

---

# SWISS REVIEW OF INTERNATIONAL AND EUROPEAN LAW

---

Schweizerische Zeitschrift  
für internationales und europäisches Recht  
Revue suisse de droit international et européen

---

# SWISS REVIEW OF INTERNATIONAL AND EUROPEAN LAW

---

Schweizerische Zeitschrift  
für internationales und europäisches Recht  
Revue suisse de droit international et européen

ISSN 1019-0406      [www.sriel.ch](http://www.sriel.ch)

The Review is published quarterly by the Swiss Society of International Law (Schweizerische Vereinigung für internationales Recht / Société suisse de droit international – [www.svir-ssdi.ch](http://www.svir-ssdi.ch)) and supported by the Swiss Academy of Humanities and Social Sciences. The Review is available online on [www.swisslex.ch](http://www.swisslex.ch) and [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org).

#### BOARD OF EDITORS

Prof. Dr. Andreas Furrer, University of Lucerne (Chair; Private International Law); Prof. Dr. Daniel Girsberger, University of Lucerne (Private International Law); Prof. Dr. Christine Kaddous, University of Geneva (European Law); Prof. Dr. Robert Kolb, University of Geneva (Public International Law); Prof. Dr. Christa Tobler, University of Basel (European Law); Prof. Dr. Ursula Cassani, University of Geneva (Criminal Law); Prof. Dr. Oliver Diggelmann, University of Zurich (Public International Law); Managing Editor: Dr. Lorenz Langer

#### SUBMISSIONS

Please submit manuscripts electronically to the Managing Editor ([Lorenz.Langer@sriel.ch](mailto:Lorenz.Langer@sriel.ch)). Authors are requested to follow the Review's style-sheet available at [www.sriel.ch](http://www.sriel.ch). French submissions are proofread by Dr. Maria Ludwiczak Glassey.

#### PUBLISHERS

Schulthess Juristische Medien AG  
Zwingliplatz 2, Postfach, CH-8021 Zurich, Internet: [www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)  
Managing Publisher: Firas Kharat  
Product Manager Journals: Christian Hillig

#### CUSTOMER SERVICE

E-Mail: [service@schulthess.com](mailto:service@schulthess.com)  
Tel. +41 44 200 29 29  
Fax +41 44 200 29 28  
Anschrift: Schulthess Juristische Medien AG, Kundenservice, Zwingliplatz 2, Postfach, CH-8021 Zürich

#### SUBSCRIPTIONS

Annual subscription: CHF 250  
Annual preferential subscription: for members of the Swiss Society of International Law CHF 242  
Single issue: CHF 73, plus postage  
All subscription prices incl. 2.5% VAT, plus postage: CHF 8 in Switzerland (Postage Abroad: CHF 43).  
Vorzugspreis gegen Vorlage eines gültigen Nachweises. Subscriptions are automatically extended each year unless notice of cancellation is received from the subscriber prior to 8 weeks in advance of the subscription period.

#### ADVERTISEMENTS

Zürichsee Werbe AG, Herr Pietro Stuck, Seestrasse 86, CH-8712 Stäfa, Tel. +41 44 928 56 11,  
E-Mail: [pietro.stuck@zs-werbeag.ch](mailto:pietro.stuck@zs-werbeag.ch)

#### COPYRIGHT

This Review, including all individual contributions published therein, is legally protected by copyright for the duration of the copyright period. Any use, exploitation or commercialization without the publishers' consent, is illegal and liable to criminal prosecution. This applies in particular to photostat reproduction, copying, cyclostyling, mimeographing or duplication of any kind, translating, preparation of microfilms, and electronic data processing and storage.

#### FREQUENCY

The Review is published quarterly, volume 28

#### CITATION

28 SRIEL (2018) p. 1

#### INTERNET

[www.sriel.ch](http://www.sriel.ch)  
The Review is also available online at [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org)

ISSN 1019-0406

---

## TABLE OF CONTENTS

---

### SVIR-TAGUNG 2017

|  |     |
|--|-----|
| Update zu den drei Revisionen des IPRG – Schiedsgerichtsbarkeit,<br>Insolvenzrecht, Erbrecht (Markus Müller-Chen) .....  | 157 |
| Die geplante Revision des schweizerischen Internationalen Erbrechts:<br>Erweiterte Gestaltungsmöglichkeiten und Koordination<br>mit der Europäischen Erbrechtsverordnung (Andrea Bonomi) ..... | 159 |
| Successions internationales et (sémi-)loi fédérale sur le droit international<br>privé : quelques défis (Gian Paolo Romano) .....  | 183 |
| Kernpunkte der Revision des 12. Kapitels des IPRG<br>(Marco Stacher & Christian Oetiker) .....   | 213 |

### RECENT PRACTICE

|   |     |
|---|-----|
| Spruchpraxis zum EU-Wettbewerbsrecht (2016/2017)<br>(Jürg Borer) .....  | 225 |
| Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille<br>(Andreas Bucher) .....                                    | 245 |
| The Jurisprudence of the World Trade Organization in 2017<br>(Michael Hahn, Rachel Liechti-McKee, Tetyana Payosova & Brigitta Imeli) .. | 269 |



# Die geplante Revision des schweizerischen Internationalen Erbrechts: Erweiterte Gestaltungsmöglichkeiten und Koordination mit der Europäischen Erbrechtsverordnung

Andrea Bonomi\*

The main purpose of the proposed revision of Chapter 6 of the Private International Law Act is to improve the coordination between the Swiss rules and the European Succession Regulation (No 650/2012). The EU instrument has a significant impact in Switzerland, since many of its rules (notably those on jurisdiction and on the determination of the applicable law) are also relevant in the relationship to third States. Although the overall philosophy of the European Regulation corresponds to that of Swiss law, a number of discrepancies exist in the regulation of detailed aspects, giving rise to conflicts and creating obstacles for an efficient estate planning strategy. Yet with regard to the new possibility of selecting the competent court, the extension of the right to choose the law applicable to the succession (*professio juris*), and a better framework for dispositions upon death (wills and succession agreements), the proposed text clearly goes in the right direction.

## Inhalt

- I. Einführung
- II. Die wichtigsten Stossrichtungen des Revisionsentwurfs: Erweiterung des Gestaltungsspielraums des Erblassers zum Zweck einer besseren Koordination mit der EU- Erbrechtsverordnung
  - A. Einführung einer einseitigen Zuständigkeitsbestimmung
  - B. Die Stärkung der Rechtswahl (*Professio juris*)
  - C. Die Neugestaltung der Verfügungen von Todes wegen
- III. Weitere Revisionsvorhaben
  - A. Klarstellungen betreffend die subsidiären Zuständigkeiten
  - B. Neuregelung zur Rückverweisung
  - C. Aktualisierung der Anerkennungstatbestände
- IV. Fazit

\* Professor an der Universität Lausanne; Direktor des *Centre de droit comparé, européen et international* der Universität Lausanne. Der Verfasser möchte sich bei AZADI ÖZTÜRK für die wertvolle Unterstützung bei der sprachlichen Revision dieses Aufsatzes recht herzlich bedanken.

## I. Einführung

Am 14. Februar 2018 hat der Bundesrat eine Vernehmlassung zur Revision vom 6. Kapitel des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Internationales Erbrecht) eröffnet.<sup>1</sup> Die Revisionsvorlage schlägt etliche Änderungen zu den Artikeln 86 zu 96 IPRG vor.

Das 6. Kapitel des IPRG beruht auf weitgehend zufriedenstellenden Lösungen, welche durch die Rechtsprechung in einigen Punkten nutzbringend präzisiert wurden. Seit 1989 sind in der Praxis nur wenige grössere Problemfälle aufgetreten. Es stellt sich daher die Frage, wieso eine Revision dieser Vorschriften notwendig ist. Die Antwort hierauf ist einfach. Mit Inkrafttreten der EU-Erbrechtsverordnung<sup>2</sup> ist die Schweiz nun von 25 Staaten<sup>3</sup> umgeben, die allesamt einheitliche Regeln im Bereich des internationalen Erbrechts anwenden. Obwohl die Schweiz an diesen Rechtstext nicht gebunden ist, ist sie dennoch in hohem Masse hiervon betroffen, da die Vorschriften der EU-Erbrechtsverordnung, insbesondere im Bereich der Zuständigkeiten und des anwendbaren Rechts, universelle (*erga omnes*) Anwendung finden.<sup>4</sup>

Da es Ziel des internationalen Privatrechts ist, eine einheitliche Behandlung internationaler privatrechtlicher Beziehungen durch die Koordinierung nationaler Systeme zu fördern, kann diese neue Realität nicht ignoriert werden. Per Definition sind in internationalen Sachverhalten mehrere Staaten involviert, und in den meisten Erbfällen, die in der Schweiz auftreten, sind in der Regel Mitgliedstaaten der Europäischen Union betroffen.

1 Der Vorentwurf samt dem Erläuternden Bericht ist auf der Website des Bundesamts für Justiz unter [https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/news/2018/ref\\_2018-02-14.html](https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/news/2018/ref_2018-02-14.html) abrufbar.

2 Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, ABl. L 201 vom 27.7.2012, S. 107 (nachfolgend: EuErbVO). Die Verordnung ist am 16.8.2012 in Kraft getreten und ist gemäss Art. 83 Abs. 1 und Art. 84 Abs. 2 ab dem 17.8.2015 auf alle Erbfälle anwendbar, welche am 17.8.2015 oder danach eintreten.

3 Die EuErbVO gilt in allen Mitgliedstaaten mit Ausnahme von Dänemark, Irland und dem Vereinigten Königreich.

4 Ähnlich wie in anderen europäischen Rechtsakten, sind die Kollisionsregeln der Art. 21 ff. EuErbVO universell ausgestaltet (*erga omnes*-Wirkung): das nach der Erbrechtsverordnung bezeichnete Recht ist demnach auch dann anzuwenden, wenn es nicht das Recht eines Mitgliedstaates ist (Art. 20 EuErbVO). Darüber hinaus schafft die EuErbVO einheitliche Zuständigkeitsregeln für das Nachlassverfahren und für erbrechtliche Streitigkeiten. Diese Regeln sind nicht nur dann anwendbar, wenn der Erblasser im Zeitpunkt des Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Mitgliedstaat hatte (Art. 4 EuErbVO), sondern auch dann, wenn er seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Drittstaat hatte. Diese Regelung ist abschliessend und lässt für die Anwendung nationaler Zuständigkeitsnormen kein Raum. ANDREA BONOMI & PATRICK WAUTELET, *Le droit européen des successions*, Bruxelles 2013, Introduction, Rz. 22. Über den Einfluss auf die Schweiz, s. ANDREA BONOMI, «Le Règlement européen sur les successions et son impact pour la Suisse», *Semaine Judiciaire* (2014) II, S. 391 ff.

Wie wir bereits an anderer Stelle dargelegt haben,<sup>5</sup> entspricht die Struktur der EU-Erbrechtsverordnung in den Grundzügen den Ansätzen des IPRG (Nachlassseinheit, Anwendung des Rechts des Staates, in welchem der Erblasser seinen «Lebensmittelpunkt» hatte, Rechtswahlmöglichkeit zugunsten des Heimatrechts sowie die Begünstigung der Wirksamkeit von Verfügungen von Todes wegen). Nichtsdestoweniger bestehen in mehreren Detailpunkten Unterschiede: Diese betreffen insbesondere die Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Rechtswahl und die Bestimmung des auf Verfügungen auf Todes wegen anwendbaren Rechts.<sup>6</sup> Darüber hinaus besteht die Gefahr, dass die sehr weitgehenden subsidiären Zuständigkeiten, die in der EU-Erbrechtsverordnung (in Art. 10 EuErbVO) vorgesehen sind,<sup>7</sup> das *forum shopping* fördern und vermehrt zu Parallelverfahren führen.

Die geplante Revision ist ins Leben gerufen worden, um einer parlamentarischen Motion Folge zu leisten, die den Bundesrat dazu veranlasst hat, Gespräche mit der Europäischen Union aufzunehmen, um ein bilaterales Abkommen nach dem Modell des Lugano-Übereinkommens auszuhandeln.<sup>8</sup> Nur ein derartiges Übereinkommen wäre tatsächlich in der Lage, durch die Schaffung gemeinsamer Regelungen in Fragen der Rechtshängigkeit und der gegenseitigen Anerkennung von Entscheidungen positive Konflikte gänzlich zu vermeiden. In Anbetracht der politischen Schwierigkeiten haben die Bundesbehörden einen anderen Weg vorgezogen, sicherlich weniger umfassend, aber dafür realistischer: nämlich die einseitige Anpassung der Vorschriften des IPRG.

In meiner Darstellung werde ich mich zuerst auf die drei wichtigsten Neuerungsgebiete konzentrieren (Punkt II.), und zwar die Einführung der Möglichkeit, einen ausländischen Gerichtsstand zu wählen, die liberalere Regelung der Rechtswahlmöglichkeit (*professio juris*) und die Neugestaltung der Regelungen im Hinblick auf Verfügungen von Todes wegen. Neben dem Ziel, die Koordinierung mit der EU-Erbrechtsverordnung sicherzustellen, besteht der rote Faden zwischen diesen Än-

5 BONOMI, supra Fn. 4, S. 400 ff.

6 Für eine detaillierte Darstellung s. BONOMI, supra Fn. 4, S. 412 ff., 415 ff.; ANDREA BONOMI & AZADI ÖZTÜRK, «Auswirkungen der Europäischen Erbrechtsverordnung auf die Schweiz unter besonderer Berücksichtigung deutsch-schweizerischer Erbfälle», ZVglRWiss (2015), S. 23 ff., 37 f.

7 Die EuErbVO sieht eine sehr weitreichende Zuständigkeitsregel in Art. 10 Abs. 1 EuErbVO vor. Bei einem Erblasser mit letztem gewöhnlichem Aufenthalt in einem Drittstaat sind die Gerichte eines Mitgliedstaats, in dem sich Nachlassvermögen befindet (sog. Belegenheitsstaat), für den *gesamten* Nachlass zuständig, sofern 1) der Erblasser die Staatsangehörigkeit dieses Mitgliedstaats zum Zeitpunkt des Todes besass, oder, wenn dies nicht der Fall war, 2) er innerhalb der vergangenen fünf Jahre vor Anrufung des Gerichts seinen gewöhnlichen Aufenthalt in diesem Mitgliedstaat hatte. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, besteht immerhin eine Zuständigkeit der Gerichte des Belegenheitsstaates von Nachlassvermögen, sie ist jedoch auf das in jenem Staat befindliche Nachlassvermögen beschränkt (Art. 10 Abs. 2 EuErbVO). Über die potenziellen Kompetenzkonflikte mit der Schweiz, die aus dieser Vorschrift entstehen können, s. BONOMI, supra Fn. 4, S. 426 ff.

8 Motion Nr. 14.4285 «Internationales Übereinkommen über Erbsachen», eingereicht von Ständerat LUC RECORDON am 12.12.2014.

derungen darin, dem Erblasser weitere Gestaltungsmöglichkeiten zu eröffnen, um seinen Nachlass zu planen.

Abgesehen von diesen Änderungen, enthält die Revision andere Neuerungen, die ebenfalls eine bessere Koordination mit den ausländischen Rechtsordnungen bezwecken. Unter Punkt III. werden wir dann auch auf einige dieser Punkte eingehen, wenn auch weniger detailliert.

## II. Die wichtigsten Stossrichtungen des Revisionsentwurfs: Erweiterung des Gestaltungsspielraums des Erblassers zum Zweck einer besseren Koordination mit der EU-Erb- rechtsverordnung

### A. Einführung einer einseitigen Zuständigkeitsbestimmung

Die erste wichtige Änderung besteht in der Einführung einer einseitigen Zuständigkeitsbestimmung durch den Erblasser zugunsten der Gerichte seines ausländischen Heimatstaates (Art. 86 Abs. 4 Vorentwurf).

Ziel dieser Änderung ist nicht nur, den Gestaltungsspielraum des Verfügenden zu erweitern, sondern auch (und hauptsächlich) ihm Instrumente zur Verfügung zu stellen, die es ihm ermöglichen, positive Kompetenzkonflikte mit ausländischen Behörden zu vermeiden, insbesondere mit denen der Staaten, die durch die EU-Erbrechtsverordnung gebunden sind.

Das Recht des Erblassers, die zuständigen Behörden zu bestimmen, stellt keine absolute Neuigkeit im System des IPRG dar. Gemäss Art. 87 Abs. 2 IPRG steht jedoch derzeit nur einem Schweizer Erblasser, der seinen Wohnsitz im Ausland hat, die Möglichkeit offen, seinen gesamten oder den in der Schweiz befindlichen Teil seines Nachlasses der Zuständigkeit der Behörden seines Heimatortes zu unterwerfen.<sup>9</sup> Gemäss derselben Vorschrift wird eine derartige Zuständigkeitsbestimmung auch dann unwiderlegbar vermutet, wenn der Schweizer Erblasser seinen Nachlass schweizerischem Recht unterstellt hat.<sup>10</sup> Hingegen ist eine einseitige Zuständigkeitsbestimmung zugunsten ausländischer Behörden gemäss dem aktuellen Text des IPRG nicht möglich.<sup>11</sup> Ein Ausländer, der seinen Wohnsitz in der Schweiz hat, kann seinen

9 ANTON K. SCHNYDER & MANUEL LIATOWITSCH, Art. 87 IPRG, in: H. Honsell *et al.* (Hrsg.), Basler Kommentar – Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013, Rz. 9 ff.

10 ANDREAS BUCHER, Art. 86 LDIP, in: A. Bucher (Hrsg.), Commentaire Romand – LDIP/CL, Basel 2011, Rz. 12.

11 BUCHER, *supra* Fn. 10, Art. 86 Rz. 3. Nach einigen Autoren könnte sich eine solche Prorogationsmöglichkeit schon heute aus einer analogen Anwendung von Art. 87 Abs. 2 IPRG ergeben: SCHNYDER & LIATOWITSCH, *supra* Fn. 9, Art. 87 Rz. 16; BERNARD DUTOIT, *Droit international privé suisse – Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 5. Aufl., Basel 2011, Art. 87 LDIP Rz. 6.



Nachlass einem seiner Heimatrechte unterstellen (Art. 90 Abs. 2 IPRG), wobei diese Rechtswahlmöglichkeit nicht dazu genutzt werden kann, um von der Zuständigkeit der Schweizer Behörden abzuweichen.

Die Unterscheidung zwischen einem Schweizer, der seinen Wohnsitz im Ausland hat, und einem Ausländer, der seinen Wohnsitz in der Schweiz hat, beruht hauptsächlich auf zwei Gründen. Der erste Grund besteht darin, dass die einseitige Zuständigkeitsbestimmung in ausländischen Rechtssystemen nicht sehr verbreitet ist<sup>12</sup> und dadurch das Risiko besteht, dass sie nach dem Recht des gewählten Gerichtsstandes nicht wirksam ist. In einem solchen Fall kann sie zu einem negativen Kompetenzkonflikt führen.

Die EU-Erbrechtsverordnung ändert hieran nicht viel, da sie – was die Wahl eines Gerichtsstandes betrifft – eher zurückhaltend ist. Eine Gerichtsstandswahl zugunsten des Heimatstaates des Erblassers ist nur auf Grundlage einer entsprechenden Gerichtsstandsvereinbarung durch die «betroffenen Parteien» (d.h. insbesondere durch die Erben) möglich, und dies nur gestützt auf eine zuvor wirksam getroffene Rechtswahl durch den Erblasser (Art. 5). Eine einseitige Zuständigkeitsbestimmung ist in der EU-Erbrechtsverordnung jedoch nicht vorgesehen, was von einigen Kommentatoren kritisiert wird.<sup>13</sup>

Die Gefahr eines negativen Kompetenzkonfliktes ist nichtsdestotrotz gering im Verhältnis zu den Staaten, die durch die Verordnung gebunden sind. Wie bereits oben erwähnt, sieht Art. 10 Abs. 1 lit. a) EuErbVO eine sehr weitgehende subsidiäre Zuständigkeit zugunsten der Gerichte des Heimatstaates des Erblassers vor.<sup>14</sup> Hatte der Erblasser seinen Wohnsitz in einem Drittstaat, so sind gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. a) EuErbVO die Gerichte des Heimatstaates des Erblassers für den gesamten Nachlass zuständig, sofern in jenem Staat Vermögen des Erblassers belegen ist. Im Falle eines Erblassers mit Wohnsitz in der Schweiz ist diese sehr weitgehende Zuständigkeit eine potenzielle Quelle für häufige Kompetenzkonflikte. Gerade um derartigen Konflikten vorzubeugen, eröffnet die geplante Revision dem Erblasser die Möglichkeit, den Gerichtsstand zu bestimmen. Dadurch kann er nicht nur konkurrierende Zuständigkeiten der Behörden am schweizerischen Wohnsitz und denen des ausländischen Heimatstaates vermeiden, sondern auch sicherstellen, dass Entscheidungen des letztgenannten Staates in der Schweiz anerkannt werden.

Freilich kommt es auch vor, dass die Behörden des Heimatstaates nicht zuständig sind. So sind gemäss der EU-Erbrechtsverordnung die Behörden des Heimatstaates nur dann zuständig, wenn dort Nachlassvermögen belegen ist (Art. 10 EuErbVO). Ausserhalb des Anwendungsbereichs der EU-Erbrechtsverordnung weisen viele

12 ANDREA BONOMI, «Successions internationales: conflits de lois et conflits de juridictions», Recueil des cours de l'Académie de La Haye, Bd. 350 (2010), Rz. 255.

13 BONOMI & WAUTELET, supra Fn. 4, Art. 5 Rz. 3; EVA LEIN, Art. 5 EuErbVO, in: A. Dutta & J. Weber, Internationales Erbrecht, München 2016, Rz. 18 ff.

14 Siehe supra, Fn. 7.

Staaten den Gerichten des Heimatstaates keinerlei Zuständigkeit zu: es seien hier nur die Common-Law-Staaten erwähnt. Ferner kann es vorkommen, dass, auch wenn eine solche Zuständigkeit vorgesehen ist, die Behörden des Heimatstaates inaktiv bleiben. Die vorgeschlagene Revision wird in diesen Fällen der Gefahr eines negativen Konflikts vorbeugen, indem sie in Analogie zu den derzeit geltenden Artikeln 87 Abs. 1 und 88 Abs. 1 IPRG die subsidiäre Zuständigkeit der schweizerischen Behörden trotz einer Gerichtsstandswahl für die Fälle vorbehält, in denen die Behörden des Heimatstaates sich nicht mit dem Nachlass befassen (Art. 86 Abs. 4 Vorentwurf).

Eine zweite Überlegung, die im derzeitigen System die Ablehnung der Prorogation zugunsten der ausländischen Behörden rechtfertigt, ist, dass diese manchmal zur Anwendung eines Rechts führen kann, welches der Erblasser nicht voraussehen konnte. Ein solches Risiko besteht insbesondere in dem Fall (der zweifellos häufig auftreten wird), in dem eine Gerichtsstandswahl neben eine Rechtswahl (*professio juris*) zugunsten des ausländischen Heimatstaates tritt. Da nicht garantiert werden kann, dass die Rechtswahl in diesem Staat auch anerkannt wird, kann die Gerichtsstandswahl paradoxerweise zur Nichtanwendung des durch den Erblasser gewählten Rechts führen. Heutzutage ist jedoch dieses Risiko im Verhältnis zu den Staaten, die an die EU-Erbrechtsverordnung gebunden sind, praktisch nicht gegeben, da Art. 22 der Verordnung wie Art. 90 Abs. 2 IPRG die *professio juris* zugunsten des Heimatrechts des Erblassers anerkennt. Die Bedingungen und Wirkungen dieser Rechtswahl decken sich weitgehend mit denjenigen des IPRG, und das wird nach der Revision noch eindeutiger der Fall sein.

Hingegen wird ein Angehöriger eines Drittstaates darauf achten müssen, dass die Gerichtsstandswahl zugunsten dieses Staates auch tatsächlich zur Anwendung des vom ihm gewünschten Rechts führt. Dies ist selbstverständlich dann der Fall, wenn der Heimatstaat die Rechtswahl anerkennt (oder zumindest im Rahmen seiner eigenen Regelungen zum Renvoi berücksichtigt), aber auch dann, wenn das Erbrecht dieses Staates ohnehin nach seinen eigenen Anknüpfungsregeln Anwendung findet. Vorsicht ist jedenfalls bei einer Rechtswahl schon heute geboten, wenn die Möglichkeit besteht, dass ausländische Behörden sich mit dem Nachlass befassen.<sup>15</sup>

Um unangenehme Überraschungen zu vermeiden, ist es angebracht, jedweden Automatismus zu vermeiden: Im Gegensatz zu der in Art. 87 Abs. 2 IPRG verankerten Lösung sollte eine Gerichtsstandswahl nicht automatisch dazu führen, dass der Nachlass auch dem Heimatrecht des Erblassers unterstellt wird. Nach dem Revisionsentwurf wird bei einer Prorogation auch eine Rechtswahl zugunsten des ausländischen

15 ANDREA BONOMI & JULIE BERTHOLET, *La professio juris en droit international privé suisse et comparé*, in: Mélanges de l'Association des Notaires Vaudois, Zürich 2005, S. 374 ff.

dischen Heimatrechts vermutet, der Erblasser hat jedoch die Möglichkeit, einen Vorbehalt dagegen zu erklären (Art. 90 Abs. 2, zweiter Satz Vorentwurf).<sup>16</sup>

In Anlehnung an die geplante Ausdehnung von Art. 90 Abs. 2 IPRG soll die Prorogation – wie nunmehr die Rechtswahl – allen Personen offenstehen, «die über eine oder mehrere ausländische Staatsangehörigkeiten verfügen [...] ungeachtet einer allfälligen schweizerischen Staatsangehörigkeit».<sup>17</sup>

Was die Modalitäten der Prorogation betrifft, folgt der Vorentwurf der Regelung von Art. 87 Abs. 2 IPRG: So kann die Prorogation durch letztwillige Verfügung oder Erbvertrag erfolgen. Sie kann entweder den ganzen Nachlass oder nur einen Teil desselben betreffen; diese Möglichkeit kann sich nicht nur mit Bezug auf Common-Law-Staaten, sondern auch auf EU-Mitgliedstaaten als nützlich erweisen, wenn diese eine nur beschränkte Zuständigkeit aufgrund von Art. 10 Abs. 2 EuErbVO beanspruchen.<sup>18</sup>

Hinsichtlich dieses ersten Aspekts verdient die Revision zweifellos weitgehend Zustimmung. Die Möglichkeit einer einseitigen Zuständigkeitsbestimmung zugunsten der ausländischen Behörden erweitert den Entscheidungsspielraum des Erblassers und fördert die vorausschauende Nachlassplanung, indem gleichzeitig die etwas störende Unterscheidung zwischen einem Schweizer Staatsbürger und einem ausländischen Staatsbürger abgeschafft wird. Darüber hinaus ermöglicht sie, gewisse positive Kompetenzkonflikte mit den ausländischen Behörden zu verhindern, insbesondere mit denen der Staaten, welche durch die EU-Erbrechtsverordnung gebunden sind. Schliesslich trägt die Zuständigkeitsbestimmung kombiniert mit einer Rechtswahl (*professio juris*) dazu bei, den Gleichlauf zwischen Zuständigkeit und anwendbarem Recht sicherzustellen, was zweifelsfrei im Hinblick auf eine einfache und effiziente Rechtsanwendung wünschenswert ist. Angesichts der nur wenig verbreiteten Möglichkeit einer einseitigen Prorogation in der Rechtsvergleichung sollte dieses neue Instrument der Nachlassplanung jedoch nur bewusst, unter Abwägung der Vor- und Nachteile für jeden Einzelfall, genutzt werden.

16 Diese Regelung entspricht grundsätzlich derjenigen von Art. 91 Abs. 2 IPRG, welche im Vorentwurf an die neuen Rechtswahlmöglichkeiten nach Art. 90 Abs. 2 dahingehend angepasst wird, dass das schweizerische Recht im Falle einer Prorogation der Zuständigkeit der schweizerischen Behörden anzuwenden sein wird, es sei denn, der Erblasser habe seinen Nachlass dem ausländischen Wohnsitzrecht oder einem seiner Heimatrechte unterstellt (Art. 91 Abs. 2 Vorentwurf).

17 Dazu s. *infra*, II.A.2.

18 Siehe *supra*, Fn. 7. Es ist jedoch zu beachten, dass die Rechtswahl gemäss Art. 90 Abs. 2 IPRG sich nur auf den gesamten Nachlass beziehen kann (vgl. BUCHER, *supra* Fn. 10, Art. 90 Rz. 5; BONOMI & BERTHOLET, *supra* Fn. 15, S. 363 f.): es bleibt daher abzuklären, wie dies sich mit einer Teilprorogation vereinbaren lässt.

## B. Die Stärkung der Rechtswahl (*Professio juris*)

Die geplante Revision sieht bedeutende Änderungen in Bezug auf die Rechtswahl (*professio juris*) vor, wie sie in Art. 90 Abs. 2 IPRG vorgesehen ist. Gegenwärtig kann ein Ausländer mit Wohnsitz in der Schweiz seine Rechtsnachfolge einem seiner Heimatrechte unterstellen. Die Möglichkeit, den Nachlass einem ausländischen Recht zu unterstellen, ist jedoch Ausländern vorbehalten.<sup>19</sup> Ein Schweizer Staatsbürger mit Wohnsitz in der Schweiz kann von dieser Rechtswahlmöglichkeit keinen Gebrauch machen, und zwar auch dann nicht, wenn er im Besitz einer oder mehrerer ausländischer Staatsangehörigkeiten ist, da seine Beziehung zur schweizerischen Rechtsordnung als ausschlaggebend angesehen wird. Aus demselben Grund wird eine zuvor wirksam getroffene Rechtswahl (*professio juris*) unwirksam, wenn der Erblasser zum Zeitpunkt seines Todes ebenfalls die schweizerische Staatsangehörigkeit besitzt (Art. 90 Abs. 2, Satz 2 IPRG).<sup>20</sup> Die Rechtswahl wird auch dann unwirksam, wenn der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes nicht mehr im Besitz der Staatsangehörigkeit des Staates ist, dessen Recht er gewählt hat (Art. 90 Abs. 2, Satz 2 IPRG).<sup>21</sup>

Derartige Einschränkungen sind der EU-Erbrechtsverordnung fremd. Die Verordnung sieht eine sehr breite Rechtswahlmöglichkeit zugunsten des Heimatrechts vor (Art. 22 EuErbVO). Insbesondere kann ein Doppelbürger, der seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem seiner Heimatstaaten hat, das Recht des anderen Heimatstaates frei wählen, auch wenn er keine enge Bindung zu diesem Staat hat.<sup>22</sup> Ferner genügt es für die Wirksamkeit der Rechtswahl, wenn der Erblasser die Staatsangehörigkeit des Staates des gewählten Rechts entweder zum Zeitpunkt der Rechtswahl oder zum Zeitpunkt des Erbfalls besitzt (vgl. Art. 22 Abs. 1 EuErbVO); eine Rechtswahl bleibt daher auch trotz eines späteren Verlusts der Staatsangehörigkeit des gewählten Rechts wirksam.<sup>23</sup>

Aufgrund dieser Unterschiede kann es dazu kommen, dass eine Rechtswahl gemäss der EU-Erbrechtsverordnung wirksam ist, jedoch in der Schweiz als nichtig oder unwirksam erachtet wird.<sup>24</sup> Dies ist dann der Fall, wenn ein Schweizer Staatsbürger mit Wohnsitz in der Schweiz seinen Nachlass dem Recht eines europäischen Staates unterstellt, dessen Staatsangehörigkeit er ebenfalls besitzt. Gleiches gilt,

19 Das ergibt sich eindeutig aus Art. 90 Abs. 2 IPRG. Vgl. auch SCHNYDER & LIATOWITSCH, supra Fn. 9, Art. 90 Rz. 13; BUCHER, supra Fn. 10, Art. 90 Rz. 2. Freilich kann ein Schweizer Bürger mit Wohnsitz im Ausland seinen ganzen Nachlass oder einen Teil davon dem Schweizer Recht unterstellen (Art. 87 Abs. 2 IPRG).

20 ANTON HEINI, Art. 90 IPRG, in: D. Girsberger *et al.* (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., Zürich 2004, Rz. 8; SCHNYDER & LIATOWITSCH, supra Fn. 9, Art. 90 Rz. 21; BUCHER, supra Fn. 10, Art. 90 Rz. 2.

21 SCHNYDER & LIATOWITSCH, supra Fn. 9, Art. 90 Rz. 21; BUCHER, supra Fn. 10, Art. 90 Rz. 2.

22 BONOMI & WAUTELET, supra Fn. 4, Art. 22 Rz. 24 ff.

23 BONOMI & WAUTELET, supra Fn. 4, Art. 22 Rz. 27 ff.

24 BONOMI, supra Fn. 4, S. 412, 427; BONOMI & ÖZTÜRK, supra Fn. 6, S. 37 f.

wenn ein Angehöriger eines durch die EU-Erbrechtsverordnung gebundenen Staates die schweizerische Staatsangehörigkeit erwirbt, nachdem er eine Rechtswahl zugunsten seines Heimatrechts getroffen hat.

Die geplante Revision beabsichtigt die Angleichung des IPRG an die EU-Erbrechtsverordnung. Um dies zu erreichen, sollte die in Art. 90 Abs. 2 IPRG vorgesehene Rechtswahlmöglichkeit für alle Personen, die in der Schweiz wohnhaft sind, trotz einer eventuellen schweizerischen Staatsangehörigkeit anerkannt werden (Art. 90 Abs. 2 Vorentwurf).<sup>25</sup> Ferner sollte eine zuvor wirksam getroffene Rechtswahl (*professio juris*) wirksam bleiben, auch wenn der Erblasser zum Zeitpunkt seines Todes nicht mehr im Besitz der Staatsangehörigkeit des gewählten Rechts ist oder aber die schweizerische Staatsangehörigkeit erworben hat.<sup>26</sup> Diesen Änderungen sollte zugestimmt werden, da die Nachlassplanung auf europäischer Ebene vereinfacht wird und die betroffenen Personen keine unangenehmen Überraschungen zu fürchten haben.

In diesem Zusammenhang ist besonders zu begrüssen, dass die derzeit geltenden Regelungen durch Vorschriften abgelöst werden, die den Fortbestand der Rechtswahl trotz des nachträglichen Verlusts der Staatsangehörigkeit oder des nachträglichen Erwerbs der schweizerischen Staatsangehörigkeit garantieren. Es ist hervorzuheben, dass der hauptsächliche Vorteil einer Rechtswahl in Erbsachen darin besteht, die Vorhersehbarkeit und Stabilität des anwendbaren Rechts zu garantieren, und dies trotz einer nachträglichen Veränderung der Umstände. Daher bleibt die Rechtswahl auch trotz eines Wechsels des Wohnsitzes wirksam. Es ist zu bedauern, dass das IPRG in seiner aktuellen Fassung eine andere Lösung für die Fälle des Wechsels der Staatsangehörigkeit vorsieht.<sup>27</sup> Sicherlich kann dies zur Anwendung des Rechts eines Staates führen, zu dem der Erblasser zum Zeitpunkt des Todes nur eine schwache Beziehung hat. Allerdings besteht dieses Risiko in allen Fällen der Rechtswahl, da das Gesetz davon absieht, auf die effektive Staatsangehörigkeit abzustellen.<sup>28</sup>

Was die Erweiterung der Rechtswahlmöglichkeit auf Schweizer Staatsbürger, die eine oder mehrere andere Staatsangehörigkeiten besitzen, anbelangt, wird sie möglicherweise Bedenken hervorrufen. Dies umso mehr, wenn man diese Ausdehnung im Lichte der Entscheidung *Hirsch v. Cohen* betrachtet.<sup>29</sup> Nach dieser wohlvertrauten Rechtsprechung kann sich ein Ausländer mit Wohnsitz in der Schweiz durch eine

25 Gemäss der vorgeschlagenen Fassung von Art. 90 Abs. 2 IPRG können «Personen, die über eine oder mehrere ausländische Staatsangehörigkeiten verfügen [...] ungeachtet einer schweizerischen Staatsangehörigkeit durch letztwillige Verfügung oder Erbvertrag den Nachlass einem der betreffenden Heimatrechte unterstellen».

26 Nach dem neuen Art. 90 Abs. 3 IPRG, «[fällt] diese Unterstellung nicht dahin, wenn der Erblasser im Zeitpunkt des Todes dem jeweiligen Staat nicht mehr angehört hat».

27 Mit Bezug auf Art. 22 EuErbVO, s. BONOMI & WAUTELET, supra Fn. 4, Art. 22 Rz. 28 f.

28 Art. 23 Abs. 2 IPRG hier unanwendbar: BUCHER, supra Fn. 10, Art. 23 Rz. 7.

29 BGE 102 II 136, 140 f.

Rechtswahl der Anwendung des schweizerischen Pflichtteilsrechts ohne Weiteres entziehen. Wie sich aus der Entscheidung des Bundesgerichts ergibt, ist diese Möglichkeit unabhängig von der Intensität der Beziehungen, die der Erblasser zu seinem Heimatstaat pflegt, gegeben. Nach der Revision wird diese Möglichkeit zukünftig auch Schweizer Staatsbürgern mit Wohnsitz in der Schweiz offenstehen, auch wenn sie im Besitz einer weiteren Staatsangehörigkeit sind.

Bei genauer Betrachtung gibt es jedoch keinen Grund dafür, die Auswirkungen dieser Neuerung besonders zu fürchten. Zum einen bleibt die Rechtswahl auf das Heimatrecht des Erblassers beschränkt, was das Risiko allfälliger Pflichtteilsumgehungen erheblich mindert. In der Tat stammt ein Grossteil der Doppelbürger mit Wohnsitz in der Schweiz aus Staaten, die ein Pflichtteilsrecht kennen, auch wenn Unterschiede bezüglich der Berechtigten, des Wesens und der Modalitäten bestehen.<sup>30</sup> Sogar Länder, die ein eigentliches Pflichtteilsrecht nicht kennen, sehen oft andere Mechanismen vor, um die nahen Angehörigen des Erblassers zu schützen: Beispiele sind die *family provision* des englischen Rechts,<sup>31</sup> die *elective share* der meisten US-amerikanischen Staaten<sup>32</sup> oder die *post mortem*-Unterhaltsansprüche, die im französischen Recht<sup>33</sup> und im Recht von Québec<sup>34</sup> vorgesehen sind. Andererseits verliert das Pflichtteilsrecht auch in der Schweiz an Bedeutung, was durch die jüngsten Reformvorhaben zum Erbrecht bestätigt wird.<sup>35</sup> Bereits heute können Schweizer mit Wohnsitz in der Schweiz, auch ohne im Besitz einer ausländischen Staatsangehörigkeit zu sein, die Regeln zum Pflichtteilsrecht durch Mechanismen umgehen, die es ihnen ermöglichen, Vermögen auch ausserhalb der Rechtsnachfolge zu übertragen; andere Optionen sind Investitionen in Immobilien in Common-Law-Staaten oder, auf drastischere Weise, der Wechsel des Wohnsitzes in einen Staat, der den Familienangehörigen weniger Schutz bietet.

Auch wenn man der Ansicht ist, dass eine Rechtswahl kombiniert mit der Entscheidung *Hirsch v. Cohen* zu fragwürdigen (oder gar schockierenden) Ergeb-

30 Ein Pflichtteilschutz für den Ehegatten und die Kinder besteht in Deutschland, Italien, Österreich, Portugal, Griechenland, Belgien, den Niederlanden, der Türkei und in den Staaten des ehemaligen Jugoslawiens. Das gilt auch für Spanien, wenigstens im *Código civil* und in den meisten Regionalrechten (*derechos forales*). Frankreich schützt die Kinder, jedoch den Ehegatten nur beim Fehlen von Abkömmlingen. Infolge der Revision würde sich daher die Gefahr einer Pflichtteilsverletzung hauptsächlich für Schweizer Doppelbürger erhöhen, die auch die Staatsbürgerschaft gewisser Common-Law-Staaten besitzen.

31 Vgl. BONOMI & WAUTELET, supra Fn. 4, Art. 23 Rz. 90 f.

32 BONOMI & WAUTELET, supra Fn. 4, Art. 23 Rz. 94.

33 Art. 767 Code civil (zugunsten des überlebenden Ehegatten, wenn er mit Abkömmlingen konkurriert und daher nicht zu den Pflichtteilsberechtigten zählt).

34 Art. 684 f. Code civil.

35 Der in die Vernehmlassung geschickte Vorentwurf vom März 2016 sieht bekanntlich eine deutliche Verkleinerung der Pflichtteilrechte vor. Diese Stossrichtung wird nach der Vernehmlassung grundsätzlich beibehalten, wie der Bundesrat in der Pressemitteilung vom 10.5.2017 bestätigt hat: <[https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/news/2017/ref\\_2017-05-10.html](https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/news/2017/ref_2017-05-10.html)>.



nissen führen kann,<sup>36</sup> ändert sich nichts Grundlegendes durch ihre Ausdehnung auf Schweizer Doppelbürger. In einer Vielzahl von Fällen weist die Rechtsnachfolge eines Ausländers mit Wohnsitz in der Schweiz bereits jetzt einen sehr engen Bezug zur Schweiz auf. So befindet sich der Wohnsitz des Erblassers oftmals seit Jahren in der Schweiz (wie etwa im Falle des Herrn Cohen) oder sogar seit seiner Geburt (wie z.B. im Falle von Ausländern der zweiten oder dritten Generation). Zudem sind die nahen Verwandten häufig in der Schweiz wohnhaft, oder sie besitzen gar die schweizerische Staatsangehörigkeit (so etwa im Falle von Frau Hirsch, Tochter von Herrn Cohen). Auch befindet sich häufig das Nachlassvermögen, welches oftmals aus einer in der Schweiz ausgeübten Erwerbstätigkeit stammt, grösstenteils in der Schweiz. In solchen Situationen mag die Umgehung des Pflichtteilsrechts, unabhängig von der Schweizer Staatsbürgerschaft des Erblassers, kritikwürdig erscheinen. Mit anderen Worten: Wenn man nicht einverstanden mit der Entscheidung *Hirsch v. Cohen* ist, dann sollte man diese von der Rechtsprechung entwickelte Regel ändern (oder abfeuern); den Anwendungsbereich dieser Regel auf Ausländer mit Wohnsitz in der Schweiz zu beschränken, ist jedoch keine Lösung.

Die vorgeschlagene Änderung bringt andererseits klare Vorteile mit sich. Sie korrigiert eine Ungleichbehandlung zwischen Ausländern mit oder ohne Schweizer Staatsbürgerschaft (und deren Erben), die einer überzeugenden Rechtfertigung entbehrt und die einer Art «umgekehrten Diskriminierung» ähnelt.<sup>37</sup> Wenn man dem Grundsatz nach akzeptiert, dass eine Person ihren Nachlass einem ihrer Heimatrechte sollte unterstellen können, dann ist es nicht einleuchtend, wieso ein solches Recht Doppelbürgern, die die schweizerische Staatsangehörigkeit besitzen, verwehrt werden sollte. Insofern ist es nicht überraschend, dass eine solche Beschränkung dem europäischen Recht, welches besonders empfindlich in Bezug auf die Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit reagiert, unbekannt ist.

Darüber hinaus sind die Vorteile, die durch eine *professio juris* hinsichtlich der Vorhersehbarkeit und Stabilität garantiert werden, gleichermassen wertvoll, wenn es sich um einen Schweizer Doppelbürger handelt. Es ist in der Tat nicht auszuschliessen, dass trotz eines Wohnsitzes in der Schweiz und einer Schweizer Staatsbürgerschaft die ausländischen Behörden sich mit dem Nachlass befassen und dies konkurrierend zur Zuständigkeit der Schweizer Behörden. Ein solcher Fall liegt beispielweise dann vor, wenn aus Sicht eines durch die EU-Erbrechtsverordnung gebundenen Staates der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt in diesem Staat hatte (und nicht in

36 Siehe die kritischen Bemerkungen von BUCHER, supra Fn. 10, Art. 90 Rz. 7.

37 Implizit so auch BUCHER, supra Fn. 10, Art. 90 Rz. 7, obwohl er aus der «krassen Ungleichbehandlung» («inégalité frappante») der Erben von schweizerischen und ausländischen Erblassern eher Argumente gegen die *professio juris* zieht. Ganz umgekehrt rechtfertigt die Botschaft zum IPRG (Rz. 263.3) die Behandlung von Schweizer Doppelbürgern mit letztem Wohnsitz in der Schweiz als «Nurschweizer» «aus Gründen der Rechtsgleichheit». Zu dieser Begründung hatte sich schon HEINI kritisch geäussert: HEINI, supra Fn. 20, Art. 90 Rz. 8.

der Schweiz): In einer solchen Situation kann eine faktische Nachlassspaltung nur durch eine Rechtswahl, welche sowohl in der Schweiz als auch in der Europäischen Union anerkannt wird, verhindert werden.

### C. Die Neugestaltung der Verfügungen von Todes wegen

Das Reformvorhaben bezweckt eine grundlegende Überarbeitung der Artikel 94 und 95 IPRG mit dem erklärten Ziel, die Vorschriften betreffend Verfügungen von Todes wegen so weit wie möglich an das System der EU-Erbrechtsverordnung (Artikel 24–26) anzugleichen.

Gegenwärtig enthält das IPRG lediglich zwei spezielle Bestimmungen, die auf sämtliche Verfügungen von Todes anwendbar sind: Es handelt sich um Artikel 93 und 94 IPRG, welche die formelle Wirksamkeit und die Testierfähigkeit betreffen. Art. 95 IPRG enthält spezielle Regelungen, die ausschliesslich auf Erbverträge und gegenseitige Verfügungen Anwendung finden. Darüber hinaus sind Testamente (und insbesondere ihre materielle Wirksamkeit sowie ihre Wirkungen) dem Erbstatut, welches gemäss den allgemeinen Regeln der Artikel 90 und 91 bestimmt wird, unterstellt.<sup>38</sup>

Die geplante Revision berührt die Substanz von Art. 93 IPRG nicht, der die formelle Wirksamkeit sämtlicher Verfügungen von Todes wegen – Testamente und Erbverträge – regelt und diesbezüglich auf das Haager Testamentsformübereinkommen von 1961 verweist. Diese Lösung ist zufriedenstellend und entspricht im Wesentlichen derjenigen in Art. 27 EuErbVO.<sup>39</sup> Hingegen soll Art. 94 IPRG, der die Testierfähigkeit betrifft, durch eine neue Regelung ersetzt werden, die vollumfänglich den «Verfügungen von Todes wegen» gewidmet ist. In Art. 95 IPRG, der nach wie vor Erbverträge betrifft, sollen nur punktuelle Änderungen vorgenommen werden. Die neue Regelung ist weitgehend nach dem Vorbild der Artikel 24 und 25 der EU-Erbrechtsverordnung gestaltet.

Die erste wesentliche Neuerung betrifft grundsätzlich nur Testamente. Entsprechend der Regelung, die schon heute für Erbverträge gilt (Art. 95 Abs. 1 IPRG), sollen Testamente dem «Errichtungsstatut» unterstellt werden, d.h., dem Recht des Wohnsitzes zum Zeitpunkt der Testamenterrichtung, und nicht dem Recht des Wohnsitzes zum Zeitpunkt des Erbfalls (Art. 94 Abs. 1 Vorentwurf). Die wohlvertrauten Vorteile dieser Lösung bestehen im sogenannten *favor validitatis*: Unter Ausschluss der potenziell zerstörenden Wirkungen eines *conflict mobile* wird ein Testament, das dem Recht des Staates entspricht, in dem der Erblasser zum Zeitpunkt der Errich-

38 Vgl. auch HEINI, *supra* Fn. 20, Art. 92 Rz. 9; SCHNYDER & LIATOWITSCH, *supra* Fn. 9, Art. 92 Rz. 5.

39 Rein formell soll aber nun Art. 93 durch zwei getrennten Vorschriften, eine für Testamente (Art. 94 Abs. 4 IPRG) und die andere für Erbverträge (Art. 94 Abs. 4 IPRG), ersetzt werden. Dies scheint nicht notwendig und möglicherweise sogar verwirrend.



tung dieser Verfügung seinen Wohnsitz hatte, demselben Recht unterstellt und bleibt trotz eines späteren Wechsels des Wohnsitzes grundsätzlich auch wirksam.<sup>40</sup> Die Erweiterung dieser Lösung auf alle Verfügungen von Todes wegen verstärkt die Einheitlichkeit des Systems und trägt zur Angleichung des schweizerischen internationalen Privatrechts an die EU-Erbrechtsverordnung (Art. 24 Abs. 1 EuErbVO) bei.<sup>41</sup>

Das Errichtungsstatut soll ausschliesslich Fragen im Hinblick auf die materielle Wirksamkeit und die Wirkungen von Verfügungen regeln, wie die bereits heute geltende Regelung für Erbverträge in Art. 95 Abs. 1 IPRG. Es handelt sich hierbei um die Zulässigkeit einer Verfügung und um die anderen Fragen, die in Art. 26 EuErbVO aufgelistet sind (Testierfähigkeit, Wirksamkeit einer Willenserklärung, Stellvertretung, vereinzelt Verbot von gewissen Verfügungen).<sup>42</sup> In Anlehnung an die Erbrechtsverordnung könnte der Revisionsvorentwurf dies klarer zum Ausdruck bringen. Der vorgeschlagene Text beschränkt sich darauf, mit einer negativen Formulierung darauf hinzuweisen, dass die neue Regelung nicht auf die Verfügungsfreiheit anwendbar ist (Art. 94 Abs. 1, letzter Halbsatz Vorentwurf). Der Pflichtteil sowie auch andere Aspekte der Rechtsnachfolge sind weiterhin dem Erbstatut unterstellt. Bei Vorliegen einer Rechtswahl findet freilich das vom Erblasser gewählte Recht anstelle des Rechts des letzten Wohnsitzes Anwendung (Art. 94 Abs. 2 Vorentwurf). Diese Lösungen entsprechen denjenigen, die bereits jetzt für Erbverträge in Art. 95 Abs. 1 und 2 IPRG vorgesehen sind. Diese Bestimmungen bleiben daher auch weitgehend unverändert.

Die zweite Neuerung betrifft zwei- und mehrseitige Erbverträge. Diesbezüglich werden nützliche Klarstellungen in Art. 95 Abs. 3 IPRG eingeführt. Diese Bestimmung sieht derzeit für «gegenseitige Verfügungen» – vorbehaltlich einer Rechtswahl – die kumulative Anknüpfung an das Wohnsitzrecht jedes Verfügenden zum Zeitpunkt der Verfügungen vor. Die geplante Revision hält an dieser Lösung fest (Art. 95 Abs. 3 Vorentwurf), welche ebenfalls in Art. 25 Abs. 2 EuErbVO zu finden ist.<sup>43</sup> Nach der geplanten Revision sollte jedoch der unklare Begriff «gegenseitige Verfügungen» durch denjenigen von «Erbverträgen mit zwei oder mehreren Verfügenden» ersetzt werden. Ferner sollte – entsprechend der Regelung in Art. 3 Abs. 1 lit. b) EuErbVO<sup>44</sup> – präzisiert werden, dass der Begriff Erbvertrag auch «zwei oder mehrere letztwillige Verfügungen, denen eine verbindliche gegenseitige Vereinba-

40 Schon vor der EuErbVO war diese Lösung in verschiedenen nationalen IPR-Systemen vorgesehen: BONOMI & WAUTELET, supra Fn 4, Art. 24 Rz. 18.

41 Über die Anwendung des Errichtungsstatuts («loi successorale hypothétique») im Rahmen von Art. 24 Abs. 1 EuErbVO, vgl. BONOMI & WAUTELET, supra Fn. 4, Art. 24 Rz. 17 ff.

42 Der Vorentwurf lässt jedoch die auch im Rahmen der Erbrechtsverordnung diskutierte Frage offen, ob das Errichtungsstatut nur auf die Zulässigkeit und Wirksamkeit der Verfügungen oder auch auf deren Wirkungen Anwendung finden soll: vgl. BONOMI & WAUTELET, supra Fn. 4, Art. 25 Rz. 15 f.

43 Vgl. BONOMI & WAUTELET, supra Fn. 4, Art. 25 Rz. 24 ff.

44 Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b) EuErbVO sind auch Vereinbarungen «aufgrund gegenseitiger Testamente» als Erbverträge zu betrachten. Dazu vgl. BONOMI & WAUTELET, supra Fn. 4, Art. 3 Rz. 12 ff., Art. 25 Rz. 7 f.; JOHANNES BAUER, in: Dutta & Weber, supra Fn. 13, Artikel 25 EuErbVO Rz. 3.

«... der Verfügenden zugrunde liegt», umfasst. Dementsprechend sollte die kumulative Anknüpfung auch für die materielle Wirksamkeit von Verfügungen gelten, die in gemeinschaftlichen oder gegenseitigen Testamenten (die angelsächsischen *mutual wills*) enthalten sind, sofern diese auf dem übereinstimmenden Willen der Verfügenden beruhen, gegenseitig gebunden zu sein.

Die dritte Neuerung betrifft ebenso Testamente wie auch Erbverträge. Entsprechend dem Modell der EU-Erbrechtsverordnung (Art. 24 Abs. 2 und 25 Abs. 3)<sup>45</sup> räumt die geplante Revision dem Erblasser das Recht ein, eine Verfügung von Todes wegen (und nicht nur die gesamte Rechtsnachfolge) seinem Heimatrecht zu unterstellen (Art. 94 Abs. 3 und Art. 95 Abs. 3<sup>bis</sup> Vorentwurf).<sup>46</sup> Im Gegensatz zur *professio juris* in Art. 90 Abs. 2 IPRG, welche den Nachlass als solchen betrifft, bestimmt diese neue «Teilrechtswahl» ausschliesslich das auf die materielle Wirksamkeit und auf die Wirkungen einer Verfügung anwendbare Recht. Währenddessen werden andere Aspekte der Rechtsnachfolge (hauptsächlich der Pflichtteil) weiterhin dem Recht des letzten Wohnsitzes unterstellt. Diese zusätzliche Rechtswahlmöglichkeit – deren Nutzen für Testamente diskutiert werden kann<sup>47</sup> – kann sich für Erbverträge in Anbetracht ihrer begrenzten Verbreitung im Ausland als besonders wertvoll erweisen. Dies umso mehr, als dass im Falle von bilateralen oder mehrseitigen Erbverträgen – in Anlehnung auch hier an Art. 25 Abs. 3 EuErbVO – die Möglichkeit vorgesehen ist, diese *einem der Heimatrechte* der Verfügenden (Art. 95 Abs. 3<sup>bis</sup> Vorentwurf) – und nicht wie bisher nur deren *gemeinsamen* Heimatrecht (Art. 95 Abs. 3 IPRG) – zu unterstellen.

Nehmen wir an, dass eine Schweizer Bürgerin sich mit ihrem Ehemann in Portugal niederlässt. Die Schweizerin könnte ihren Nachlass dem schweizerischen Recht unterstellen, jedoch nicht ihr Ehemann, da er die schweizerische Staatsangehörigkeit nicht besitzt. Gegenwärtig können diese Ehepartner keinen Erbvertrag schliessen, weil das portugiesische Recht Erbverträge verbietet und eine Wahl des schweizerischen Rechts bei Fehlen einer gemeinsamen Staatsangehörigkeit unmöglich ist (Art. 95 Abs. 3 IPRG). Mit der Revision würden die Ehegatten das schweizerische Recht *für den Erbvertrag* wählen können, und diese Rechtswahl würde sowohl in der Schweiz als auch in Portugal anerkannt werden, obwohl auf die anderen Aspekte der Rechtsnachfolge portugiesisches Recht als Recht des gewöhnlichen Aufenthalts Anwendung finden würde.

45 Vgl. BONOMI & WAUTELET, supra Fn. 4, Art. 24 Rz. 36 ff., Art. 25 Rz. 33 ff.; BAUER, supra Fn. 44, Artikel 25 EuErbVO Rz. 21.

46 Nach der besseren Auslegung erlaubt Art. 95 Abs. 2 IPRG in seiner geltenden Fassung nur eine Wahl des auf den gesamten Nachlass anwendbaren Rechts, und nicht eine Teilrechtswahl betreffend nur die Gültigkeit und Wirkungen des Erbvertrages: vgl. SCHNYDER & LIATOWITSCH, supra Fn. 9, Art. 95 Rz. 2.

47 Mit Bezug auf Art. 24 Abs. 2 EuErbVO, vgl. BONOMI & WAUTELET, supra Fn. 4, Art. 24 Rz. 44 ff.

### III. Weitere Revisionsvorhaben

#### A. Klarstellungen betreffend die subsidiären Zuständigkeiten

Die geplante Revision führt auch zu einigen Präzisierungen in Bezug auf die Funktionsweise der Artikel 87 Abs. 1 und 88 Abs. 1 IPRG. Im Falle eines Erblassers mit letztem Wohnsitz im Ausland begründen diese Rechtsvorschriften eine subsidiäre Kompetenz Schweizer Behörden, soweit die ausländische Behörde sich mit dem Nachlass nicht befasst.<sup>48</sup> Jedoch stellen diese zwei Vorschriften nicht klar, welche ausländischen Behörden damit gemeint sind: Sind es lediglich diejenigen des Wohnsitzstaates, oder ebenfalls diejenigen anderer Staaten, die zuständig sein könnten, um über den Nachlass (oder einen Teil davon) zu entscheiden?

Der zuerst genannte Lösungsansatz wird von den meisten Kommentatoren für Art. 87 IPRG vertreten: Im Hinblick auf einen Schweizer Erblasser mit Wohnsitz im Ausland soll die Zuständigkeit der Schweizer Behörden einzig und allein von der Untätigkeit der Behörden des Staates des letzten Wohnsitzes abhängen.<sup>49</sup> Hingegen gilt unstrittig für Art. 88 IPRG eine andere Lösung: Im Falle eines ausländischen Erblassers mit Wohnsitz im Ausland werden die Schweizer Behörden nur dann tätig, wenn keine andere ausländische Behörde, deren Entscheidung gemäss Art. 96 IPRG in der Schweiz anerkennungsfähig ist, sich mit dem Nachlass befasst.<sup>50</sup>

Der Entwurf sieht vor, diese im Gesetzestext nicht klar verankerte<sup>51</sup> und jedenfalls verwirrende Unterscheidung aufzugeben. Folglich wird die Zuständigkeit der Schweizer Behörden in beiden genannten Fallkonstellationen prinzipiell nur von der Untätigkeit der Behörden des Staates des letzten Wohnsitzes abhängen (Art. 87 Abs. 1 und Art. 88 Abs. 1 Vorentwurf). Dieser Ansatz hat den Vorteil, die Aufgaben

48 Art. 87 Abs. 1 IPRG ist für den Nachlass eines Schweizer Bürgers mit letztem Wohnsitz im Ausland, Art. 88 Abs. 1 IPRG für denjenigen eines im Ausland wohnhaften Ausländers massgeblich.

49 BUCHER, supra Fn. 10, Art. 87 Rz. 4; DUTOIT, supra Fn. 11, Art. 87 Rz. 2; SCHNYDER & LIATOWITSCH, supra Fn. 9, Art. 87 Rz. 7 (die einzige Ausnahme besteht für Immobilien, die sich in einem Staat mit ausschliesslicher Zuständigkeit befinden). *Contra*: PAUL VOLKEN, «Das internationale Erbrecht im neuen schweizerischen IPR-Gesetz», BN (1990), S. 3 f. (nach dessen Meinung alle Behörden infrage kommen, deren Entscheidungen in der Schweiz gemäss Art. 96 anerkennungsfähig sind).

50 So schon die Botschaft zum IPRG, Nr. 262.3, *in fine*; HEINI, supra Fn. 20, Art. 88 Rz. 2; BUCHER, supra Fn. 10, Art. 88 Rz. 3; SCHNYDER & LIATOWITSCH, supra Fn. 9, Art. 88 Rz. 3; Obergericht Zürich, BIZR (1990) N 4, 7.

51 Eine Unterscheidung besteht zwar in der deutschen und italienischen Fassung dieser Vorschriften (Art. 87 Abs. 1 IPRG bezieht sich auf «die ausländische Behörde»/«l'autorità estera»), Art. 88 Abs. 1 indessen auf «die ausländischen Behörden»/«le autorità estere»), nicht jedoch in der französischen Fassung («les autorités étrangères» dans les deux cas).

der mit der Rechtssache befassten Behörde und der Parteien insbesondere im Fall von Art. 88 IPRG erheblich zu erleichtern.<sup>52</sup>

Wenn allerdings die konkrete Gefahr eines positiven Kompetenzkonflikts droht, könnte die Schweizer Behörde ihr Einschreiten von der zusätzlichen Bedingung abhängig machen, dass die Behörden des Heimatstaates, des Staates des letzten gewöhnlichen Aufenthalts des Erblassers und, im Falle des Art. 87 Abs. 1 IPRG, diejenigen am Ort der Belegenheit des Nachlassvermögens ebenfalls untätig bleiben (Art. 87 Abs. 1, zweiter Satz, und Art. 88 Abs. 1, zweiter Satz, Vorentwurf). Es handelt sich hierbei um eine Ermessensentscheidung, deren Ausübung von den Umständen des Einzelfalls abhängt, mit dem Ziel, einem positiven Kompetenzkonflikt vorzubeugen.<sup>53</sup>

Dieser flexiblen Lösung ist sicherlich beizupflichten. Im Verhältnis zu den EU-Mitgliedsstaaten, die durch die Erbrechtsverordnung gebunden sind, erweist sich diese Flexibilität in verschiedenen Fallkonstellationen als wertvoll. Wenn der Erblasser seinen letzten Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt in einem Mitgliedstaat hatte, wird die Inaktivität der Wohnsitzbehörde normalerweise genügen, um die subsidiäre Zuständigkeit auszulösen.<sup>54</sup> Es ist jedoch auch denkbar, dass ein Schweizer Erblasser, dessen letzter Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt sich in einem Drittstaat befand, Nachlassvermögen in einem EU-Mitgliedstaat hinterlassen hat; die Behörde dieses Staates ist dann aufgrund von Art. 10 EuErbVO (allgemein oder beschränkt) zuständig<sup>55</sup> und wird diese Zuständigkeit wohl auch ausüben wollen. Nach der vorgeschlagenen Regelung könnte dann die Schweizer Behörde auf die Ausübung ihrer subsidiären Zuständigkeit nach Art. 87 Abs. 1 IPRG zur Vermeidung von Kompetenzkonflikten verzichten.

## B. Neuregelung zur Rückverweisung

Die geplante Revision setzt sich auch zum Ziel, die Funktionsweise des Artikel 91 Abs. 1 IPRG klarzustellen. Diese sehr umstrittene Vorschrift sieht vor, dass der Nachlass einer Person mit letztem Wohnsitz im Ausland dem Recht untersteht, auf welches die IPR-Regeln des Wohnsitzstaates verweisen.

Es sei darauf hingewiesen, dass, obwohl diese Vorschrift als Grundsatzregel formuliert ist, ihr Anwendungsbereich in Wirklichkeit sehr beschränkt ist. Denn wenn

52 Die Inaktivität der ausländischen Behörde ist im Prinzip von Amts wegen festzustellen, «ist der zuständigkeitssuchenden Partei aber zuzumuten, zumindest die entsprechende Antragsstellung nachzuweisen» (vgl. SCHNYDER & LIATOWITSCH, supra Fn. 9, Art. 87 Rz. 19).

53 Die Rücksichtnahme auf die Behörden dieser anderen Staaten sollte jedenfalls unter der Bedingung erfolgen, dass ihre Entscheidungen in der Schweiz gemäss Art. 96 IPRG anerkannt werden können, wie es schon heute der Fall ist (s. supra, Fn. 50) – obwohl dies im Gesetz nicht ausdrücklich verankert ist.

54 BONOMI, supra Fn. 4, S. 423.

55 Siehe supra, Fn. 7.

der Wohnsitz des Erblassers sich im Ausland befindet, sind die Schweizer Behörden grundsätzlich nicht zuständig. Und auch wenn sich eine Zuständigkeit der Schweizer Behörden aus Art. 87 IPRG ergeben sollte, dann kommt Art. 91 Abs. 1 IPRG nicht zum Tragen, weil gemäss Art. 91 Abs. 2 IPRG schweizerisches Recht anzuwenden ist.<sup>56</sup>

Insofern findet Art. 91 Abs. 1 IPRG vor Schweizer Behörden nur in vereinzelt Fällen Anwendung, und zwar erstens dann, wenn dieser Behörde eine subsidiäre Zuständigkeit für den Nachlass eines Ausländers mit letztem Wohnsitz im Ausland gemäss Art. 88 Abs. 1 IPRG zukommt,<sup>57</sup> und zweitens, wenn die Erben eines Erblassers mit Wohnsitz im Ausland eine Gerichtsstandsvereinbarung auf Grundlage des Art. 5 IPRG geschlossen haben.<sup>58</sup> Abgesehen von den soeben genannten Fällen, ist Art. 91 Abs. 1 IPRG mitunter für ausländische Behörden (insbesondere diejenigen des Wohnsitzstaates) von Relevanz, wenn sie nach ihren IPR-Regeln schweizerisches Recht unter Berücksichtigung eines allfälligen Renvoi anzuwenden haben.<sup>59</sup>

Der Mechanismus des Art. 91 Abs. 1 IPRG bereitet dann keine speziellen Schwierigkeiten, wenn das Kollisionsrecht des ausländischen Wohnsitzstaates, die Verweisung des schweizerischen Rechts annimmt (z.B. weil es dasselbe Anknüpfungsmerkmal wie das IPRG verwendet) und insofern den Nachlass seinem innerstaatlichen Recht unterwirft.<sup>60</sup> Unkompliziert sind auch die Fälle, in denen das IPR des Staates des letzten Wohnsitzes auf das schweizerische Recht zurückverweist (oder auf das Recht eines dritten Staates weiterverweist), jedoch den Renvoi seinerseits nicht

56 BUCHER, supra Fn. 10, Art. 91 Rz. 2; SCHNYDER & LIATOWITSCH, supra Fn. 9, Art. 90 Rz. 2.

57 HANS KUHN, *Der Renvoi im internationalen Erbrecht der Schweiz*, Zürich 1998, S. 84; SCHNYDER & LIATOWITSCH, supra Fn. 9, Art. 88 Rz 7. Es ist zu bemerken, dass Art. 91 Abs. 2 IPRG auch bei einem schweizerischen Doppelbürger eingreift: KUHN, S. 85.

58 Die Zulässigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung im Erbrecht nach Art. 5 IPRG ist weitgehend anerkannt: statt vieler, BUCHER, supra Fn. 10, Art. 86 Rz. 3.

59 KUHN, supra Fn. 57, S. 85 f.; STEPHAN LORENZ, «Disharmonie im deutsch-schweizerischen internationalen Erbrecht», *DNotZ* (1993), S. 148 ff.; ANDREA BONOMI & AZADI ÖZTÜRK, supra Fn 6, S. 28 f.

60 DUTOIT, supra Fn. 11, Art. 91 Rz. 3. Wie etwa im Falle des beweglichen Nachlasses eines (nicht-Schweizer) Erblassers mit Wohnsitz in England: hier gibt es keinen Renvoi, denn das englische IPR betreffend den beweglichen Nachlass beruht auch auf dem Domizilprinzip: vgl. BUCHER, supra Fn. 10, Art. 91 Rz. 1 (mit Bezug auf das damalige französische IPR vor Inkrafttreten der EU-Erbrechtsverordnung). Falls die schweizerischen Behörden für das in der Schweiz befindliche Vermögen gemäss Art. 88 Abs. 1 IPRG zuständig sind, werden sie das englische Sachrecht anwenden müssen.

beachtet («Sachnormverweisung»),<sup>61</sup> oder aber auf das IPR eines dritten Staates weiterverweist («IPR-Verweisung»), der diese Verweisung ebenfalls annimmt.<sup>62</sup>

Als kompliziert erweist sich die Situation hingegen dann, wenn das Recht des Staates des letzten Wohnsitzes auf das schweizerische Recht zurückverweist, jedoch ebenfalls den Renvoi beachtet («Rückverweisung» auf das schweizerische IPR): Sollte dann die Verweisung auf das schweizerische Recht angenommen werden und folglich das innerstaatliche Sachrecht angewendet werden, oder sollte man eher im Bemühen um Einheitlichkeit der Lösung den Behörden des Wohnsitzstaates folgen (*foreign court theory*) – was höchstwahrscheinlich zur Anwendung des Sachrechts dieses Staates führen würde?<sup>63</sup> Die Meinungen der wichtigsten Kommentatoren des IPRG gehen zu dieser Frage auseinander.<sup>64</sup>

61 Umfasst der Nachlass eines Chinesen mit letztem Wohnsitz in China Immobilien in der Schweiz, für welche die schweizerischen Behörden gemäss Art. 88 Abs. 1 IPRG zuständig sind, verweist das chinesische IPR (Art. 31 des IPR-Gesetzes vom 28. Oktober 2010) auf das schweizerische Recht als *lex situs* zurück. Da es sich um eine Sachnormverweisung handelt (das chinesische IPR lehnt den Renvoi ab: Art. 9 des IPRG-Gesetzes), ist die Rückverweisung anzunehmen und Schweizer Recht anzuwenden. Der Lösungsansatz wäre im Prinzip ähnlich, wenn die Immobilien in einem Drittstaat gelegen wären (dann würde sich jedoch keine Schweizer Zuständigkeit aus Art. 88 Abs. 1 ergeben). Für die betreffenden Vorschriften des chinesischen IPR-Gesetzes, s. Yearbook of Private International Law (2010), S. 669 ff.

62 DUTOIT, supra Fn. 11, Art. 91 Rz. 3. Im Falle eines marokkanischen Erblassers mit Wohnsitz in Tunesien verweist das tunesische Recht als Recht des letzten Wohnsitzes auf sein nationales marokkanisches Recht, welches seinerseits Geltung beansprucht. Falls zuständig müssen die schweizerischen Behörden das marokkanische Sachrecht anwenden.

63 Das ist freilich die vieldiskutierte Frage des «doppelten Renvoi», dazu BUCHER, supra Fn. 10, Art. 14 Rz. 25 ff.; ANGELO DAVI, *Le renvoi en droit international privé contemporain*, in: *Recueil des cours*, Bd. 352, S. 170 ff.

64 Für die *foreign court theory* (mit Anwendung, im Ergebnis, des Sachrechts des ausländischen Wohnsitzstaates) spricht sich eine Mehrheit der Schweizer Kommentatoren aus: BUCHER, supra Fn. 10, Art. 14 Rz. 30; KUHN, supra Fn. 57, S. 87 (obwohl mit einer Ausnahme für Erbfälle, die ihren Schwerpunkt in einem Drittstaat haben); KURT STEHR, *Das Internationale Privatrecht der Schweiz*, Zürich 2002, S. 165; CATHERINE WESTENBERG, *Staatsangehörigkeit im schweizerischen IPRG*, Diss. Basel, 1992, S. 154. DUTOIT, supra Fn. 11, Art. 91 Rz. 4, wendet jedoch die *foreign court theory* im umgekehrten Sinn an (die ausländische Behörde soll der schweizerischen Behörde folgen) und gelangt somit zur Anwendung des schweizerischen Sachrechts. Nach anderer Meinung ist die ausländische Rückverweisung immer als Sachnormverweisung zu behandeln (mit der Folge, dass Schweizer Sachrecht im Ergebnis anzuwenden ist): SCHNYDER & LIATOWITSCH, supra Fn. 9, Art. 91 Rz. 6. Diese Lösung entspricht grundsätzlich derjenigen des deutschen IPR, wonach die ausländische Rückverweisung auf das deutsche Recht «unterbrochen wird»: Art. 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB. Eine Mittelposition vertritt HEINI: die IPR-Verweisung des ausländischen IPR ist als solche zu beachten, aber nur, wenn die Rückverweisung aus Art. 91 Abs. 1 IPRG beim ausländischen Recht abgebrochen wird (wie im Falle des deutschen IPR), ansonsten ist die Verweisung des ausländischen Wohnsitzrechts auf das Schweizer Recht (immer) als Sachnormverweisung zu behandeln (unter Anwendung also des Schweizer Sachrechts): HEINI, supra Fn. 20, Art. 14 Rz. 12 (siehe jedoch eher für die *foreign court theory* in Art. 91 Rz. 3). Nach einer noch anderen Meinung kann in Art. 91 Abs. 1 IPRG gar keine Rückverweisung auf das Wohnsitzrecht des Erblassers hineingelesen werden: ALFRED VON OVERBECK, «Das neue schweizerische Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht», IPRax (1988), S. 332 f.; FRITZ STURM, *Der missverständene Art. 91 des schweizerischen IPRG?*, in: *Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach*, Neuchâtel 2000, S. 341 f., 347.



Dieses Problem stellt sich typischerweise im Falle eines in einem Common-Law-Staat eröffneten Nachlasses, der eine oder mehrere Immobilien in der Schweiz mitumfasst. Die angelsächsischen Behörden des Staates des letzten Wohnsitzes lehnen häufig ihre Zuständigkeit für ausländische Immobilien ab (oder bleiben untätig), was eine subsidiäre Zuständigkeit gemäss Art. 88 IPRG begründet. Gemäss Art. 91 Abs. 1 IPRG sind dann die IPR-Regeln des Wohnsitzstaates zu beachten. Diese unterstellen die Immobilien dem schweizerischen Recht als Recht des Belegenheitsortes (*lex situs*), erlauben jedoch in Anwendung der *foreign court theory* die Beachtung des sich aus Art. 91 Abs. 1 IPRG ergebenden Renvoi;<sup>65</sup> letztendlich gelangt man – aus englischer Sicht – zur Anwendung des englischen Sachrechts. Welcher Lösung sollte nun aus Schweizer Sicht gefolgt werden? Ist nur die Rückverweisung auf die *lex situs* zu beachten (im Ergebnis: Anwendung des schweizerischen Sachrechts) oder ist vollumfänglich der Lösung des Wohnsitzstaates zu folgen (im Ergebnis: Anwendung des Sachrechts des Wohnsitzstaates)?

Diese Fragen stellen sich hingegen nicht im Verhältnis zu den Staaten, die durch die EU-Erbrechtsverordnung gebunden sind. In den Fällen, in denen der Erblasser keinen Wohnsitz in der Schweiz hat, jedoch sein gewöhnlicher Aufenthalt sich in einem Staat befindet, der durch die Erbrechtsverordnung gebunden ist, sind die Behörden dieses Staates im Allgemeinen zuständig (Art. 4 EuErbVO) und wenden ihr innerstaatliches Recht an (Art. 22 EuErbVO). In einem solchen Fall kommt Art. 91 Abs. 1 IPRG normalerweise nicht zum Zuge. Diese Vorschrift könnte erst dann einschlägig werden, wenn die Behörden des Aufenthaltsstaates *de facto* untätig blieben oder wenn die Erben sich auf eine Gerichtsstandsvereinbarung im Sinne des Art. 5 IPRG berufen würden.

Trotzdem verspricht der Revisionsentwurf eine Klarstellung der Funktionsweise des Art. 91 Abs. 1 IPRG, indem er ausführt, dass im Falle einer Rückverweisung auf das schweizerische IPR *das innerstaatliche Sachrecht des Wohnsitzstaates* Anwendung findet (Art. 91 Abs. 1, zweiter Satz, Vorentwurf). Obwohl diese Lösung im Ergebnis einer der Auslegungsmöglichkeiten des Art. 91 Abs. 1 IPRG (derjenigen, die auf der *foreign court theory* beruht) entspricht, ist sie nicht in jeder Hinsicht zufriedenstellend.

In methodischer Hinsicht ist diese Lösung mit der Philosophie des Renvoi nicht ganz zu vereinbaren. Sicherlich wird das Ergebnis (Anwendung des Sachrechts des Wohnsitzstaates) meistens dasselbe sein, wenn man der *foreign court theory* folgt, jedoch wird das nicht mehr im Sinne und im Bemühen einer Suche nach internationaler Entscheidungsharmonie erfolgen. Nach der neu vorgeschlagenen Vorschrift wäre nämlich das Recht des Wohnsitzes selbst in dem hypothetischen Fall anwend-

65 BONOMI, *supra* Fn. 12, Rz. 40; KUHN, *supra* Fn. 57, S. 307 ff.

bar, in dem die Behörden dieses Staates zu einem anderen Ergebnis kommen würden.<sup>66</sup>

Wenn man die Fallkonstellationen berücksichtigt, die den wesentlichen Anwendungsbereich des Art. 91 Abs. 1 IPRG ausmachen, stösst die systematische Anwendung des ausländischen Wohnsitzrechts bei Vorliegen einer Rückverweisung aus praktischer Sicht auch auf Kritik. Diese Lösung scheint in den Fällen des Art. 88 IPRG besonders bedenklich. Hier muss die schweizerische Behörde zunächst ihre subsidiäre Zuständigkeit nach Überprüfung der *ausländischen* Zuständigkeitsregelungen (bzw. des praktischen Verhaltens der *ausländischen* Behörden) bejahen und muss sich sodann, in einem zweiten Schritt, mit der Frage befassen, ob die IPR-Regeln des *ausländischen* Staates tatsächlich auf das schweizerische Recht zurückverweisen, um schliesslich, wenn dem so ist, zur Anwendung des *ausländischen* Erbrechts zu gelangen. Es muss betont werden, dass all diese Bemühungen zur Feststellung der Rechtslage im Ausland in Fällen verlangt werden, in denen die ausländischen Behörden unzuständig sind oder sich schlichtweg für das Schicksal der in der Schweiz belegenen Vermögenswerte (häufig Immobilien) nicht interessieren und zusätzlich die ausländischen IPR-Regeln ohnehin auf das schweizerische Recht verweisen! Das scheint übertrieben.

Die Anwendung des ausländischen Wohnsitzrechts ist ebenso beim Vorliegen einer Gerichtsstandsvereinbarung im Sinne des Art. 5 IPRG zu kritisieren. Wenn die Erben oder andere von dem Erbfall betroffene Personen sich darüber einigen, ihre Erbstreitigkeiten vor einem Schweizer Richter auszutragen, und dazu noch das ausländische Wohnsitzrecht auf das Schweizer Recht verweist, dürfte grundsätzlich nichts gegen die Anwendung des schweizerischen materiellen Rechts sprechen: Im Gegenteil könnte man vermuten, dass die Erben bzw. die anderen betroffenen Personen dieses Recht gerne wählen würden, wenn das IPRG ihnen diese Möglichkeit einräumte.

In Anbetracht des Vorstehenden denken wir, dass die Revision des 6. Kapitels die Gelegenheit für eine mutigere Entscheidung bietet, indem die Vorschrift des Art. 91 Abs. 1 IPRG durch eine Regelung ersetzt wird, die schlichtweg die Anwendung des schweizerischen Rechts (wie schon heute nach Art. 91 Abs. 2 IPRG) vorsieht. Eine solche Lösung würde die Rechtsanwendung erheblich vereinfachen.

Es sei darauf hingewiesen, dass im Laufe der letzten Jahre der *Lex-foi*-Grundsatz, wenn auch sehr kritisierbar, im Bereich des Ehe- und Scheidungsrechts Boden gewonnen hat: Eine entsprechende Entwicklung wäre sicher in den marginalen Anwendungsfällen des Art. 91 Abs. 1 IPRG besser vertretbar. Dieser von der Expertengruppe bevorzugte Ansatz wurde letztendlich vom Bundesrat mit der Begründung abgelehnt, dass ein derartiger «Paradigmenwechsel» sich nicht rechtfertigen

66 Das wäre (wenigstens theoretisch) der Fall, wenn das IPR des Wohnsitzstaates auf die Anwendung des schweizerischen Sachrechts beharren sollte.



liesse, da «der wesentliche Gehalt der Bestimmung [*scil.* Art. 91 Abs. 1 IPRG] bisher nicht auf Kritik gestossen» sei.<sup>67</sup> Angesichts der sehr unterschiedlichen Auslegungen des Art. 91 Abs. 1 IPRG<sup>68</sup> vermag dieses Argument jedoch nicht zu überzeugen.

### C. Aktualisierung der Anerkennungstatbestände

Die Regelungen über die indirekte Zuständigkeit in Art. 96 IPRG sind ebenfalls in Überarbeitung, was dem Wunsch entspricht, zumindest in gewissen Fällen die Anerkennung in der Schweiz von Entscheidungen zu gewährleisten, die auf Grundlage der EU-Erbrechtsverordnung ergangen sind.

Dieses Ziel ist sicherlich lobenswert und wichtig, insbesondere für die betroffenen Parteien. Dies darf jedoch nicht dazu führen, dass jedwede Entscheidung eines Gerichts eines EU-Mitgliedstaates, dessen Zuständigkeit aus Schweizer Sicht auf einem exorbitanten Gerichtsstand gründet, ohne Einschränkungen anerkannt wird: Dies gilt insbesondere für die subsidiären Zuständigkeiten gemäss Art. 10 EuErbVO.<sup>69</sup>

Diesbezüglich ist auch zu berücksichtigen, dass Art. 12 EuErbVO dem angerufenen Gericht eines Mitgliedstaates erlaubt, seine Zuständigkeit zu beschränken, sofern der Nachlass Gegenstände umfasst, die in einem Drittstaat belegen sind. Diese Vorschrift, die es ermöglicht, der übermässigen Reichweite einiger Kompetenzvorschriften (insbesondere die von Art. 10 EuErbVO) durch ein gesundes *self-restraint* entgegenzuwirken, greift jedoch nur dann ein, wenn zu erwarten ist, dass eine Entscheidung in Bezug auf die betreffenden Vermögenswerte im Belegenheitsstaat nicht anerkannt (oder gegebenenfalls nicht für vollstreckbar erklärt) wird.<sup>70</sup> Will man die Behörden der Mitgliedstaaten zur Anwendung von Art. 12 EuErbVO ermutigen, sollte man daher auch daran festhalten, dass nicht alle auf Art. 10 EuErbVO basierenden Entscheidungen in der Schweiz anerkannt werden können.

Angesichts der vorstehenden Ausführungen sind die vorgeschlagenen Änderungen im Hinblick auf Art. 96 IPRG zu begrüßen und schaffen in ihrer Gesamtheit ein ausgewogenes System. Wie bisher werden Entscheidungen, die im Wohnsitzstaat des Erblassers ergangen sind, freilich in der Schweiz anerkannt. Gleiches gilt für Entscheidungen, die in irgendeinem anderen Staat ergangen sind, vorausgesetzt jedoch, dass diese im Wohnsitzstaat anerkannt werden (Art. 96 Abs. 1 lit. a) IPRG). Ebenfalls anerkannt werden Entscheidungen betreffend Immobilien, sofern diese im Staat, in dem sie belegen sind, ergangen sind oder dort anerkannt werden (Art. 96 Abs. 1 lit. b) IPRG). Beansprucht ein Staat für die dort belegenen Immobilien eine ausschliessliche

67 Erläuternder Bericht, S. 20.

68 Siehe *supra*, Fn. 64.

69 Siehe *supra*, Fn. 7.

70 BONOMI & WAUTELET, *supra* Fn. 4, Art. 12 Rz. 8 ff.

Zuständigkeit, dann werden nur die diese Immobilien betreffenden Entscheidungen anerkannt, die in diesem Staat ergangen sind (Art. 96 Abs. 2 IPRG).

Die erste Neuerung ist, dass die indirekte Zuständigkeit des Heimatstaates nicht nur dann anerkannt wird, wenn das Recht dieses Staates durch eine *professio juris* als Erbstatut gewählt worden war (wie es bereits heute der Fall ist: Art. 96 Abs. 1 lit a) IPRG), sondern auch dann, wenn der Erblasser den Nachlass der Zuständigkeit dieses Staates unterworfen hatte (Art. 96 Abs. 1 lit. c) Vorentwurf). Das ist die logische Folge der Prorogationsmöglichkeit, die in Art. 86 Abs. 2 IPRG neu eröffnet wird.<sup>71</sup>

Neu sollten auch Entscheidungen anerkannt werden, die im Staat des letzten gewöhnlichen Aufenthalts des Erblassers, in seinem Heimatstaat oder, wenn sie bestimmtes bewegliches Nachlassgegenstände betreffen, in dem Staat, in dem sie belegen sind, ergangen sind. In all diesen Fällen, wird jedoch die Anerkennung von der doppelten Bedingung abhängig gemacht, dass der Erblasser seinen letzten Wohnsitz *nicht* in der Schweiz hatte und dass die Behörden des Staates des letzten Wohnsitzes sich *nicht* mit dem Nachlass befassten (Art. 96 Abs. 1 lit. d) Vorentwurf). In Übereinstimmung mit der Philosophie des IPRG haben diese kumulativ zu erfüllenden Bedingungen das Ziel, den Vorrang des Wohnsitzstaates zu bekräftigen, egal, ob es sich hierbei um die Schweiz oder einen anderen ausländischen Staat handelt.

Mit Bezug auf die letzte Bedingung wird es (relativ) einfach sein, festzustellen, ob die ausländische Wohnsitzbehörde zuständig war. Ist dies der Fall, wird die Anerkennung einer in einem anderen Staat ergangenen Entscheidung im Prinzip abzulehnen sein, es sei denn, die betroffene Partei beweist, dass die Wohnsitzbehörde ihre Zuständigkeit nicht ausübte (faktische Inaktivität). Das wird nach den gleichen Kriterien wie im Rahmen von Art. 87 Abs. 1 und 88 Abs. 1 zu beurteilen sein.

Es bleibt noch zu prüfen, wie sich die Neuregelung im Verhältnis zu den EU-Mitgliedsstaaten, die durch die EU-Erbrechtsverordnung gebunden sind, auswirken wird. Diesbezüglich kann man zunächst feststellen, dass Entscheidungen, die im Staat des letzten gewöhnlichen Aufenthalts des Erblassers (Art. 4 EuErbVO) ergangen sind, in der Schweiz – wie es heute schon der Fall ist – problemlos anerkannt werden, soweit nach schweizerischem Verständnis der Wohnsitz sich ebenfalls in dem betreffenden Staat befindet (Art. 96 Abs. 1 lit. a) IPRG) – was in der Regel der Fall sein wird.<sup>72</sup>

Im (seltenen) Falle eines Auseinanderfallens des Wohnsitzes und des letzten gewöhnlichen Aufenthalts können die aufgrund von Art. 4 EuErbVO ergangenen Entscheidungen ebenfalls anerkannt werden, jedoch nur, wenn sich der letzte Wohnsitz nicht in der Schweiz befand, und soweit die Behörden des Drittstaates, in dem

71 Siehe supra, II.A.

72 BONOMI, supra Fn. 4, S. 407.

sich der letzte Wohnsitz befand, sich nicht mit dem Nachlass befassen (Art. 96 Abs. 1 lit. d) Vorentwurf).

Die Entscheidungen, die auf Grundlage von Art. 5 bis 9 EuErbVO im Heimatstaat des Erblassers ergangen sind, werden ohne Weiteres anerkannt, da die Zuständigkeit in all diesen Fällen nach der EU-Erbrechtsverordnung auf einer Rechtswahl des Heimatrechts gründet. Im Gegenteil ist die Anerkennung von Entscheidungen, welche auf Grundlage von Art. 10 EuErbVO ergangen sind, nur in einigen Fällen möglich:

- Erstens werden solche Entscheidungen ohne Weiteres anerkannt, wenn sie Immobilien betreffen, die im Forumstaat belegen sind (Art. 96 Abs. 1 lit. b) IPRG).
- Zweitens werden auch Entscheidungen anerkannt, welche im Heimatstaat des Erblassers aufgrund von Art. 10 Abs. 1 lit. a) EuErbVO ergangen sind, aber nur unter einer der folgenden Bedingungen: Entweder lag eine Prorogation oder eine Rechtswahl zugunsten des Heimatrechts vor (Art. 96 Abs. 1 lit. c) Vorentwurf), oder wenn, bei Fehlen einer solchen, sich der letzte Wohnsitz nicht in der Schweiz befand und die Behörden des Wohnsitzstaates sich nicht mit dem Nachlass befassten (Art. 96 Abs. 1 lit. d) Vorentwurf).
- Drittens können unter den letztgenannten Voraussetzungen (kein Wohnsitz in der Schweiz und Unzuständigkeit bzw. Untätigkeit der Wohnsitzbehörde) auch Entscheidungen betreffend besondere bewegliche Nachlassgegenstände anerkannt werden, welche aufgrund von Art. 10 Abs. 2 EuErbVO im Belegenheitsstaat ergangen sind.

In allen anderen Anwendungsfällen des Art. 10 EuErbVO ist eine Anerkennung (wie schon heute)<sup>73</sup> ausgeschlossen.

#### IV. Fazit

Die geplante Revision verdient weitgehend Zustimmung. Der erweiterte Gestaltungsspielraum, der dem Erblasser durch die Einführung einer einseitigen Prorogation, die Stärkung der Rechtswahl und die Neugestaltung des auf Verfügungen von Todes wegen anwendbaren Rechts gewährt wird, ermöglicht eine bessere Koordination mit der EU-Erbrechtsverordnung. Zu diesem wichtigen Ziel tragen auch die vorgeschlagenen Änderungen betreffend die subsidiäre Zuständigkeit der schweizerischen Behörden und die Anerkennung ausländischer Entscheidungen in der Schweiz wesentlich bei. Der Versuch, die komplizierte Regelung zum Renvoi zu vereinfachen, ist im Prinzip auch zu begrüßen, obwohl der Praxis mit einer einfacheren Lösung besser gedient wäre.

73 BONOMI, *supra* Fn. 4, S. 427.

Wird der Vorentwurf zum Gesetzestext angenommen, dann werden die Nachlassplanung und -abwicklung insbesondere im Verhältnis zu den EU-Mitgliedstaaten, welche durch die EU-Erbrechtsverordnung gebunden sind, vereinfacht und die Gefahr von Rechts- und Kompetenzkonflikten im Interesse der Schweizer Bürger und Ausländer mit Wohnsitz in der Schweiz erheblich reduziert.