

ÜBER DAS VERHÄLTNISS DER GESETZLICHEN ERBFOLOGE

ZUR VERFÜGUNGS - FREIHEIT VON TODESWEGEN IM SCHWEIZERISCH - TÜRKISCHEN RECHT

von

Dr. Tahir ÇAĞA

I. Wie die meisten Rechtsordnungen hat auch das schweizerische Zivilgesetzbuch (ZGB) in seinem Erbrecht, also bei der Regelung des Überganges der Rechte und Pflichten eines Verstorbenen auf andere Personen neben der gesetzlichen Erbfolge auch dem Erblasser die Befugnis eingeräumt, diese zu beeinflussen, ja unter Umständen ganz zu ersetzen.

Was ist nun aber das Verhältnis der gesetzlichen zur gewillkürten Erbfolge ?

Die Grundkonzeption des Gesetzes über diese Frage ist für die Rechtsanwendung insoweit von Bedeutung, als das ZGB auch in seinem Erbrecht, ja sogar nirgends mehr als hier, die ihm zugrunde liegende allgemeine Tendenz verfolgt, nur die Hauptgrundsätze der Regelung in weitgespanntem Rahmen zu geben und die Entscheidung von Einzelfragen der Lehre und Praxis zu überlassen.

Die schweizerische Lehre vertritt bekanntlich den Standpunkt, dass im Recht des ZGB, welches auf dem Boden des germanischen Rechts basiere, das Verhältnis von gesetzlicher zur gewillkürten Erbfolge jenes der Regel zur Ausnahme sei ; das Gesetz habe, ausgehend von der Familienverfangenschaft des Erbgutes, nur denjenigen Teil der Erbschaft (" verfügbare Quote " genannt) der freien Bestimmung des erblasserischen Willens überlassen, der nicht gebunden, d.h. den Pflichtteilen von Familienangehörigen verfangen sei.

So sagt P. Tuor in seinem bekannten Kommentar zum Erbrecht (S. 17 N 4) wörtlich :

“Das Verhältnis des gesetzlichen Erbrechts zur Verfügung von Todes wegen ist nach ZGB jenes der Regel zur Ausnahme. Sachlich und formell beansprucht das gesetzliche Erbrecht den Vorrang. Normalerweise soll die Erbschaft den Weg gehen, den ihr die natürlichen Bande des Blutes, der Familien- und Staatsangehörigkeit weisen. Die Grundlage des Erbrechts ist im ZGB nicht die Freiheit der Bestimmung, sondern die Verfangenheit des Gutes. Die Verfügung von Todes wegen stellt sich demgemäss als die Ausnahme dar, als eine besondere Begünstigung, die das Gesetz, innerhalb gewisser Schranken, dem Erblasser macht.”

Ferner Escher (Komm. z. Erbrecht, S. 10) :

“Erscheint demgemäss die gesetzliche Nachfolge als die Regel, die gewillkürte als geduldete Abweichung.....”¹

Diesem grundsätzlichen Standpunkt der schweizerischen Lehre kommt insoweit auch eine praktische Bedeutung zu, als daraus der Schluss gezogen wird, dass man die Bestimmungen des ZGB über die Verfügungsfreiheit von Todeswegen, d.h. über die disponible Quote des Erblassers einschränkend auszulegen habe und “im Zweifel” zugunsten der Verfangenschaft des Erb-gutes, also des Pflichtteils zu entscheiden sei².

Diese aus der Grundkonzeption des Gesetzes hergeleitete Auslegungsregel soll nun an einem Beispiel illustriert werden, bei dem es sich um einen der häufigsten Beerbungsfälle handelt, nämlich

1) So ferner **Guhl**, Zeitschrift des Bernischen Juristen-Vereins (ZbJV) Bd 48, S. 201; **Vital**, Die Verfügungsfreiheit des Erblassers nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bern 1915, S. 43; **Schiller**, Pflichtteil, Pflichttellswert und Teilungsvorschrift nach Z.G.B., Zürich. Diss. 1928, S. 25/26; **Rösli**, Herabsetzungsklage und Ausgleichung im schweizerischen Zivilgesetzbuch (Art. 522-533 und 626-633), Zürich. Diss. 1935, S. 7 ff. und die bei **Escher**, S. 130/31 N 10 zitierten Autoren ; A. M. **Schoch**, Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ), Bd 6, S. 284/85; **Oser**, SJZ 3, 255.

2) Vgl. **Guhl**, ZbJV 48, 201 : “Im Zweifel ist gegen eine Erweiterung des verfügbaren Teils, mittels verschiedenen Berechnungsarten, zu entscheiden.” Ferner **Guhl**, ZbJV 48, 201 ; **Held**, ZbJV 50, 483; **Schiller**, S. 50 Note 6.

im Falle der Konkurrenz des überlebenden Ehegatten mit den Nachkommen des Erblassers.

“ Der überlebende Ehegatte erhält, wenn der Erblasser Nachkommen hinterlässt, nach seiner Wahl entweder die Hälfte der Erbschaft zu Nutzniessung oder das Viertel zu Eigentum. ” (ZGB Art. 462).

Der Pflichtteil des Ehegatten ist, nach ausdrücklicher Bestimmung von Art. 471, in jedem Falle gleich dem Eigentumsviertel (denn die Nutzniessung ist nicht pflichtteilgeschützt), die Pflichtteile der mitkonkurrierenden Nachkommen betragen $\frac{3}{4}$ ihres gesetzlichen Erbanspruches. Dieser gesetzliche Erbanspruch variiert aber, je nachdem der Ehegatte das Eigentum oder die Nutzniessung wählt. Nimmt er das Eigentumsviertel, so erstreckt sich der Erbanspruch der Nachkommen auf $\frac{3}{4}$ der Erbschaft, wählt er dagegen die Nutzniessungshälfte, so erfasst er die ganze Erbschaft. Die geschützte Quote an dem Erbanspruch, der Pflichtteil der Nachkommen, macht bei Wahl des Eigentums $\frac{3}{4}$ von $\frac{3}{4} = \frac{9}{16}$, bei Wahl der Nutzniessung $\frac{3}{4}$ vom Ganzen $= \frac{12}{16}$ aus. Das Korrelat der Pflichtteile, die verfügbare Quote des Erblassers, muss also in beiden Fällen ebenfalls verschieden gross sein, d.h. bei Wahl des Eigentums $\frac{3}{16}$, bei Wahl der Nutzniessung $\frac{4}{16}$ der Erbschaft betragen.

Dieses sich aus den Bestimmungen des Gesetzes zwangsläufig ergebende Resultat will aber die schweizerische herrschende Lehre nicht gelten lassen, und zwar hauptsächlich mit der Begründung, dass dieses Resultat mit der grundsätzlichen Auffassung des ZGB über die Verfügungsfreiheit von Todes wegen nicht im Einklang stehe, m.a.W. mit dem der Verfügungsfreiheit inwohnenden Ausnahmecharakter unvereinbar sei. Es wird gelehrt, dass die verfügbare Quote des Erblassers in jedem Falle $\frac{3}{16}$ der Erbschaft betrage und bei Wahl der Nutzniessung durch den überlebenden Ehegatten nicht auf $\frac{4}{16}$ erhöht werden dürfe.

P. Tuor, der die Frage zuletzt behandelte, führt in seiner Rektoratsrede (Ueberlebender Ehegatte und Nachkommen in Theorie und Praxis des schweizerischen Erbrechts, Bern 1945, S. 13) u.a. aus :

²² Es hat nicht an Stimmen gefehlt, die eine solche Auffassung (also die Variabilität der verfügbaren Quote je nach der Wahl des Ehegatten) vertraten. So das Obergericht Thurgau in einem Entscheide vom 18. Juli 1918 und Gautschi in einem Aufsatz in der Schweizerischen Juristenzeitung, Bd 18, S. 4 ff. Das Verdienst, Klarheit in das Problem gebracht zu haben, gebührt vorzüglich unserem verehrten Kollegen Theo Guhl. Seiner, in der Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bd 48, S. 197, überzeugend begründeten Auffassung ist seither auch das schweizerische Bundesgericht beigetreten. Sie lautet dahin, dass bei Berechnung der verfügbaren Quote immer davon auszugehen ist, wie wenn der überlebende Ehegatte das Eigentum wählen würde. Sie beträgt demnach in allen Fällen der Konkurrenz von Ehegatte und Nachkommen $\frac{3}{16}$ der Erbschaft. Es gibt dafür eine theoretische und eine praktische Begründung. Theoretisch: das ZGB geht von der verfügbaren Quote aus, sie ist ihm das Primäre, der Grundbegriff, der Pflichtteil das Sekundäre, die Folge davon. Daher hat sich im Widerspruchsfalle nicht die verfügbare Quote nach den Pflichtteilen, sondern haben sich diese nach ihm zu richten. Praktisch: der Erblasser soll bei der Abfassung seines Testaments wissen, über welchen Teil seines Vermögens er frei verfügen kann, ohne die Gefahr einer späteren Herabsetzung seiner Zuwendungen befürchten zu müssen. Daher darf die verfügbare Quote nicht von einer Handlung eines anderen, des Ehegatten, die erst nach seinem Tode erfolgt und die er nicht kennen konnte, abhängen.

Guhl schreibt in seiner von Tuor zitierten Abhandlung (ZbJV, 48, 205/06):

“ Das Wahlrecht des überlebenden Ehegatten zwischen $\frac{1}{4}$ der Verlassenschaft zu Eigentum oder $\frac{1}{2}$ zu Nutznießung ist ohne jeden Einfluss auf die verfügbare Quote und spielt in der Frage der Verfügungsfreiheit gar keine Rolle. Geht man einzig und allein vom Pflichtteil aus, wie er in Art. 471 umschrieben ist, und erklärt man ausserdem, dass der Wille des Erblassers dahingehe, jedem pflichtteilgeschützten Erben drei Vierteile oder $\frac{1}{2}$ oder $\frac{1}{4}$ seines gesetzlichen Erbanspruchs zu garantieren, so kommt man allerdings zu einem Resultat, dass das Wahlrecht des Ehegatten eben den Pflichtteil³ der Blutsverwandten beeinflusse.

3) Guhl sollte hier statt vom “ Pflichtteil ” von der “ verfügbaren Quote ” sprechen, weil die Pflichtteile der Nachkommen auch bei der Lösung, die er befürwortet, je nach der Wahl des Ehegatten variieren.

Darnach wäre der Pflichtteil bald grösser bald geringer und überhaupt erst in dem Zeitpunkt feststellbar, wo der überlebende Ehegatte sich über sein Erbrecht ausgesprochen hat. Allein eine derartige Argumentation, die dem römischen Pflichtteilsrecht entspricht, ist für das ZGB völlig unzutreffend, da, wie bereits erwähnt, unser neues Recht die verfügbare Quote an die Spitze gestellt hat und grundsätzlich diesem System gefolgt ist (Art. 470). Von einem verfügbaren Teil kann aber nur da die Rede sein, wo zum Vornherein dessen sichere Feststellung möglich ist und wo der Testator schon bei Errichtung seiner Verfügung von Todes wegen weiss, über wieviel er disponieren kann. Zu diesem praktisch allein brauchbaren Resultat gelangt man mit Hilfe unseres Grundsatzes, dass der Pflichtteil immer ohne Rücksicht auf das gesetzliche Wahlrecht des überlebenden Ehegatten zu berechnen ist. Für die Berechnung der verfügbaren Quote gilt immer nur der Eigentumsanspruch des Ehegatten."

Das schweizerische Bundesgericht hat zum ersten Male in seinem Entscheid vom 8. Juli 1919 (BGE 45 II 381 ff.) Gelegenheit gehabt, zu dieser Frage Stellung zu nehmen. Obschon damals das Problem in der Literatur stark kontrovers war, hat sich der Gerichtshof der nun inzwischen herrschend gewordenen Ansicht ohne jede Begründung diskussionslos angeschlossen und sie seither als feststehend betrachtet.

II. Ist nun diese Grundauffassung der schweizerischen Lehre über das Verhältnis der gesetzlichen zur gewillkürten Erbfolge nach dem Recht des ZGB berechtigt und für die türkische Rechtsanwendung annehmbar?

1) Dass die formelle Ausgestaltung des Pflichtteilsrechts im ZGB, im Gegensatz zum Vorentwurf von 1900 (vgl. Art. 495)⁴, nicht für die schweizerische Lehre spricht, geben verschiedene ihrer Verfechter selbst zu⁵. Das Gesetz stellt in den massgebenden Be-

4) Vorentwurf Art. 495 lautet: "Wer Nachkommen hinterlässt, ist befugt, bis zu einem Viertel, und wer als seine nächsten Erben Vater oder Mutter hinterlässt, bis zur Hälfte über sein Vermögen von Todes wegen verfügen."

5) Vgl. Guhl, ZbJV 48, 200/01: "Vergleicht man schlechthin die beiden massgebenden Bestimmungen des Gesetzes, Art. 470/71 miteinander so kann man allerdings in Zweifel sein; denn die eine Bestimmung spricht von der disponiblen Quote und die andere umschreibt

stimmungen von Art. 470/71 das Prinzip der Verfügungsfreiheit des Erblassers auf und umschreibt dann als deren Grenze den Pflichtteil der einzelnen Noterben. Aus dieser Regelung geht der Ausnahmecharakter des Pflichtteils unzweideutig hervor.

2) Zur Begründung der schweizerischen Lehre weist man auf die kantonalen Rechte vor dem Erlass des ZGB und auf die geschichtliche Entwicklung der Verfügungen von Todes wegen.

Die Ausgestaltung der Verfügungsfreiheit des Erblassers in den früheren kantonalen Rechten war so mannigfaltig und wies so starke Gegensätze auf, dass von einem einheitlichen schweizerischen System auf Grund dieser Rechte, welches vom Bundesgesetzgeber auch mit gewissen Modifikationen zu übernehmen gewesen wäre, schwerlich gesprochen werden kann⁶. Konnte der Gesetzgeber also bei der Vereinheitlichung dieser Materie mit Rücksicht auf die bestehenden Gegensätze nicht einfach das eine oder das andere kantonale System akzeptieren, so erwuchs ihm vor allem die wichtige Aufgabe, unbekümmert um die Ausgestaltung in den Kantonen, ein Recht zu schaffen, das den veränderten modernen wirtschaftlichen Verhältnissen und ethischen Bedürfnissen entsprach⁷.

den Pflichtteil. Ausserdem wird der verfügbare Teil in Art. 470 als vom Pflichtteil abhängig bezeichnet, und dies hat denn auch schon zu der Behauptung geführt, dass das ZGB im Pflichtteilsrecht dem römischen und reichsdeutschen System gefolgt sei. Ferner Schiller 25: "In Bezug auf das Äussere, die Form, in der sich das Pflichtteilsrecht in unserem Gesetz äussert, können wir aber bei vorurteilslosem Herantreten an die Art. 470/71 nur zum Schluss kommen, dass die rechnerisch-praktische Teilung eines Nachlasses in eine verfügbare und eine unverfügbare Quote ausschliesslich zustandekommt, indem man bei der Berechnung ausgeht von den einzelnen Pflichtteilen, sie bilden die formelle Basis unseres Noterbrechts; das zu leugnen und die disponible Quote als formellen Ausgangspunkt darzustellen, bedeutet sicher eine unfruchtbare und erzwungene Vergewaltigung eines klaren Gesetzestextes."

6) Vgl. über die geschichtliche Entwicklung der Verfügungsfreiheit in den kantonalen Rechten Huber, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, Bd IV, S. 603 ff; Vital 9 ff.

7) Vital 84/85; vgl. auch Guhl, ZbJV 48, 197: "Das ZGB hat sich im Pflichtteilsrecht, wie übrigens auch in den anderen Teilen des Erbrechts, nicht einfach einem bestehenden System des kantonalen

Was die geschichtliche Entwicklung der Verfügungen von Todes wegen betrifft, so ist dazu folgendes zu sagen :

Die geschichtliche Entwicklung der Verfügungen von Todes wegen ging deutlich in der Richtung der Erweiterung der Verfügungsfreiheit des Erblassers und zwar gilt dies auch für Gebiete mit germanischer Rechtsauffassung. Zwar erkannte ursprünglich das germanische Recht, ausgehend vom Familieneigentum oder doch von der Verfangenschaft des Vermögens an die Familie, dem Familienhaupt keine Befugnis zu, darüber zu Lebzeiten oder von Todes wegen zu verfügen. Aber parallel dem Aufkommen des Privateigentums und entsprechend den veränderten gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen wurde die Verfügungsfreiheit auch von Todes wegen zunächst beschränkt, dann aber sich ständig erweiternd-anerkannt⁸. Diese Entwicklung hat im germanischen Rechtskreis vor Jahrhunderten begonnen und die Verfügungen von Todes wegen waren schon vor der Rezeption des römischen Rechts vollkommen ausgebildet⁹. Es ergibt sich also, dass der Verlauf und die noch im letzten Jahrhundert klarzutretende Tendenz¹⁰ der geschichtlichen Entwicklung der Verfügungsfreiheit von Todes wegen die negative Einstellung der schweizerischen Lehre gegenüber dieser Institution nicht als gerechtfertigt erscheinen lässt.

oder des ausländischen Rechts angeschlossen, sondern in erheblichem Umfange neue Wege eingeschlossen " .

8) Vgl. **Huber** IV 617 und Note 22 daselbst nach welchem diese Erweiterung an verschiedenen Orten zu einer uneingeschränkten Anerkennung der Verfügungsfreiheit von Todes wegen geführt hat.

9) Vgl. **Schmitz**, Das Problem der Beschränkung der Testierfreiheit, Berlin 1936, S. 84 : " Doch ist es Tatsache, dass sich damals im deutschen Recht die Verfügung von Todes wegen entwickelt hat. Sie ist also kein römischer Import. Sie war vollkommen ausgebildet, als der Rezeptionsprozess begann. " Ferner **Huber** IV 608 ff. ; **A. Heusler**, Institutionen des deutschen Privatrechts, Bd II (1886) S. 642 ff. ; **R. Huebner**, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 5. Aufl. 1930, S. 780 ff.

10) Vgl. **Escher** S. 128 : " Die Tendenz ging aber im letzten Jahrhundert deutlich in der Richtung der Erweiterung der Verfügungsfreiheit, auch das ZGB hat einen entscheidenden Schritt nach dieser Richtung getan. " Vgl. auch **Huber** IV 608 ff; derselbe Erläuterungen Bd I S. 25.

3) Bei der Behandlung des Problems sollte auch der enge Zusammenhang zwischen der Eigentumsordnung und dem Erbrecht nicht ausseracht gelassen werden¹¹. Denn, wie *Lang* (Jh. Jb. 82, 1) hervorhebt, stellt das Erbrecht eine notwendige Ergänzung der Eigentumsordnung dar. Die Verfügung von Todes wegen ist also nichts anders als eine Fortsetzung der Verfügungsgewalt unter Lebenden; sie unterliegt daher den gleichen Grundsätzen, die für das Eigentum gelten¹². Auch das germanische Recht bildet in dieser Beziehung keine Ausnahme.

Die schweizerische Lehre beruft sich zwar auf die germanische Rechtsauffassung, ohne jedoch die Wandlungen zu beachten, die der Eigentumsbegriff im Laufe der Entwicklung durchlaufen hat. Wie diese vor sich gegangen sind, wird von *A. Egger* (Komm. z. Familienrecht, Art. 335 N 1) wie folgt zusammengefasst:

“ Auch das *Familien- oder Hausvermögen* von einst, das der Familie gehört hatte oder doch den Angehörigen verfangen gewesen war, verfiel der Auflösung. Das Familienhaus erhielt das Alleineigentum und die *freie Verfügung*, die Hausgenossen, Ehegatte, Kinder, Mündel erhielten ihre eigene vermögensrechtliche Stellung. ”

Was den Eigentumsbegriff des ZGB betrifft, so postuliert der Art. 641 eindeutig das Prinzip der Verfügungsfreiheit des Eigentümers. Zwar ist diese Verfügungsmacht keine absolute; ohne jedoch auf die strittige Frage, ob die sich aus der gesamten Rechtsordnung, vor allem aus dem öffentlichen Recht, sich ergebenden Einschränkungen dem Eigentumsbegriff immanent sind oder an die eigentlich absolute Verfügungsmacht des Eigentümers von aussen herantreten, einzugehen, kann mit Fug gesagt werden, dass der Eigentümer über die Sache *grundsätzlich* frei verfügen kann. Auch in Deutschland, wo die Weimarer Verfassung vom 11. August 1919 im Gegensatz zum ZGB, die soziale Seite des Eigen-

11) Vgl. *Kipp*, Erbrecht, S. 1.

12) Vgl. *Schmitz* 84: “ Das gleiche gilt nun von der Verfügungsfreiheit von Todes wegen. Sie ist nur eine Verlängerung der Verfügungsfreiheit unter Lebenden und damit des Privateigentums. Sie unterliegt deshalb auch den Grundsätzen, die für dieses gelten. ”

tums besonders hervorhob (vgl. Art. 153 : " Das Eigentum verpflichtet "), wurde die Verfügungsfreiheit des Eigentümers als Grundsatz eindeutig anerkannt¹³. Es drängt sich daher zwangsläufig der Schluss auf, dass die grundsätzliche Auffassung des ZGB über die Verfügungsmacht des Eigentümers auch für die Verfügungsfreiheit von Todes wegen gilt, die, wie schon erwähnt, nichts anders ist als eine Fortsetzung der Verfügungsfreiheit unter Lebenden.

4) Aus dieser kurzen Darlegung dürfte sich als Antwort auf die unter II. eingangs gestellte Frage eindeutig ergeben, dass, im Gegensatz zur schweiz. herrschenden Lehre, die Verfügungsmacht des Eigentümers auch für die Verfügungsfreiheit von Todes wegen im Recht des ZGB nicht als eine Ausnahmeerscheinung, sondern prinzipiell als Regel zu betrachten ist. Diese Auffassung findet auch ihre unzweideutige Bestätigung im folgenden Entschiede des schweiz. Bundesgerichts :

BGE 45 II 384 :

" Denn das ZGB geht vom Grundsatz der Verfügungsfreiheit aus und umschreibt daher in Art. 470 die verfügbare Quote, wobei der Pflichtteil nur als die Grenze dieser verfügbaren Quote angeführt wird. "

5) Für die türkischen Verhältnisse tritt noch ein weiteres Moment hinzu, das geradezu dazu zwingt, die Verfügungsfreiheit von Todes wegen als Regel anzuerkennen und die gesetzlichen Bestimmungen darüber entsprechend und weitherzig zu handhaben. Auch nach über dreissigjähriger Geltung unseres neuen Rechts besteht immer noch eine Kluft zwischen der überlieferten Auffassung des Volkes über die Zuteilung der Erbschaft an die Familienangehörigen und der gesetzlichen Erbfolgeordnung im rezipierten Erbrecht. Obschon nun die Parentelenordnung für gewisse Grundstückskategorien schon vor Übernahme des ZGB in der Türkei eingeführt worden ist¹⁴, emp-

13) Vgl. M. Wolff, Sachenrecht, § 51 IV.

14) Vgl. " Emvali Gayri Menkule İntikalât Kanunu Muvakkati ",

findet das Volk nach wie vor den Umstand als Unrecht, dass bei Vorhandensein eines noch soweit entfernten Erben aus der ersten Parentel die Eltern bzw. die Geschwister des Verstorbenen von der Erbschaft ganz ausgeschlossen sein sollen. Solange die Bestimmungen über die gesetzliche Erbfolge unverändert weiterbestehen, bildet daher die Verfügungsfreiheit des Erblassers und deren weitherzige Handhabung die einzige Möglichkeit, diese Kluft zu überbrücken. Damit werden auch die Voraussetzungen dafür geschaffen, dass das neue Recht — dem Willen des Gesetzgebers entsprechend — vom türkischen Volk vollkommen assimiliert wird.

21 Şubat 1328 (vorläufiges Ges. vom 21. Februar 1912 über die Erbfolge in Grundstücke).