenn er seinem Ehegatten auch bloss eine Schenkung unter Lebenden machen wollte (Schenkungen von Todeswegen sind ja zum vornherein ausgeschlossen) Planiol III nr. 2897.

die Ehefrau,[162]) denn sie hat die Testierfähigkeit nach Art. 905 II und das Moment der Vertragsfähigkeit, das zu einer solchen Verfügung hinzutritt, ist ihr vom Gesetze nur für ganz bestimmte Fälle entzogen, die nicht die mindeste Analogie mit dem in Frage stehenden darbieten,[163]) ausserdem spricht Art. 1082 I ganz allgemein von „les pères et mères" und erwähnt die parents collatéraux noch besonders.

Die Verfügungsfreiheit der Frau gilt für alle Güterstände, weil ihre Verfügung ja erst bei ihrem Tode und hinsichtlich der Güter, die in der Ehe dem Manne verfangen waren, nur insoweit als sie bei Auflösung der Ehe auf ihre Seite fallen, in Wirksamkeit tritt.

Um als passiver „Erb"-vertragsgegner auftreten zu können, genügt für einen Minderjährigen wieder die Einwilligung derjenigen Personen, deren Genehmigung zur Gültigkeit der Ehe erforderlich ist.

Nicht erforderlich ist die ausdrückliche Annahmeerklärung des Bedachten gegenüber dem Vertragserblasser im Ehevertrag, da die Annahme aus der aus der Urkunde ersichtlichen Mitwirkung im Ehevertrage hervorgeht (vergl. Art. 1087); damit ist aber nicht eine Annahmeerklärung schlechthin ausgeschlossen, sondern das Gesetz verlangt nur keine Erklärung expressis verbis, wie etwa im Falle des Art. 932 I.[164])

Den Brautleuten ist nirgends im Gesetze gestattet, ihre künftigen Kinder durch Erbvertrag zu bedenken, vielmehr greift hier das allgemeine Verbot der Nachlass-

---

[162]) So Renaud S. 207; seine Ansicht wurde bestritten, neuerdings wieder von Zachariae-Crome IV S. 528 und wohl auch von Planiol III nr. 3167, da die Frau wohl allein ein Testament machen, dagegen nicht ohne „autorisation" eine Schenkung vornehmen könne. Da nun die institution contractuelle eine donation des biens à venir sei, dürfe die Frau eine solche nur mit autorisation eingehen.

[163]) Vergl. die Ausführungen von Dalloz, Kommentar zu Art. 1124.

[164]) Vergl. Renaud S. 192; zweifelnd Planiol III nr. 3146.

schenkung Platz. Werden dagegen von einem Dritten ein Ehegatte oder beide Ehegatten bedacht, so können diesen auf den Fall des Vorabsterbens die Kinder substituiert werden (Art. 1082 I).

Gegenstand der vertragsmässigen Verfügung kann sein der ganze Nachlass, oder ein Teil, eventuell verbunden mit der Nutzniessung an einem andern Teil, weiter die Nutzniessung allein, je nachdem die Ehe beerbt oder unbeerbt ist (Art. 895; 1082; 1094), oder schliesslich ein oder mehrere Nachlassgegenstände.[165])

Voraussetzung für die Wirksamkeit einer solchen bindenden Verfügung ist, dass der Bedachte den Erblasser überlebt. Sind zwei Brautleute von einem Dritten bedacht, und stirbt der eine vor dem Dritten, so wächst der auf ihn entfallende Teil dem andern nach den allgemeinen Regeln der Art. 1049 f. zu, wofern nicht anzunehmen ist, die Verfügung sei nicht bloss im Hinblick auf die künftige Ehe getroffen worden.[166]) Sind die Nachkommen nicht ausdrücklich ausgeschlossen, so substituieren sie selbst dann, wenn sie im übrigen auf die väter-

---

[165]) Im letztern Fall ist der Bedachte à titre particulier eingesetzt und haftet infolgedessen nicht für die Schulden des Verfügenden. Planiol III nr. 3168.

[166]) In der Regel besteht allerdings die Vermutung, dass alle Schenkungen in einem Ehevertrage vom Bestande der Ehe abhängig sein und deshalb beim Nichtzustandekommen oder bei Nichtigerklärung der Ehe unwirksam sein sollen. Das französische Eherecht kennt in Art. 959 noch eine spezielle Norm: les donations en faveur de mariage ne seront pas révocables pour ingratitude, vergl. Planiol III nr. 3149; während das schweizerische Recht (OR Art. 249) und das deutsche (BGB § 530) ein allgemein, also auch hier durchgreifendes Rückforderungs- resp. Widerrufsrecht des Schenkers aufgestellt haben. Einzelnes bei Dernburg II, 2 § 209. Daneben unterliegen solche ehegüterrechtliche Verfügungen unter Lebenden auch der Herabsetzungs- (vergl. z. B. ZGB Art. 527) und der konkursrechtlichen Anfechtungsklage; Schuldbetr. u. Konkursges. Art. 286, 288; deutsche Konk.O. § 32 und Anfechtungsgesetz vom 17. Mai 1898 § 3 Ziff. 3 und 4.

liche oder mütterliche Verlassenschaft verzichtet haben sollten. Näheres gehört nicht mehr hierher.

Der Code civil kennt also keinen Erbvertrag in unserm Sinne, aber er gibt im Ehevertrag Raum zu umfassenden Verfügungen von Todes wegen, nicht nur der Brautleute, sondern auch Dritter, er ist also ein freier ehegüter- und erbrechtlicher Vertrag, wie ihn ähnlich auch das bisherige Basler Recht kannte, freilich in sehr beschränktem Masse, da ihm die unbeschränkte Freiheit in der Aufstellung von Klauseln abging.

3. Das österreichische Recht.

a) Die Entwicklung bis zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch.

Das österreichische Recht weist insofern eine Verwandtschaft mit dem französischen auf, als auch hier bindende Verfügungen ausschliesslich unter Ehegatten im Ehevertrage getroffen werden können und der Ehevertrag nach Eingehung der Ehe unabänderlich ist.

Auch hier zeigt sich dieselbe Entwicklung, die wir als für das Institut des Ehevertrages bezeichnend genannt haben: in den einzelnen Provinzialrechten werden Verträge unter Ehegatten zugelassen, die Güterrecht und Erbrecht durchweg regeln, ohne dass dabei ein Unterschied gemacht wird, ob nun gerade ein Ehevertrag oder ein Erbvertrag eingegangen werde; der Ehevertrag bildet vielmehr wieder einen Sammelbegriff für Verfügungen aller Art, mag er nun unter dem Titel Heyrathscontract, Pacta dotalia oder sogenannter „randloser" Heyrathscontract erscheinen.[167])

Der Unterschied zwischen erb- und ehegüterrechtlichen Verfügungen war um so weniger fühlbar, als die meisten Rechte irgend eine Art der Gütergemeinschaft kannten, für die nun im Ehevertrag ein Teilungsmodus festgesetzt

---

[167]) Kafka, Die eheliche Gütergemeinschaft auf den Todesfall S. 43.

werden musste. Das dadurch geschaffene Erbrecht des überlebenden Ehegatten war im Grunde genommen nichts anderes als ein ehegüterrechtlicher Anspruch.[168])

Gesetzlicher Güterstand, der, wie heute nach ZGB die Güterverbindung, subsidiär eintrat, war der Güterstand der getrennten ehegattlichen Vermögen, verbunden mit der Verwaltungsbefugnis des Mannes, also eine Art Güterverbindung.

Das frühere österreichische Recht, besonders in Oberösterreich, kannte aber überdies noch das ganz eigenartige Institut der Gütergemeinschaft auf den Todesfall;[169]) sie wurde, wie ihr Name schon besagt, in Bezug auf das Mobiliarvermögen einzig auf den Todesfall wirksam, für die liegenden Güter wurde aber in der Regel schon während bestehender Ehe ein Gemeinschaftsverhältnis begründet, indem der ursprüngliche Eigentümer den andern Ehegatten „mit an die Gewähr schreiben" liess.[170])

Daneben war eine vertragsmässige Regelung der Güterverhältnisse durchaus möglich, in Ober- und Niederösterreich durch Formlosigkeit noch erleichtert; ja die Fälle, in denen eine Ehe ohne den Abschluss einer vermögensrechtlichen Vereinbarung eingegangen wurde, scheinen eine so seltene Ausnahme gewesen zu sein, dass es die Verfasser der niederösterreichischen und der oberösterreichischen Landtafel für nötig erachteten, ausdrücklich hervorzuheben, dass auch eine derartige Ehe nicht ungültig sei.[171])

Auch hier wurde durchaus kein Unterschied zwischen schon unter Lebenden oder erst mit dem Tode eines Ehe-

---

[168]) Vergl. für die analogen Verhältnisse früherer Kantonalrechte die Ausführungen von Peter in dieser Ztschr. 40 S. 3 ff.

[169]) Vorläufer lassen sich schon in mittelalterlichen Rechten nachweisen. Vergl. Stobbe, Privatrecht IV³ S. 100 ff.

[170]) Das geschah durch Eintrag in die Grundbücher; auf das Nähere kann hier noch nicht eingetreten werden.

[171]) Kafka S. 64 zu Anm. 36.

gatten wirksamen Vereinbarungen gemacht; unter romanistischem Einfluss wurden oft Vereinbarungen konstruiert, die auf einen Erbvertrag hätten schliessen lassen; es sind aber nichts anderes als eben erst auf den Todesfall wirksame Gütergemeinschaftsverträge mit der regelmässigen Wirkung, dass das gesamte der Gemeinschaft unterzogene Vermögen zur Hälfte zwischen den überlebenden Ehegatten und den Erben des verstorbenen geteilt wurde. Dass diese Entwicklung sich hauptsächlich in bäuerlichen Verhältnissen vollzog, macht sie für schweizerische Verhältnisse um so lehrreicher; aber auch für das altösterreichische Recht gilt, was Schroeder für das ältere Güterrecht durchweg nachgewiesen hat,[172]) dass man die Ausbildung des Güterrechts nicht auf die „einfache Formel" bringen darf, wonach zunächst in den Städten, dann aber auch auf dem Lande die Gütergemeinschaft sich allmählich herangebildet habe und dass sie ursprünlich nur eine Gütergemeinschaft von Todes wegen gewesen sei. Diese Frage spielt hier nicht die Hauptrolle; eins aber ist sicher, dass es durchaus üblich war, die vermögensrechtlichen Verhältnisse nach Auflösung der Ehe durch Heirats- oder Erbverträge (ohne Unterschied) zu regeln. Diese Rechtslage nach Auflösung der Ehe interessierte vor allem, und so betrafen die Bestimmungen der Eheverträge, wie auch die Sätze des gesetzlichen Güterrechts fast ausschliesslich das Rechtsverhältnis nach Auflösung der Ehe, während die Ordnung der Güterverhältnisse während der Ehe „dem Einfluss der ausgleichenden Kraft des ehelichen Lebens", „dem freien Walten der in der Ehe verbundenen Personen" überlassen blieb.[173])

Insofern wird man die Entwicklung im österreichischen Recht als mit dem deutschen Recht durchaus parallel

---

[172]) In seiner Geschichte des ehelichen Güterrechts, passim, und später noch in Heft 59 der „Deutschen Zeit- und Streitfragen" S. 19 f.

[173]) Stobbe IV S. 144; Kafka S. 90 zu Anm. 123.

ansprechen dürfen. Die verschiedenen Kodifikationsarbeiten in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts gaben dann Anlass, auch der Frage der Ehe- und Erbverträge besondere Aufmerksamkeit zu widmen.

Der Codex Theresianus[174]) untersagte schlechthin allgemeine Gütergemeinschaft und Erbverträge; wenn so beide Verträge auch dem gleichen Verbote unterworfen waren, so wurden sie doch als von einander verschiedene Institute erkannt. Dadurch sollte eine Beschränkung der Testierfreiheit, eine Übervorteilung des mehr bemittelten Eheteils und eine Benachteiligung der Kinder vermieden werden. Nicht ausgeschlossen war dagegen eine Errungenschaftsgemeinschaft.[175])

Bei spätern Umarbeitungen wurde das Verbot der allgemeinen Gütergemeinschaft wieder aufgehoben, weil sie „keineswegs den göttlichen Sitten zuwiderlauffe".[176]) Auch dieser Entwurf fand keine Billigung und wurde einer neuen Kommission überwiesen, die die sogenannte Schlussredaktion herstellte. Es wird wieder eine beschränkte Gütergemeinschaft zugelassen; doch darf ein Ehegatte bei Verfügungen unter Lebenden oder von Todes wegen zugunsten des andern den dritten Teil seines Vermögens nicht überschreiten. Im Hinblick auf „das übermass des dritten Teiles . . . ." waren solche Verträge bei Lebenszeit oder durch letztwillige Verfügungen widerruflich;[177]) erfolgte aber ein solcher Widerruf nicht oder war im einzelnen Falle die „höchste Verwilligung" für eine grössere Verfügung nachgesucht und erteilt worden, so wurde der errichtete Vertrag durch den Tod des einen Vertragsteils bestätigt, „insoweit solcher ohne nachtheil deren Gläubigern und ohne Verkürzung des Pflicht Theiles bestehen kann".

Neben diesen Änderungen war noch die tiefgreifende Bestimmung getroffen, dass solche Gütergemeinschafts-

---

[174]) Im ersten, von Azzoni gearbeiteten Entwurfe § 84 A und B.
[175]) Cod. Theresianus § 85 A und B.
[176]) Kafka S. 98 Anm. 8.
[177]) Schlussredaktion 5. Kap. 5. Abschnitt §§ 45—72.

verträge nur den Eheleuten aus den Klassen der „gemeinen, als Handels-, Gewerbs- und Bauerleuten" gestattet waren, weil sie von jeher vor allem in diesen Ständen gebräuchlich gewesen. Schwierigkeiten bereitete den Redaktoren die juristische Konstruktion der Todesfallgemeinschaft. Die gemeinrechtliche Doktrin präsentierte für die communio bonorum conventionalis die Form der societas; doch war diese da nicht anwendbar, wo infolge der Beschränkung auf den Todesfall fast alle Wirkungen des normalen Gesellschaftsvertrages nicht eintraten. Brauchbarer erschien das bereits anerkannte und durchgebildete Institut des Erbvertrages, der in der Tat gewisse Ähnlichkeiten mit der Gütergemeinschaft auf den Todesfall bot: beiden Verträgen war gemeinsam das Element der Unwiderruflichkeit mit der sonst stets bis zum Tode unbeschränkt abänderbaren Regelung der Vermögensverhältnisse für den Todesfall; weiter war gemeinschaftlich das bei Erbverträgen unter Ehegatten meistens vorhandene, bei Gütergemeinschaftsverträgen aber durchaus essentielle Element der Gegenseitigkeit; dabei übersah man aber völlig die beträchtlichen Unterschiede, die sich „zwischen einem durch verfehlte Konstruktionsversuche nicht entstellten Todesfallgemeinschaftsvertrag und einem Erbvertrage ergeben".[178])

Bei einem Erbvertrage ist Objekt der Auseinandersetzung nur der Nachlass des vorverstorbenen Ehegatten, von dem natürlich auch nur dessen Schulden abgezogen werden können; bei einem Gütergemeinschaftsvertrag auf den Todesfall dagegen erfolgt die Teilung einer Masse, die aus dem Vermögen beider Gatten gebildet wird und von der sonach vor der Teilung alle Schulden, die von dem einen u n d dem andern Gatten eingegangen worden sind, abgezogen werden müssen.[179]) Der Unterschied zwischen

---

[178]) Kafka S. 107.

[179]) Trotzdem behauptet noch Beseler II, 2 S. 122, dass ein Ehevertrag mit Gütergemeinschaft, der sich bloss auf die

beiden Verträgen zeigt sich also vor allem in der Behandlung der von den beiden Ehegatten eingegangenen Schulden: ist ein Ehegatte infolge Erbvertrag in den verfügbaren Nachlassteil des andern berufen, so erhält er z. B. die Hälfte des reinen Nachlasses, der sich nach Abzug der vom Vorverstorbenen eingegangenen Schulden ergibt, während die andere Hälfte den gesetzlichen oder testamentarischen Erben zufällt. Haben die Ehegatten dagegen einen Gütergemeinschaftsvertrag auf den Todesfall geschlossen, so wird beim Tode eines Ehegatten zuerst aus den für die Gütergemeinschaft bestimmten Vermögensgruppen eine gemeinschaftliche Masse gebildet, von der zuerst die von beiden Gatten eingegangenen Schulden abgezogen werden, und darauf erfolgt erst die (Hälften- etc.) -teilung zwischen dem überlebenden Gatten und den Erben des Vorverstorbenen.

So beruhte die gesetzliche Regelung der Gütergemeinschaft auf den Todesfall in der sog. Schlussredaktion auf total falscher Basis — ein Mangel, der bei der neuerlichen Wiederaufnahme der Redaktion sofort gerügt wurde. Im sogenannten Josefinischen Gesetzbuch wurde daher der unrichtige Gedanke, dass nur die Verlassenschaft des Verstorbenen das Objekt der Auseinandersetzung sei, fallen gelassen, „das dem andern Teile zukommende Recht gehet nicht weiter als auf die Hälfte desjenigen, was an dem der Gemeinschaft unterzogenen Gute, nach Vorabsterben des Einen vorhanden sein wird".[180]) Immerhin ist die Wirkung des Gütergemeinschaftsvertrages noch durchaus auf das Verhältnis nach dem Tode eines Ehegatten beibehalten.[181]) Die Regelung der Schulden ist

---

Wirkungen dieses Güterstandes nach dem Tode eines der Ehegatten beziehe, ein Erbvertrag sei.

[180]) Entw. zum Josefin. Gesetzbuch I. Teil 3. Kap. § 82.

[181]) § 82 cit.: Wenn die Eheleute unter sich eine Gemeinschaft der Güter errichten, so wird andurch an dem Eigentume des ein- oder anderseitigen Vermögens nichts geändert; ein jeder behält darüber die freie Macht und kann dasselbe auch ohne Willen des andern veräussern. . . .

verschieden, je nachdem allgemeine oder bloss partikuläre Gütergemeinschaft von Todes wegen vereinbart war. Ein solcher Vertrag war nunmehr nicht mehr als Erbvertrag, sondern als eine Art Gesellschaftsvertrag von besonders privilegiertem Inhalt konstruiert.[182])

Die endgültige Redaktion des Josefinischen Gesetzbuches wies in unserer Materie keine Änderungen auf; ausdrücklich wurde noch bestimmt,[183]) dass eine Gütergemeinschaft nur durch besondern Vertrag und nur als Todesfallgemeinschaft könne errichtet werden.

Bei den Vorberatungen zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (ABGB) wurde dann schliesslich festgestellt, dass eine Gemeinschaft beweglicher Güter in der Regel keine andere Wirkung haben könne, als dass das nach dem Tode vorhandene Vermögen gemein sei; die Gütergemeinschaft gebe lediglich das Recht, nach dem Tode des einen Ehegatten die Hälfte des vorhandenen reinen Vermögens herauszuverlangen. Die endgültige Redaktion sah denn auch die Möglichkeit einer Gütergemeinschaft „in der Regel nur auf den Todesfall" vor; immerhin konnte mit Genehmigung des ursprünglichen Eigentümers ein Gemeinschaftsrecht an Liegenschaften in die öffentlichen Bücher eingetragen werden, wodurch der andere auf die Hälfte „an der Substanz des Gutes ein Recht" (aber kein Nutzungsrecht) erhält, der ursprüngliche Eigentümer aber in der Verfügung beschränkt wird.[184])

Im heutigen ABGB erlitt die Regelung der Gütergemeinschaft keine Veränderungen mehr.

Es mag überflüssig scheinen, der historischen Entwicklung eines solchen Instituts solange nachzugehen,

---

[182]) Entw. zum Josefin. Gesetzbuch III. Teil 15. Kap. § 6. Über einen innern Widerspruch zwischen der allgemeinen und der partiellen Gütergemeinschaft vergl. Kafka S. 120.

[183]) Josefinisches Gesetzbuch 3. Hauptstück § 97.

[184]) Dieser Bestimmung entspricht § 1236 im heutigen ABGB.

zumal wenn sie nicht einmal die Kodifikation im eigenen Lande betrifft; aber die Entwicklung in Österreich zeigt im knappen Rahmen von etwa 50 Jahren so bezeichnende Charakteristiken für unsere Frage, dass sich eine nähere Betrachtung wohl lohnte. Vor allem ist interessant die schwankende Haltung, die man gegenüber der Gütergemeinschaft von Todes wegen und dem Erbvertrage einnahm; und man muss sagen, dass gegenüber der merkwürdigen Gütergemeinschaft auf den Todesfall, die uns Modernen eigentlich gar nicht recht vorstellbar erscheinen will, mit Fug Zweifel aufsteigen konnten, ob sich darin eine güterrechtliche oder eine erbrechtliche Verfügung kund tue.[185])

b) Das geltende österreichische Recht.

Wie der Code civil, so gibt auch das ABGB dem Begriff „Ehevertrag" eine weitere Ausdehnung,[186]) indem darin auch Bestimmungen über die Erbfolge, über die auf den Todesfall bestimmte lebenslange Fruchtniessung des Vermögens[187]) und über den Witwengehalt getroffen werden können (§ 1217).

Die vertragsmässige Verfügung von Todes wegen ist auf die Ehegatten und Brautleute[188]) beschränkt, und

---

[185]) Denn wir verstehen unter Gütergemeinschaft doch immer ein Güterrechtsverhältnis, wo eben beide Gatten durch gewisse Schranken schon bei Lebzeiten in der Verfügungsmacht gehemmt sind; sonst ist es eben keine Gütergemeinschaft, ein Gesamthandsverhältnis, sondern Gütertrennung, höchstens eine Fahrnis- oder Errungenschaftsgemeinschaft verbunden mit Gütertrennung. Vergl. Stobbe IV S. 198 f, bes. S. 201 und Bluntschli, Privatrecht ² S. 614 f.

[186]) In gewisser Beziehung werden durch das Abhandlungspatent vom 28. Juni 1850 Nr. 255 Schenkungen, Erbverträge und Ehepakten dem letzten Willen gleichgestellt. Ehrenzweig, Festschrift zum ABGB II S. 652 ff.

[187]) Das sogen. Advitalitätsrecht, vergl. Krainz, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II² S. 433 f.

[188]) Die Ausdehnung der Erbverträge (§ 1249) auf Brautleute geschah durch Hofdekret vom 25. Juni 1817 und gehört

§ 602 weist ausdrücklich darauf hin, dass die Regelung der Erbverträge bei den Vorschriften über die Ehepakten erfolgt sei. So ist also nach österreichischem Recht der Erbvertrag ein Vertrag, worin ein Ehegatte oder Brautteil dem andern seinen zukünftigen Nachlass, oder einen in Beziehung auf das Ganze bestimmten Teil desselben, unwiderruflich verspricht und dieser das Versprechen annimmt.[189])

Verträge mit andern Personen als dem Verlobten oder Ehegatten, durch die der Vertragsgegner oder ein Dritter als Erbe eingesetzt oder mit einem Vermächtnis bedacht wird, sind ungültig, weil eben Erbverträge nur zwischen Ehegatten und zwischen Brautleuten zulässig sind.[190]) Ein reiner Ehevertrag kann dagegen unter Umständen auch mit dritten Personen geschlossen werden,[191]) während also dem österreichischen Recht die Möglichkeit des französischen, auch erbrechtliche Verfügungen Dritter in den Ehevertrag aufzunehmen, unbekannt ist.

Der Ehevertrag als solcher bedarf nicht der für letztwillige Verfügungen vorgeschriebenen Form, auch wenn in ihm Anordnungen auf den Überlebensfall sollten vorgenommen sein; ist aber ein Erbvertrag mit dem Ehevertrag verbunden, so bedarf der ganze Vertrag der Form der letztwilligen Verfügung. Schwierigkeiten macht dabei nur der Umstand, dass die in § 1217 genannten möglichen Bestimmungen sich eigentlich als erbrechtlich darstellen, für die also die strengere Form der letztwilligen Verfügung gefordert werden müsste. Da sie sich aber als Ausfluss

---

unter die verschwindend kleine Zahl von Fällen, wo Modifikationen „von Fall zu Fall", anscheinend in dem ausschliesslichen Bestreben erfolgten, das geltende Recht zu verdeutlichen und zu verbessern. Vergl. v. Mayr in der Festschrift zum ABGB I S. 429.

[189]) Vergl. Stubenrauch, das ABGB ... erläutert, zu 1249.

[190]) Adler, Persönlichkeitsrechte, in Festschrift zum ABGB II S. 213 f.

[191]) Krainz II S. 409 f.

der Güterrechtsverhältnisse darstellen, so hat sich die Doktrin und die Judikatur mit der Form des Ehevertrages begnügt,[192]) wenn es auch als wünschenswert bezeichnet wurde, bei Abschluss der Ehepakten zugleich auch die Form der letztwilligen Verfügung innezuhalten.[193])

Wird der Erbvertrag unter Brautleuten abgeschlossen, so bleibt seine Wirkung bis zur Eingehung der Ehe suspendiert, während umgekehrt ein Erbvertrag unter Ehegatten mit der Nichtigkeit der Ehe zerfällt. Das Vorhandensein einer gültigen Ehe ist daher immer Voraussetzung für die Gültigkeit des Erbvertrages, und bei der Beschränkung dieses Vertrages auf Ehegatten kann sich auch gar nie die Frage erheben, ob etwa der Vertrag trotz Nichtigkeit oder Scheidung der Ehe weiterbestehen solle.

Ist ein Ehegatte aus irgend einem Grunde pflegebefohlen, so kann er nur einen ihm vorteilhaften Erbvertrag abschliessen und sich höchstens insoweit vertraglich binden, als er auch eine letztwillige Verfügung treffen könnte (z. B. nach § 568, 569); zu weitergehenden Verfügungen ist die gerichtliche Genehmigung erforderlich.

Eine generelle, sehr wohltätige Einschränkung, die auch für moderne Gesetze beachtenswert wäre, stellt das ABGB in § 1253 auf: ganz abgesehen von den Beschränkungen, die dem Erbvertrag schon durch das Pflichtteilsrecht (nach § 762 ff.) entgegenstehen, darf der vertragschliessende Ehegatte höchstens bis zu ¾ von dem Vermögen, das ihm nach Abzug der Pflichtteile übrig bleibt, von Todes wegen vertraglich verfügen. So bleibt

---

[192]) Vergl. das Urteil in der Sammlung von Glaser, Unger etc. IV nr. 1931. Nur der Erbvertrag bedarf der Förmlichkeiten eines Testaments; zur Giltigkeit der andern Ehepakten, die im § 1217 ausdrücklich als Verträge bezeichnet sind, und nach diesem Paragraphen und den folgenden auch die Fruchtniessung auf den Todesfall und den Witwengehalt zum Gegenstand haben können, sind die Förmlichkeiten einer letzten Willenserklärung nicht erforderlich.

[193]) Nippel, Erläuterungen zum ABGB VII S. 590.

ihm also immer eine gewisse Vermögensquote zu letztwilliger Verfügung,[194]) auf die nicht der Vertragserbe, sondern die gesetzlichen Erben Anspruch haben.[195])

Es ist schade, dass das BGB und das ZGB eine solche quantitativ absolute Beschränkung neben dem Pflichtteilsrecht nicht kennen, denn wenn man auch schliesslich die Erbverträge als unter Umständen gerechtfertigt zulassen will, so wäre eine freibleibende Quote doch hie und da auch für den Vertragserblasser von Nutzen.

Auffälligerweise besteht die Inkonsequenz und Inkongruenz, dass der Vermächtnisvertrag unbeschränkt zulässig ist (§§ 602, 956), während doch der Erbvertrag so schweren Einschränkungen unterliegt.[196])

Neben solchen rein erbvertragsmässigen Verfügungen gibt das ABGB wieder die Möglichkeit, eine Gütergemeinschaft zu verabreden (1234); sie ist in der Regel auf den

---

[194]) Vergl. Hanfft, Verfügungsfreiheit des Vertragserblassers (Diss. Göttingen 1896) S. 29; das österreichische Recht betont damit nachdrücklich die Freiheit des Vertragserblassers; während in schroffem Gegensatz dazu z. B. das Thurgauer Priv. Gesetzbuch alles Gewicht auf den Schutz der Erben legte. Es gibt in § 107 dem Vertragserben, der sich wegen Verletzung oder Gefährdung der ihm durch Erbvertrag gewährten Rechte zu beschweren hat, die Alternative, auf Aufhebung des Vertrages oder auf Sicherstellung zu klagen.

[195]) Dieses freie Vierteil ist bei kinderloser Ehe dem überlebenden Ehegatten durchaus nicht verloren. In Steiermark, Kärnten und Krainz setzen sich die Ehegatten bei kinderloser Ehe in der Regel zu Universalerben ein. Um der Vorschrift des Gesetzes zu genügen, erfolgt die Einsetzung fast ausnahmslos zu drei Vierteilen durch Erbvertrag und zu einem Vierteil durch gleichzeitig errichtetes Testament. Werden bei Hinterlassung von Kindern diese zu Erben eingesetzt, so erhalten sie die Hälfte des Gesamtvermögens und dem Ehegatten wird das ‚Aufgriffsrecht" zugewiesen. Vergl. Reich in der Festschrift zum ABGB II S. 374 f.

[196]) Über diese Frage „eine der zerfahrendsten .... der ganzen österreichischen Zivilistik" vergl. Schiffner S. 27 Anm. 20 und die dort ausgiebig zitierte Literatur.

Todesfall abgeschlossen, kann aber nach Belieben der Parteien schon unter Lebenden wirksam werden.[197])

Eine Gütergemeinschaft unter Lebenden hat mit einer erbvertraglichen Verfügung keine Berührungspunkte, hingegen treten wieder bei der Todesfallgemeinschaft Fragen auf:

Das Vermögen wird beim Tode, soweit es der Gemeinschaft überhaupt unterzogen werden soll, eigentlich nicht gemeinsam, sondern es entsteht nur für den überlebenden Ehegatten und die Erben des Verstorbenen der Anspruch, eine solche Teilung des Vermögens beider Gatten zu verlangen, als wäre es gemeinschaftlich gewesen.[198]) Vor der Teilung sind die Schulden abzuziehen, d. h. der zu ihrer Befriedigung notwendige Teil wird vom Vermögen des Verstorbenen abgezogen, und nur der Rest den Erben und dem überlebenden Ehegatten zur Verteilung überlassen. Gewöhnlich wird Hälftenteilung[199]) verabredet, doch kann ein anderes Quotenverhältnis vereinbart werden: die Höhe des beiderseits eingebrachten Vermögens wird als Masstab angenommen, oder die Quote des Mannes grösser oder kleiner bestimmt als die der Frau, oder schliesslich der Anteil des Überlebenden ganz allgemein höher oder niedriger festgesetzt als der der Erben des Vorverstorbenen.

Wenn man auch alle diese Vereinbarungen als aus dem Güterrechtsverhältnis entspringend dem Ehevertrage[200]) zuweist, so ist doch eine eigentliche Ver-

---

[197]) Kafka S. 162—174. § 1234 steht dem nicht entgegen, wie Kafka zu glauben scheint, denn er sagt, nur „in der Regel" werde die Gütergemeinschaft nur auf den Todesfall verstanden; eine ausdrückliche Abmachung kann also die Regel aufheben.

Eine solche aufs Äusserste getriebene Berücksichtigung der Absicht des Gesetzgebers, wie sie Kafka vornimmt, darf doch nicht die vernünftige Auslegung eines Gesetzes hindern.

[198]) Krainz II S. 435.

[199]) Sie ist auch vom Gesetze präsumiert in § 1234.

[200]) Für die Gebührenbemessung wird dagegen ein Vertrag über die Todesfallgemeinschaft von der obersten Judikatur

bindung von Ehevertrag und Erbvertrag möglich und kommt in der Praxis nicht selten vor. Sie tritt dann ein, wenn die Ehegatten einmal das zu beobachtende Quotenverhältnis vereinbaren, dann aber noch festsetzen, dass bei kinderloser Ehe dem Überlebenden der andere Teil des gemeinschaftlichen Vermögens ebenfalls zufallen solle. Darin liegt nicht etwa die Vereinbarung eines Quotenverhältnisses der Art, dass der Überlebende das Ganze und die Erben des Vorverstorbenen nichts erhalten, vielmehr wird hier der normale Gütergemeinschaftsvertrag durch einen bedingten Erbvertrag über die zweite Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens ergänzt[201]) — eine Kombination von zwei Verträgen, die auch für das moderne Recht durchaus brauchbar und vorteilhaft ist, sobald man auseinanderhält, dass eben doch eine scharfe Grenze zwischen Ehevertrag und Erbvertrag besteht, die selbst bei Gütergemeinschaft nicht durch blosse Verschiebung des Quotenverhältnisses verwischt werden darf.

Wenn nun so die reine Vereinbarung einer Todesfallgemeinschaft nicht ein Geschäft von Todes wegen, insbesondere kein Erbvertrag ist, so hat auch die Frage nach ihrer Entgeltlichkeit nicht die Bedeutung, die man in der modernen deutschen Scholastik der Entgeltlichkeit des Erbvertrages beizumessen geneigt ist; von einer gewissen Entgeltlichkeit, eher von einem Zusammenhang

---

durchweg als Rechtsgeschäft von Todeswegen angesehen. Vergl. Kafka S. 191 Anm. 5. — Ein solcher Vertrag kann aber auch darum nicht unter die Rechtsgeschäfte von Todeswegen eingereiht werden, weil er nicht nur beim Tode eines Gatten, sondern auch bei Konkurseröffnung und bei Trennung des Gatten aus Verschulden eines Teils seine Wirkungen äussert. Als letztwillige Verfügung im weitesten Sinn mag man ihn immerhin bezeichnen mit Unger, System II S. 42 und Pfaff-Hofmann, Kommentar II S. 618. Einschränkend Kafka S. 225, besonders gegen Roth, bayr. Civilrecht I [2] S. 420.

[201]) Kafka S. 179.

der Motive mag man bei der Gütergemeinschaft ja immerhin sprechen, denn jeder Teil stimmt darum diesem Güterstand zu, weil der andere ebenfalls sein Vermögen einwirft, und der Schein einer Schenkung liegt nur dann vor, wenn etwa der eine Teil in die Gemeinschaft nichts einbringt.[202]) Ist so die Gütergemeinschaft auf den Todesfall eine rein güterrechtliche Vereinbarung, so bedarf ihre Abmachung nur der Form der Ehepakten.

Daneben sind aber auch vertragsmässige Verfügungen von Todes wegen möglich, die freilich, im Gegensatz zum französischen Recht, nur von den Ehegatten selber getroffen werden können.[203]) Oft werden solche Erbverträge mit den Ehepakten verbunden, gewöhnlich in der oben genannten Art, dass der überlebende Ehegatte für den Fall der Kinderlosigkeit vertragsmässig zum Erben des Vorverstorbenen eingesetzt wird. Auf die Auseinandersetzung und Verrechnung der Gemeinschaft hat ein solcher Vertrag keinen Einfluss.

Wie das ZGB (Art. 473 I), so kennt auch das ABGB (§§ 1255—1258) die Möglichkeit der Bestellung einer Nutzniessung des überlebenden Gatten am gesamten Nachlass, die an Stelle des gesetzlichen Erbrechts tritt. Hiedurch wird das Erbrecht des überlebenden Gatten abgeändert; dieses sogenannte Advitalitätsrecht ist also

---

[202]) Eine eigentliche Entgeltlichkeit liegt aber doch wohl gerade im österreichischen Rechte (trotz Kafka S. 226 und Krainz II § 446) nicht vor; denn beide Kontrahenten erwerben weder gegenwärtige Rechte, noch verpflichtet sich einer zu mehr, als beim Tode, bei Scheidung oder Konkurs gewisse Vermögenskomplexe der Gemeinschaft zu unterziehen, denn vor diesen drei dies a quibus hat eine solche Gütergemeinschaft auf den Todesfall überhaupt keine Wirkungen.

[203]) Die Bestellung eines Heiratsgutes in den Ehepakten durch einen Dritten nach § 1218 ff, ist nicht eine vertragsmässige Verfügung von Todeswegen, weil sie „gleich nach geschlossener Ehe begehret werden" kann (§ 1225), also nicht etwa erst beim Tode des Bestellers.

eine Verfügung von Todes wegen und bedarf, als eine Art Vermächtnisvertrag, der Form des Erbvertrages.[204])

Ein Vergleich des ABGB mit dem ungefähr gleichzeitigen C. c. zeigt, dass das französische Gesetzbuch den Begriff des Erbvertrages eigentlich nicht kennt, dass es aber vertragsmässige Verfügungen von Todes wegen unter Ehegatten trotzdem im Ehevertrage zulässt; das österreichische Recht dagegen kennt den Erbvertrag im Sinne der modernen Gesetze, lässt ihn aber nur unter Ehegatten zu. Eine Trennung der Begriffe Ehevertrag und Erbvertrag hat es also auch noch nicht konsequent durchgeführt.

---

[204]) Für das österreichische Recht kommt zweifellos nur die Bestellung durch Vertrag in Betracht; trotzdem das Advitalitätsrecht in § 1217 ausdrücklich zum Inhalt der Ehepakten gerechnet wird, so müssen sich dann die Ehepakten der Form des Erbvertrages, d. h. der Verfügung von Todeswegen unterziehen.

Das ZGB gestattet die Zuwendung durch Verfügung von Todeswegen, also durch letztwillige Verfügung oder durch Erbvertrag; soll aber die Nutzniessung schon bei Eingehung der Ehe beiderseits vertraglich festgelegt werden, so bedarf ein solcher Ehevertrag der erschwerten Form des Erbvertrages.