



Schweizerische Eidgenossenschaft  
Confédération suisse  
Confederazione Svizzera  
Confederaziun svizra

# **Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Erbrecht)**

## **Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf**

Januar 2018

---

## Übersicht

*Am 12. Dezember 2014 reichte der damalige Ständerat Luc Recordon die Motion 14.4285 „Internationales Übereinkommen über Erbsachen“ ein. Damit sollte der Bundesrat beauftragt werden, „die Möglichkeiten zum Abschluss eines internationalen Übereinkommens über Erbsachen zu untersuchen oder andere Massnahmen zu treffen, um zu verhindern, dass die Schweiz vom Rechtsraum ausgeschlossen wird, den die Verordnung (EU) Nr. 650/2012 [Europäische Erbrechtsverordnung] schafft“. In seiner Antwort vom 18. Februar 2015 anerkannte der Bundesrat, dass die EU-Erbrechtsverordnung erhebliche Auswirkungen auf Schweizer Staatsangehörige mit letztem gewöhnlichem Aufenthaltsort in einem EU-Mitgliedstaat sowie auf Personen hat, die in der Schweiz wohnhaft sind und Vermögenswerte in einem EU-Mitgliedstaat besitzen. Zweifel an der Machbarkeit des von der Motion verlangten internationalen Instruments mit der EU veranlassten ihn aber, die Motion zur Ablehnung zu empfehlen. Dieser Empfehlung folgte der Nationalrat als Zweitrat am 21. September 2015, nachdem ihm die nun vorliegende Vernehmlassungsvorlage zum internationalen Erbrecht in Aussicht gestellt worden war.*

### **Ausgangslage**

*Das 6. Kapitel des IPRG regelt die Zuständigkeit der schweizerischen Behörden und das von ihnen anzuwendende Recht in grenzüberschreitenden Erbfällen sowie die Anerkennung von ausländischen Rechtsakten, die einen Nachlass betreffen. Am 16. August 2012 ist mit Wirkung für Erbfälle ab dem 17. August 2015 die EuErbVO in Kraft getreten, welche die analogen Gegenstände in Bezug auf ihre Mitgliedstaaten regelt. In den Grundzügen ist die Regelung der EuErbVO derjenigen des IPRG ähnlich. In den Details bestehen aber etliche Unterschiede, welche zu Kompetenzkonflikten führen können. Kompetenzkonflikte mit anderen Staaten im Bereich des Erbrechts sind zwar an und für sich nichts Neues. Die durch die EuErbVO geschaffene Rechtsvereinheitlichung bietet nun aber die Chance, die Gefahr für derartige Konflikte im Verhältnis zu einem Grossteil von Europa zu minimieren und dadurch für die Bürgerinnen und Bürger mehr Rechts- und Planungssicherheit zu schaffen.*

### **Inhalt der Vorlage**

*Hauptziel der auszuarbeitenden Revisionsvorlage ist daher eine teilweise Harmonisierung des schweizerischen internationalen Erbrechts mit der EuErbVO zwecks Verhinderung sich widersprechender Entscheidungen. Widersprechende Entscheidungen verhindert man primär über eine verbesserte Koordination bei den beidseitigen Entscheidungskompetenzen durch Anpassung der Zuständigkeits- und Anerkennungsregeln. Wo dies nicht möglich ist, sollte zumindest darauf hingewirkt werden, dass beide Seiten dasselbe Recht anwenden. Spielraum für Anpassungen an die EuErbVO besteht v.a. dort, wo die bestehende Regelung nicht zwingend ist oder nicht mehr zeitgemäss erscheint und die von der EuErbVO gewählte Lösung den Grundwertungen des IPRG und seines 6. Kapitels entspricht.*

---

*Die Gesetzesrevision soll sich aber nicht auf die Koordination mit der EuErbVO beschränken. Es soll auch allfälligen Änderungs-, Ergänzungs- oder Klarstellungsbedürfnissen Rechnung getragen werden, die sich seit Inkrafttreten der Bestimmungen vor 29 Jahren in Rechtsprechung und Lehre ergeben haben.*

---

## Erläuternder Bericht

### 1 Grundzüge der Vorlage

#### 1.1 Ausgangslage

##### 1.1.1 Das 6. Kapitel des IPRG

Das 6. Kapitel des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG)<sup>1</sup> regelt in seinen Artikeln 86 - 96 die Zuständigkeit der schweizerischen Behörden und das von ihnen anzuwendende Recht in grenzüberschreitenden Erbfällen sowie die Anerkennung von ausländischen Rechtsakten, die einen Nachlass betreffen.

Hauptanknüpfungspunkt für die Zuständigkeitsfrage ist der letzte Wohnsitz des Erblassers oder der Erblasserin (Art. 86 Abs. 1). Daneben sieht das Gesetz eine subsidiäre Zuständigkeit der schweizerischen Behörden für den Nachlass von Auslandschweizern und -schweizerinnen sowie für in der Schweiz gelegene Nachlasswerte vor (Art. 87 Abs. 1 und Art. 88). Auslandschweizer können ihren Nachlass ganz oder teilweise der Zuständigkeit der schweizerischen Behörden unterstellen (Art. 87 Abs. 2).

Auch für die Bestimmung des auf den Nachlass anwendbaren Rechts wird an den letzten Wohnsitz des Erblassers oder der Erblasserin angeknüpft. Befand sich dieser in der Schweiz, gilt das schweizerische Erbrecht, sofern die betreffende Person keine Rechtswahl zugunsten eines anderweitigen Heimatrechts getroffen hatte (Art. 90). Hatte die verstorbene Person ihren letzten Wohnsitz im Ausland, ist das anwendbare Erbrecht nach den einschlägigen Bestimmungen des betreffenden Staats zu ermitteln (Art. 91 Abs. 1). Eine Person mit Schweizer Staatsbürgerschaft kann aber ihren Nachlass ganz oder teilweise dem schweizerischen Erbrecht unterstellen. Für die Wirksamkeit von Testamenten und Erbverträgen gelten z.T. Sonderregeln (Art. 93 - 95). Für sichernde Massnahmen und formelle Aspekte der Nachlassabwicklung ist wieder das schweizerische Recht massgebend (Art. 89 und 92 Abs. 2).

Art. 96 regelt die Anerkennung von "*Entscheidungen, Massnahmen und Urkunden, die den Nachlass betreffen*" sowie von "*Rechte[n] aus einem im Ausland eröffneten Nachlass*". Die Anerkennbarkeit eines ausländischen Rechtsakts hängt u.a. davon ab, ob das betreffende Gericht aus schweizerischer Sicht zuständig war (man spricht hier von indirekter Zuständigkeit). Hier wird wie bei der Zuständigkeit der schweizerischen Behörden primär an den letzten Wohnsitz des Erblassers oder der Erblasserin angeknüpft. Als zuständig wird jedoch auch der Staat erachtet, dessen Recht die verstorbene Person den Nachlass unterstellt hatte, sowie, im Fall von Immobilien, der Staat, in dem das betroffene Grundstück liegt. Anerkannt werden überdies Rechtsakte, die in einem dieser Staaten (letzter Wohnsitz, Staat des gewählten Rechts, Belegenheitsstaat) anerkannt werden.

<sup>1</sup> SR 291.

---

## 1.1.2 Die Europäische Erbrechtsverordnung

Am 16. August 2012 ist die *Verordnung 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* (im Folgenden „EuErbVO“ genannt) in Kraft getreten. Sie gilt in sämtlichen EU-Mitgliedstaaten mit Ausnahme der Staaten Dänemark, Vereinigtes Königreich und Irland und ist auf die Rechtsnachfolge von Personen anwendbar, die nach dem 16. August 2015 verstorben sind.

Der Hauptregelungsgegenstand der EuErbVO entspricht demjenigen des 6. IPRG-Kapitels. Es geht um die Zuständigkeit der Behörden der durch die Verordnung gebundenen Staaten (im Folgenden "EuErbVO-Mitgliedstaaten genannt"), das von diesen anzuwendende Recht und die Anerkennung von Rechtsakten aus anderen EuErbVO-Mitgliedstaaten im Bereich des Erbrechts. Daneben enthält die Verordnung auch ein Kapitel über ein "*Europäisches Nachlasszeugnis*".

In den Grundzügen ist die Regelung der EuErbVO derjenigen des IPRG ähnlich. Der augenfälligste Unterschied besteht darin, dass nicht an den Wohnsitz, sondern an den letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers oder der Erblasserin angeknüpft wird. Im Schrifttum scheint aber Einigkeit darüber zu bestehen, dass die beiden Orte selten auseinanderfallen. Von grösserer praktischer Bedeutung ist, dass die subsidiäre Zuständigkeit der Behörden im Heimatstaat der verstorbenen Person oder der Behörden am Lageort eines Teils des Nachlasses bereits dann spielt, wenn sich der letzte gewöhnliche Aufenthalt der betreffenden Person in einem Nicht-Mitgliedstaat befand, während nach dem IPRG vorausgesetzt wird, dass sich das Ausland nicht mit dem Nachlass befasst. Dafür ist die Zuständigkeit der Heimatbehörden an die Voraussetzung geknüpft, dass sich im betreffenden Staat Nachlasswerte befinden. Dem Heimat(mitglied)staat gleichgestellt ist der Mitgliedstaat, in dem die verstorbene Person ihren vorletzten gewöhnlichen Aufenthalt hatte, sofern dieser in den letzten fünf Lebensjahren noch bestand (siehe zum Ganzen Art. 10 EuErbVO). Ein anderer bedeutsamer Unterschied zur Regelung des IPRG besteht darin, dass der Erblasser oder die Erblasserin seinen bzw. ihren Nachlass nicht durch Testament oder Erbvertrag der Zuständigkeit der Heimatbehörden unterstellen kann.

Inwieweit in der gleichen Sache hängige oder schon abgeschlossene ausländische Verfahren zu berücksichtigen sind, regelt die EuErbVO nur in Bezug auf andere Mitgliedstaaten (Art. 17 f. EuErbVO). Für die Frage der Berücksichtigung von Verfahren in Drittstaaten wie der Schweiz gilt nach vorherrschender Auffassung<sup>2</sup> das Verfahrensrecht des Mitgliedstaats, um dessen Zuständigkeit es im Einzelfall geht.

Auch beim anwendbaren Recht knüpft die EuErbVO an den letzten gewöhnlichen Aufenthalt an (Art. 21 EuErbVO). Befand sich dieser in einem Nicht-Mitgliedstaat, haben analog zu Artikel 91 Absatz 1 IPRG die einschlägigen Normen jenes Staats

<sup>2</sup> Siehe etwa BONOMI, in: Bonomi/Wautelet (Hrsg.), *Le droit européen des successions*, Commentaire du Règlement (UE) du 4 juillet 2012, 2. Aufl., Brüssel 2016, N 6 ff. zu Art. 17.

---

zu bestimmen, welchem Erbrecht der Nachlass untersteht. Dies allerdings nur, wenn der Staat, auf dessen Recht verwiesen wird, ein EuErbVO-Mitgliedstaat ist oder im konkreten Fall sein eigenes Erbrecht anwenden würde. Ansonsten gilt das Erbrecht des vorerwähnten Nicht-Mitgliedstaats (siehe zum Ganzen Art. 34 EuErbVO).

Die EuErbVO lässt ebenfalls eine Rechtswahl zugunsten des Heimatstaats des Erblassers oder der Erblasserin zu (Art. 22 EuErbVO). Unterschiedlich geregelt ist jedoch die Frage der Doppel- und Mehrfachstaatsbürgerschaft sowie die Frage des für die Staatsangehörigkeit massgebenden Zeitpunkts (Näheres dazu unten, in Ziff. 2). Ebenfalls analog zum IPRG enthält die EuErbVO Sonderregeln für das auf Fragen der Wirksamkeit von Testamenten und Erbverträgen anwendbare Recht (Art. 24 - 27 EuErbVO). Auch hier bestehen wieder Unterschiede bei den Details der Regelung (Näheres dazu unten, in Ziff. 2).

Die EuErbVO enthält je ein Kapitel über die Anerkennung von ausländischen Entscheidungen (Kap. IV) und die Anerkennung von ausländischen öffentlichen Urkunden und gerichtlichen Vergleichen (Kap. V). Beide betreffen grundsätzlich nur das Verhältnis zu anderen Mitgliedstaaten. Die Anerkennung von Rechtsakten aus Nicht-Mitgliedsstaaten wie der Schweiz beurteilt sich nach vorherrschender Auffassung nach dem internationalen Verfahrensrecht des Mitgliedstaats, in dem sich die Anerkennungsfrage stellt. Bei Rechtsakten aus Mitgliedstaaten wird nicht nachgeprüft, ob der betreffende Staat zuständig war.<sup>3</sup>

### **1.1.3 Koordinationsbedarf**

Beim Zusammenspiel des IPRG und der EuErbVO können sich Probleme ergeben, wie die nachstehenden Fallbeispiele illustrieren.

Ein französischer Expat, der bis dahin in Genf gelebt und gearbeitet hat, verstirbt. Er hinterlässt Vermögen sowohl in der Schweiz als auch in seiner Heimat. Aufgrund des letzten Wohnsitzes des Erblassers in Genf würden die dortigen Erbschaftsbehörden sich vorliegend als für den gesamten Nachlass zuständig betrachten (Art. 86 Abs. 1 IPRG). Gleichzeitig bestünde aber auch eine vollumfängliche Zuständigkeit in Frankreich, da der Erblasser die französische Staatsbürgerschaft hatte und in seiner Heimat Vermögenswerte zurücklässt (Art. 10 Abs. 1 Bst. a EuErbVO). Damit ist denkbar, dass ein Erbe ein Verfahren in der Schweiz einleitet und ein anderer in Frankreich, beide zur selben erbrechtlichen Frage. Nehmen beide Staaten ihre Zuständigkeit wahr, ergibt sich daraus ein sog. positiver Kompetenzkonflikt.

Ein Schweizer, der zuletzt in Frankfurt gearbeitet hat, kehrt in die Schweiz zurück, wo er zwei Jahre später verstirbt. Bei seinem Tod hinterlässt er verschiedene Konten bei deutschen Banken. Hier ergibt sich die analoge Situation zum vorgenannten Beispiel. Die Zuständigkeit der ausländischen Behörden gründet sich diesmal auf Art. 10 Absatz 1 Buchstabe b EuErbVO, der neben der Staatsbürgerschaft an den vorletzten gewöhnlichen Aufenthalt anknüpft.

<sup>3</sup> Vgl. zum Ganzen PRETELLI, in: Bonomi/Wautelet, a.a.O., N 7 und 11 vor Art. 39 ff.

---

Eine Schweizerin lebt seit ihrer Pensionierung in der Provence, wo sie dann auch verstirbt. Bei ihrem Ableben hinterlässt sie ein Testament, in welchem sie ihren gesamten Nachlass dem schweizerischen Recht unterstellt. Aufgrund dieser Rechtswahl besteht nach Artikel 87 Absatz 2 IPRG eine zwingende Zuständigkeit der schweizerischen Behörden. Gleichzeitig betrachten sich aber die Behörden in Frankreich ebenfalls als zuständig, da die Erblasserin dort ihren letzten gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Damit besteht auch hier das Risiko eines positiven Kompetenzkonflikts.

Der gewöhnliche Aufenthalt im Sinne der EuErbVO und der Wohnsitz im Sinne des IPRG dürften wie gesagt in der Regel zusammenfallen. Es sind aber Fälle denkbar, in denen die schweizerischen Behörden von einem letzten Wohnsitz in der Schweiz und die Behörden eines EuErbVO-Mitgliedstaats von einem letzten gewöhnlichen Aufenthalt im eigenen Staatsgebiet ausgehen. In einer der schriftlichen Expertenstellungen wurde etwa der Fall von Schweizer Rentnerhepaaren genannt, welche einen Grossteil ihrer Zeit in ihrer Zweitwohnung in Mallorca verbringen. Bejahen sowohl die Schweiz als auch Spanien ihre Zuständigkeit, ist erneut ein positiver Kompetenzkonflikt möglich.

Ist in den genannten Beispielen als Erstes ein Verfahren in der Schweiz eingeleitet worden, bestimmt sich nach dem Verfahrensrecht des jeweiligen anderen Staates, inwieweit diese Rechtshängigkeit berücksichtigt werden muss oder kann. Ist das Verfahren in jenem Staat zeitlich vor dem schweizerischen anhängig gemacht worden, kann die zuständige schweizerische Behörde diesen Umstand in der Regel nicht berücksichtigen, da der einschlägige Artikel 9 IPRG voraussetzt, dass die aus dem ausländischen Verfahren resultierende Entscheidung in der Schweiz anerkannt werden kann. Entscheidungen aus dem Staat des letzten oder vorletzten gewöhnlichen Aufenthalts oder aus dem Heimatstaat der verstorbenen Person wären deshalb in diesem Beispiel in der Schweiz grundsätzlich nicht anerkennungsfähig (Art. 96 IPRG). Ein positiver Kompetenzkonflikt lässt sich hier somit nicht abwenden.

#### **1.1.4 Die Motion Recordon**

Am 12. Dezember 2014 reichte der damalige Ständerat Recordon eine Motion 14.4285 mit dem Titel „Internationales Übereinkommen über Erbsachen“ ein. Darin sollte der Bundesrat beauftragt werden, „die Möglichkeiten zum Abschluss eines internationalen Übereinkommens über Erbsachen zu untersuchen oder andere Massnahmen zu treffen, um zu verhindern, dass die Schweiz vom Rechtsraum ausgeschlossen wird, den die [EuErbVO] schafft“. Die Motion wurde am 19. März 2015 vom Ständerat (mit 27 zu 4 Stimmen bei einer Enthaltung) angenommen, dann aber am 21. September 2015 vom Nationalrat abgelehnt, nachdem seine Rechtskommission am 27. August 2015 (mit 15 zu 0 Stimmen bei einer Enthaltung) einen entsprechenden Antrag gestellt hatte. Es bestand zwar allgemein Einigkeit darüber, dass sich im Zusammenspiel zwischen der EuErbVO und dem IPRG positive Kompetenzkonflikte ergeben können. Eine Lösung dieses Problems auf staatsvertraglicher Ebene wurde aber in Übereinstimmung mit der bundesrätlichen Einschätzung als

---

unrealistisch beurteilt. Dem Nationalrat wurde dafür eine Vernehmlassungsvorlage für Anpassungen der erbrechtlichen Bestimmungen im IPRG in Aussicht gestellt.

Es wurde zwar darauf hingewiesen, dass im Bereich des Erbrechts die Gefahr von positiven Kompetenzkonflikten mit anderen Staaten an und für sich nichts Neues ist. Die durch die EuErbVO geschaffene Rechtsvereinheitlichung bot nun aber die Chance, die Gefahr derartiger Konflikte im Verhältnis zu einem Grossteil von Europa zu minimieren und dadurch für die Bürgerinnen und Bürger mehr Rechts- und Planungssicherheit zu schaffen.

## **1.2 Entstehung des Vorentwurfs**

Am 23. Dezember 2015 unterbreitete das Bundesamt für Justiz verschiedenen Experten und Fachverbänden aus dem Universitätsmilieu, der Anwaltschaft, dem Notariat und der Richterschaft sowie einigen kantonalen Erbschaftsbehörden ein Arbeitspapier, das verschiedene Optionen für Änderungen im Erbrechtskapitel des IPRG aufzeigte.<sup>4</sup> Das Papier basierte zu einem guten Teil auf Ideen, die sich aus einem Gedankenaustausch mit Prof. Dr. Andrea Bonomi, ordentlicher Professor an der Universität Lausanne, ergeben hatten. Bis Ende Februar 2016 gingen dazu 14 schriftliche Stellungnahmen ein.

Auf der Grundlage dieser Stellungnahmen arbeitete das Bundesamt für Justiz mehrere Arbeitsentwürfe aus, die in einer vierköpfigen Expertengruppe diskutiert wurden und schliesslich zum beiliegenden Vorentwurf führten. Die Expertengruppe bestand aus dem vorerwähnten Prof. Bonomi, sowie aus Prof. Dr. Hans Rainer Künzle, Titularprofessor an der Universität Zürich und Partner bei der Kendris AG, Zürich, Prof. Dr. Barbara Graham-Siegenthaler, ordentliche Professorin an der Universität Luzern und Partnerin bei Furrer & Karrer, Basel, und Dr. Kinga M. Weiss, Fachanwältin SAV Erbrecht und Partnerin bei der Walder Wyss AG, Zürich. Dr. Alessandra Ceresoli, Vorsteherin des Erbschaftsamts Basel-Stadt, fungierte als zusätzliche Expertin im Hintergrund.

## **1.3 Die beantragte Neuregelung und ihre Begründung**

Hauptziel der auszuarbeitenden Revisionsvorlage ist eine teilweise Harmonisierung des schweizerischen internationalen Erbrechts mit der EuErbVO zwecks Verhinderung sich widersprechender Entscheidungen. Widersprechende Entscheidungen verhindert man primär über eine verbesserte Koordination bei den beidseitigen Entscheidungskompetenzen durch Anpassung der Zuständigkeits- und Anerkennungsregeln. Wo dies nicht möglich ist, sollte zumindest darauf hingewirkt werden, dass beide Seiten dasselbe Recht anwenden. Spielraum für Anpassungen an die

<sup>4</sup> Entgegen PICHT/STUDEN, Die Schweiz will ihre Rechtsregeln für grenzüberschreitende Erbfälle reformieren - Anpassung an die EU-Rechtslage, in *successio* 4/2016, S. 318 ff., S. 319, handelte es sich dabei nicht um eigentliche Vorschläge. Das Papier nannte einzelne Vor- und Nachteile, enthielt aber keine abschliessende Bewertung der darin aufgeführten Optionen.

---

EuErbVO besteht v.a. dort, wo die bestehende Regelung des IPRG nicht zwingend ist oder nicht mehr zeitgemäss erscheint und die von der EuErbVO gewählte Lösung den Grundwertungen des IPRG und seines 6. Kapitels entspricht.

Die Gesetzesrevision soll sich aber nicht auf die Koordination mit der EuErbVO beschränken. Es soll auch allfälligen Änderungs-, Ergänzungs- oder Klarstellungsbedürfnissen Rechnung getragen werden, die sich seit Inkrafttreten der Bestimmungen vor 29 Jahren in der Praxis oder aus der Literatur ergeben haben.

Bei sechs Bestimmungen des 6. IPRG-Kapitels werden Änderungen vorgeschlagen, die der Verminderung der Gefahr positiver Kompetenzkonflikte dienen sollen.<sup>5</sup> Danach können Erblasser oder Erblasserinnen mit einer ausländischen Staatsangehörigkeit einem allfälligen Zuständigkeitsanspruch des betreffenden Staates Rechnung tragen, indem sie ihr dortiges Vermögen oder den gesamten Nachlass seiner Zuständigkeit unterstellen.<sup>6</sup> Auch Schweizer Staatsangehörigen wird partiell die Möglichkeit gegeben, auf einen ausländischen Zuständigkeitsanspruch Rücksicht zu nehmen. Möchten sie ihren Nachlass dem schweizerischen Recht unterstellen, können sie nun die Zuständigkeit des betreffenden Staates vorbehalten. Die übrigen Änderungen sollen es den schweizerischen Erbschaftsbehörden ermöglichen, ihre im Fall eines ausländischen Wohnsitzes der verstorbenen Person nur subsidiäre Zuständigkeit wirklich konsequent subsidiär zu handhaben. Verzichtet wird auf einen Wechsel des für die Zuständigkeit massgeblichen Anknüpfungspunktes von „Wohnsitz“ auf „gewöhnlichen Aufenthalt“.

An sieben Stellen wird eine Angleichung beim anwendbaren Recht vorgeschlagen.<sup>7</sup> Wie unter der EuErbVO sollen nun auch Doppelbürger und -bürgerinnen ihr ausländisches Heimatrecht wählen können. Gleichzeitig ist vorgesehen, dass die betreffende Staatsbürgerschaft nur noch im Rechtswahlzeitpunkt gegeben sein muss. Für Testamente soll neu der letzte Wohnsitz im Errichtungs- statt im Todeszeitpunkt massgebend sein, und für Erbverträge, bei denen dieser Grundsatz bereits gilt, werden die Rechtswahlmöglichkeiten erweitert. Gegenseitige Testamente werden nun nicht mehr wie Erbverträge behandelt, es sei denn, ihnen läge eine verbindliche Vereinbarung zugrunde. Sowohl für Testamente als auch für Erbverträge wird klargestellt, dass das auf sie anwendbare Recht nicht für Fragen im Zusammenhang mit dem Pflichtteilsrecht gilt. Nicht geändert wird wie bei den Zuständigkeitsbestimmungen die Anknüpfung an den letzten Wohnsitz.

In elf Bestimmungen werden bestehende Unklarheiten beseitigt.<sup>8</sup> Die im Schrifttum postulierte Prorogationsmöglichkeit von ausländischen Erblassern oder Erblasserinnen wird gesetzlich festgeschrieben. Die Fälle von subsidiärer Zuständigkeit der schweizerischen Behörden erfahren eine genauere Umschreibung. Präzisierungen werden auch bei der Frage des anwendbaren Rechts für den Nachlass von im Aus-

<sup>5</sup> Art. 86 Abs. 3, 87 Abs. 1 und 2, 88 Abs. 1, 96 Abs. 1 Bst. c und d. Näheres zu den betreffenden Änderungen in der nachfolgenden Ziff. 2.

<sup>6</sup> Im geltenden Recht ist die diesbezügliche Rechtslage unklar.

<sup>7</sup> Art. 90 Abs. 2, 94 Abs. 1 - 3, 95 Abs. 1, 3, und 3<sup>bis</sup>. Näheres zu den betreffenden Änderungen in der nachfolgenden Ziff. 2.

<sup>8</sup> Art. 86 Abs. 3, 86 Abs. 4, 87 Abs. 1, 88 Abs. 1, 91 Abs. 1 und 2, 92 Abs. 2, 95 Abs. 1, 3 und 3<sup>bis</sup>, 96 Abs. 1 Bst. c. Näheres zu den betreffenden Änderungen in der nachfolgenden Ziff. 2.

---

land verstorbenen Personen vorgeschlagen. Zudem sind Klarstellungen zu folgenden Fragen vorgesehen: das auf die Rechtsstellung eines Willensvollstreckers oder Nachlassverwalters anwendbare Recht, das auf die Verfügungsfreiheit bei Erbverträgen anwendbare Recht, die Rechtswahlmöglichkeiten in Zusammenhang mit gegenseitigen Erbverträgen und die Anerkennung von Rechtsakten des Staates, dessen Recht der Nachlass unterstellt wurde.

Verschiedene Änderungen führen zu mehr Gestaltungsfreiheit für den Erblasser oder die Erblasserin.<sup>9</sup> Hier seien wieder die Prorogationsmöglichkeit für ausländische Erblasser oder Erblasserinnen, die Erstreckung der Rechtswahlmöglichkeit auf Doppelbürger und -bürgerinnen, die Massgeblichkeit der Staatsangehörigkeit im Rechtswahlzeitpunkt und die Möglichkeit eines Zuständigkeitsvorbehalts bei Unterstellung des Nachlasses unter das schweizerische Recht erwähnt. Daneben ist die Erweiterung der Rechtswahlmöglichkeiten in Zusammenhang mit Testamenten und Erbverträgen zu nennen.

Bei der Ausgestaltung der Änderungsvorschläge spielte auch das Kriterium der Praxisfreundlichkeit eine Rolle.<sup>10</sup> So soll den schweizerischen Behörden in Zusammenhang mit ihrer Auffangzuständigkeit ein gewisser Ermessensspielraum gewährt werden. Daneben ist die rechtliche Behandlung eines nach ausländischem Recht bezeichneten Willensvollstreckers oder Nachlassverwalters zu erwähnen, für die nun ein schweizerisches Rechtskleid vorgesehen ist.

Entgegen gewissen Bedenken, die in einer der Stellungnahmen im Rahmen der schriftlichen Expertenkonsultation geäußert wurden, führen die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen nicht zu einer Verschlechterung der Stellung der Auslandschweizer und -schweizerinnen. Unmittelbar betroffen ist dieser Personenkreis bei Artikel 87 Absatz 1 und 2. Auf Absatz 1 wird in der Kommentierung der Bestimmung unter der nachfolgenden Ziffer 2 eingegangen. In Bezug auf Absatz 2 ist festzuhalten, dass sich die Rechtslage der Auslandschweizer und -schweizerinnen gar verbessert, da ihnen mehr Privatautonomie zugestanden wird (Näheres dazu ebenfalls in Ziff. 2).

#### **1.4 Allfällige ergänzende rechtssetzende Massnahmen**

Im Verhältnis zu zwei EuErbVO-Mitgliedstaaten, Griechenland und Italien, besteht eine staatsvertragliche Regelung, die den Bestimmungen des IPRG vorgeht (siehe unten, Ziff. 4.2). Beide Texte enthalten erhebliche Abweichungen sowohl von der Regelung des IPRG wie auch von derjenigen der EuErbVO. Es ist daher zusammen mit den betroffenen Staaten zu prüfen, inwieweit die einschlägigen Vertragsbestim-

<sup>9</sup> Art. 86 Abs. 3, 87 Abs. 2, 90 Abs. 2, 90 Abs. 3, 94 Abs. 2, 95 Abs. 1 und 3<sup>bis</sup> und 96 Abs. 1 Bst. c. Näheres zu den betreffenden Änderungen in der nachfolgenden Ziff. 2. Die parallel zur vorliegenden laufenden Revision des Erbrechts des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB; SR 210) verfolgt als primäres Anliegen, die Entscheidungsautonomie des Erblassers zu stärken (vgl. Ziff. 3.4 des erläuternden Berichts des Bundesrats vom 4. März 2016, zu finden unter [www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vn-ber-d.pdf](http://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vn-ber-d.pdf)).

<sup>10</sup> Betrifft die Änderungen in Art. 87 Abs. 1, 88 Abs. 1, 92 Abs. 2 und gewisse Änderungen in Art. 96. Näheres zum Ganzen in der nachfolgenden Ziff. 2.

---

mungen abgeändert oder aufgehoben werden sollten. Die Bundesverwaltung hat hierzu erste Schritte eingeleitet.

## 2 Erläuterungen zu einzelnen Artikeln

### *Art. 86 Abs. 1 IPRG*

Gemäss dieser Bestimmung sind in einer grenzüberschreitenden Erbschaftsangelegenheit die schweizerischen Behörden zuständig, wenn der Erblasser oder die Erblasserin zuletzt in der Schweiz wohnhaft war.

In der schriftlichen Expertenkonsultation wurde die Option zur Debatte gestellt, den letzten Wohnsitz als Anknüpfungspunkt durch den letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers oder der Erblasserin (auf welchen die EuErbVO abstellt [vgl. oben, Ziff. 1.1.2]) zu ersetzen. Eine klare Mehrheit der eingegangenen Stellungnahmen sprach sich gegen eine entsprechende Gesetzesänderung aus.<sup>11</sup> Die ablehnenden Stimmen teilen die in der bundesrätlichen Botschaft zum IPRG<sup>12</sup> vertretene Auffassung, wonach die Behörden am letzten Wohnsitz des Erblassers oder der Erblasserin in der Regel die engste räumliche Beziehung zum Nachlass haben. Des Weiteren wurde zu bedenken gegeben, dass der gewöhnliche Aufenthalt sehr volatil und in einigen Fällen schwer bestimmbar sei. Hinzu komme, dass der Begriff ziemlich unscharf sei und von Staat zu Staat unterschiedlich ausgelegt werde. Demgegenüber werde der Wohnsitz oft im Testament festgehalten, was zwar nicht verbindlich sei, aber doch einen wichtigen Anhaltspunkt liefere. Verschiedene Stellungnahmen wiesen ergänzend darauf hin, dass es weiterhin Staaten ausserhalb des Geltungsbereichs der EuErbVO gebe, die an den Wohnsitz anknüpfen. Auch die Koordination mit dem Ehegüterrecht des IPRG (Art. 52 ff.) wurde angesprochen, welches ebenfalls an den Wohnsitz anknüpft.

Ohnehin dürften die beiden Anknüpfungsorte selten auseinanderfallen, was in den Stellungnahmen ebenfalls angesprochen wurde.<sup>13</sup> In der Expertengruppe war unbestritten, dass von einer entsprechenden Gesetzesänderung abgesehen werden sollte.

### *Art. 86 Abs. 2 IPRG*

Diese Bestimmung sieht eine Ausnahme zur Grundregel in Absatz 1 vor. In Bezug auf im Nachlass enthaltene ausländische Grundstücke entfällt die schweizerische Zuständigkeit, sofern der Lagestaat für Grundstücke auf seinem Gebiet die ausschliessliche Zuständigkeit vorsieht.

In der schriftlichen Expertenkonsultation wurde eine Ausweitung des besagten Vorbehalts auf sich im Herrschaftsbereich eines ausländischen Staates befindliches bewegliches Vermögen zur Diskussion gestellt. Eine klare Mehrheit der Stel-

<sup>11</sup> Eine entsprechende Änderung befürwortend hingegen PICHT/STUDEN, a.a.O., S. 319.

<sup>12</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) vom 10. November 1982, BBl 1983 I 263.

<sup>13</sup> Siehe auch BONOMI, Le règlement européen sur les successions et son impact pour la Suisse, in: Semaine Judiciaire 2014 II 391 ff., S. 404 ff.

---

lungnamen lehnte eine entsprechende Änderung ab oder äusserte zumindest Vorbehalte.<sup>14</sup> Dabei wurde u.a. vorgebracht, dass, selbst wo das Ausland einen entsprechenden Zuständigkeitsanspruch faktisch durchsetzen könne, unsere Gesetzgebung solchen exorbitanten Ansprüchen nicht nachgeben sollte. Es wurde auch darauf hingewiesen, dass die an den Belegenheitsort anknüpfenden Zuständigkeiten unter der EuErbVO in der Literatur ohnehin als nicht-exklusiv eingestuft würden. Artikel 86 Absatz 2 spiele demnach im Verhältnis zu den EuErbVO-Mitgliedstaaten gar keine Rolle. Eine Stellungnahme meinte ergänzend, dass im Verhältnis zu Drittstaaten in der Regel gleiches gelte. Auch andere Stellungnahmen äusserten Zweifel an der praktischen Bedeutung einer entsprechenden Bestimmung im Verhältnis zu Drittstaaten. Auf einen Änderungsvorschlag zu Artikel 86 Absatz 2 wird daher verzichtet. In der Expertengruppe war dies unbestritten.

Mit dem vorgeschlagenen neuen Artikel 86 Absatz 3 hat nun immerhin der Erblasser oder die Erblasserin die Möglichkeit, dafür zu sorgen, dass einem allfälligen Zuständigkeitsanspruch eines ausländischen Staates auch in Zusammenhang mit beweglichem Vermögen Rechnung getragen wird. Die gilt allerdings nur, soweit es sich beim betreffenden Staat um einen Heimatstaat der betroffenen Person handelt (Näheres dazu in den Bemerkungen zu Art. 96 Abs. 3).

#### *Art. 86 Abs. 3 IPRG*

Schweizer Staatsangehörige können für den Fall, dass sie bei ihrem Ableben ihren Wohnsitz nicht in der Schweiz haben, ihren Nachlass durch testamentarische oder erbvertragliche Verfügung der Zuständigkeit der schweizerischen Behörden unterstellen (Art. 87 Abs. 2). Der vorliegend vorgeschlagene neue Artikel 86 Absatz 3 sieht nun vor, dass auch ausländische Staatsangehörige eine Prorogation zugunsten der Behörden ihres Heimatstaats treffen können.

Die Bilateralisierung der bislang lediglich für Schweizer Staatsangehörige bestehenden Prorogationsmöglichkeit war in der schriftlichen Expertenkonsultation auf breite Zustimmung gestossen und in der Expertengruppe im Grundsatz unbestritten. In Teilen des Schrifttums<sup>15</sup> wird eine entsprechende Regelung bereits unter dem geltenden Recht angenommen. Auch der damalige Berichterstatter des Ständerats war von einer entsprechenden Rechtslage ausgegangen.<sup>16</sup>

Von der Sache ist es angezeigt, ausländischen Staatsangehörigen dieselbe Privatautonomie zuzugestehen wie schweizerischen. Zwar kann damit in gewissen Fällen zwingendes schweizerisches Erbrecht umgangen werden. Doch haben ausländische Staatsangehörige bereits unter dem geltenden Recht die Möglichkeit, ihren Nachlass ihrem Heimatrecht zu unterstellen. Gerade auch im Hinblick auf diese Befugnis ist eine Prorogationsmöglichkeit zugunsten des betreffenden Staats sinnvoll. Der Erblasser oder die Erblasserin kann nun dafür sorgen, dass das von ihm bzw. ihr ge-

<sup>14</sup> Eher zustimmend hingegen PICHT/STUDEN, a.a.O., S. 320.

<sup>15</sup> Vgl. SCHNYDER/LIATOWITSCH, in: Basler Kommentar IPRG, 3. Aufl., Basel 2013, N 16 zu Art. 87 m. Hinw., sowie ROMANO, Remarks on the Impact of the Regulation 650/2012 on the Swiss-EU Successions, in: Yearbook of Private International Law, Vol. 17, S. 253 ff., S. 269.

<sup>16</sup> Amtl. Bull. SR 1985 152; vgl. auch SCHNYDER/LIATOWITSCH, BSK-IPRG, a.a.O., N 16 zu Art. 87.

---

wählte Recht von denjenigen Behörden ausgelegt und umgesetzt wird, die damit am besten vertraut sind.

Die bisher v.a. im Sinne einer Gleichbehandlung befürwortete Regelung des vorgeschlagenen neuen Absatzes 3 bewirkt auch eine praktisch bedeutsame Koordination mit der EuErbVO. Letztere (Art. 10 Abs. 1 lit. a.) sieht, wie bereits ausgeführt (Ziff. 1.1.2 hiervor), für den Nachlass von Angehörigen eines Mitgliedstaats die Zuständigkeit ebenjenes Staats vor, sobald sich ein Teil des Nachlasses auf seinem Gebiet befindet. Hatte die betreffende Person ihren letzten Wohnsitz in der Schweiz, ergibt sich daraus ein Potential für positive Kompetenzkonflikte (vgl. Ziff. 1.1.3 hiervor). Mit der vorliegend vorgeschlagenen Regelung lässt sich ein solcher Konflikt vermeiden. Unterstellt der Erblasser oder die Erblasserin seinen bzw. ihren Nachlass der Zuständigkeit des betreffenden Heimatstaates, würde die Schweiz nun auf ihre Zuständigkeit verzichten.

Eine der wenigen ablehnenden Expertenstellungnahmen machte steuerliche Gründe geltend. Die vorgeschlagene Regelung steht jedoch der schweizerischen Steuerhoheit nicht entgegen. Die Schweiz kann auch einen Nachlass besteuern, für den sie erbrechtlich nicht zuständig ist, genauso wie ihre Unzuständigkeit in der Hauptsache eine Zuständigkeit für sichernde Massnahmen nicht ausschliesst (Art. 89 IPRG).

Die Prorogationsmöglichkeit soll auch für Schweizer Doppelbürger und -bürgerinnen oder Schweizer Mehrfachstaater gelten, was mit dem Passus "*ungeachtet einer allfälligen schweizerischen Staatsangehörigkeit*" zum Ausdruck gebracht wird (Weiteres dazu unten, in den Bemerkungen zu Art. 90 Abs. 2 Satz 1).

Gemäss Artikel 87 Absatz 2 gilt für den Fall, dass ein Schweizer Erblasser oder eine Schweizer Erblasserin eine Rechtswahl zugunsten des schweizerischen Rechts getroffen hat, die Vermutung, dass der Nachlass damit auch der schweizerischen Zuständigkeit unterstellt werden sollte. Der vorliegende Vorentwurf präzisiert dies dahin gehend, dass die besagte Vermutung durch einen einschlägigen Vorbehalt der verfügenden Person umgestossen werden kann (Näheres dazu in den Bemerkungen zu Art. 87 Abs. 2). Im vorgeschlagenen neuen Artikel 86 Absatz 3 wird von einer analogen Regelung abgesehen. Die Unterstellung unter ein ausländisches Heimatrecht begründet nicht die Vermutung, dass gleichzeitig auch die Zuständigkeit auf den betreffenden Staat übergehen soll. Damit wird der Gefahr Rechnung getragen, dass die Behörden jenes Staates ein anderes Recht als das vom Erblasser oder von der Erblasserin gewählte anwenden und die Rechtswahl ins Leere läuft. Bei Artikel 87 Absatz 2 besteht eine solche Gefahr nicht.

Analog zu Artikel 87 Absatz 2 lässt die vorgeschlagene Bestimmung eine blosse Teilprorogation zu. Der Erblasser oder die Erblasserin kann die Prorogation auf einzelne Vermögensteile beschränken, beispielsweise die im betreffenden Heimatstaat gelegenen. Dies ist etwa dann von Vorteil, wenn die Prorogation lediglich dadurch motiviert ist, dass einem allfälligen Zuständigkeitsanspruch des Heimatstaates Rechnung getragen werden soll. Nachlassteile, die sich ausserhalb des Herrschaftsbereichs des betreffenden Staates befinden, können mit der vorgeschlagenen Lösung in der schweizerischen Zuständigkeit belassen werden. In der Expertengruppe war die Zulassung einer Teilprorogation allerdings nicht unumstritten, da sie zu einer Aufspaltung des Nachlasses führt.

---

Eine solche Nachlassspaltung kann sich auch in den Fällen von Artikel 86 Absatz 2, Artikel 87 Absatz 1, Artikel 87 Absatz 2 und Artikel 88 Absatz 1 ergeben. Die betreffenden Situationen werfen verschiedene rechtliche Fragen auf, die z.T. in der Expertengruppe diskutiert wurden. Die Expertengruppe kam zum Schluss, dass eine befriedigende gesetzliche Regelung am ehesten auf der Ebene des materiellen Rechts gefunden werden könne. Der Bundesrat wird die Thematik nun im Rahmen der laufenden Revision des Erbrechts im ZGB prüfen.<sup>17</sup>

Vorliegend nicht übernommen wird das von einigen Literatur- und Expertenstimmen (darunter ein Mitglied der Expertengruppe) geforderte Gebot einer Verknüpfung der Prorogation mit einer entsprechenden Rechtswahl. Nach der hier vertretenen Auffassung ist es nicht Sache der Schweiz, für einen Gleichlauf von *ius* und *forum* (von anwendbarem Recht und Zuständigkeit) im Ausland zu sorgen.

#### *Art. 86 Abs. 4 IPRG*

In Übereinstimmung mit dem in Zusammenhang mit Absatz 3 erwähnten Schrifttum und verschiedenen Stellungnahmen in der schriftlichen Expertenkonsultation soll in den Fällen von Absatz 3 zwecks Vermeidung von negativen Kompetenzkonflikten die schweizerische Zuständigkeit nur dann erlöschen, wenn der jeweilige Heimatstaat sich im konkreten Einzelfall effektiv als zuständig betrachtet und seine Zuständigkeit auch ausübt. Diesem Zweck dient der vorgeschlagene neue Absatz 4. Er war in der Expertengruppe unbestritten.

Mit dem neuen Absatz 4 soll gleichzeitig eine Auffangzuständigkeit für die Fälle von Absatz 2 begründet werden. Nehmen die ausländischen Gerichte am Lageort des Grundstücks ihre Zuständigkeit nicht wahr, lebt die schweizerische Zuständigkeit nach Absatz 1 wieder auf.

#### *Art. 87 Abs. 1 IPRG*

Artikel 87 betrifft den Nachlass eines Auslandschweizers. In Absatz 1 ist eine subsidiäre Zuständigkeit der schweizerischen Behörden am Heimatort vorgesehen für den Fall, dass "*sich die ausländische Behörde mit seinem Nachlass nicht befasst*". Dieser Wortlaut unterscheidet sich von demjenigen der ebenfalls eine subsidiäre Zuständigkeit vorsehenden Bestimmung in Artikel 88 Absatz 1, wo es heisst "*sich die ausländischen Behörden [mit seinem Nachlass] nicht befassen*", also Substantiv und Verb im Plural stehen. Im Schrifttum hat dieser – nur in der deutschen und italienischen Sprachfassung bestehende Unterschied – eine Kontroverse darüber ausgelöst, ob mit dem fraglichen Nebensatz in Artikel 87 Absatz 1 nur Nichtbefassung seitens der zuständigen Behörde am letzten Wohnsitz gemeint ist oder auch Nichtbefassung seitens der Behörden allfälliger anderer Staaten, deren Zuständigkeit aus Schweizer Sicht (Art. 96) anerkannt werden kann.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Zum aktuellen Stand dieses Gesetzgebungsprojekts:  
[www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/news/2017/ref\\_2017-05-10.html](http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/news/2017/ref_2017-05-10.html).

<sup>18</sup> Vgl. zum Ganzen SCHNYDER/LIATOWITSCH, BSK-IPRG, a.a.O., N 5 ff. zu Art. 87, und BUCHER, Commentaire Romand LDIP/CL, Basel 2011, N 4 zu Art. 87, je m. Hinw.

---

Im Interesse der Rechtssicherheit soll diese Frage nun im Gesetzestext geklärt werden. Dabei wird eine Lösung vorgeschlagen, die zwischen den beiden unterschiedlichen Auffassungen<sup>19</sup> vermitteln soll. Ausgegangen wird von der engen Variante, wonach lediglich auf den letzten Wohnsitzstaat zu schauen ist. Hierfür ausschlaggebend waren Praktikabilitätsabwägungen. Den schweizerischen Erbschaftsbehörden soll nicht zugemutet werden, in komplexen rechtlichen Abklärungen sämtliche Staaten ermitteln zu müssen, deren Entscheidungen nach Artikel 96 anerkennungsfähig wären.<sup>20</sup> Daneben soll auch den Erben die Bürde erspart bleiben, zuerst bei all diesen Staaten vorstellig zu werden, bevor sie die Zuständigkeit der schweizerischen Behörden in Anspruch nehmen können. Gleichzeitig sollen aber die schweizerischen Behörden die Möglichkeit haben, gewisse positive Kompetenzkonflikte zu vermeiden.<sup>21</sup> Der vorgeschlagene zweite Satz in Artikel 87 Absatz 1 erlaubt es ihnen daher, im Einzelfall ihre Zuständigkeit auch von der Inaktivität anderer Staaten als desjenigen des letzten Wohnsitzes der verstorbenen Person abhängig zu machen, wenn die Möglichkeit besteht, dass sich die Behörden des betreffenden Staates ebenfalls mit dem Nachlass befassen. In Frage kommen dabei ein allfälliger ausländischer Heimatstaat der betreffenden Person, der Staat ihres letzten gewöhnlichen Aufenthalts und, soweit es nur um einzelne Nachlasswerte geht, deren Lagestaat.<sup>22</sup> Die angerufene Schweizer Behörde kann von der um Verfahrenseinleitung ersuchenden Person den Nachweis verlangen, dass sie in einem oder mehreren dieser Staaten vorstellig geworden ist.<sup>23</sup> Sie muss aber vorweg abklären, ob der jeweilige Staat nach seinem eigenen Recht zuständig ist. Der neue Passus hat v.a. die EuErbVO im Auge, welche die genannten Staaten für zuständig erklärt, soweit es sich um Mitgliedstaaten handelt.<sup>24</sup>

In einer Stellungnahme im Rahmen der schriftlichen Expertenkonsultation wurde eingewendet, es bestehe ein beabsichtigter Unterschied zwischen den Anwendungsvoraussetzungen der Artikel 87 und 88 IPRG. Man habe den Erben und Erbeninnen von Auslandschweizern und -schweizerinnen einen privilegierten Zugang zu den schweizerischen Gerichten gewähren wollen. Eine entsprechende Absicht kommt allerdings in der Botschaft<sup>25</sup> nicht zum Ausdruck. Dort ist vielmehr von einer Notzuständigkeit zur Vermeidung negativer Kompetenzkonflikte die Rede, was für eine rein subsidiäre Zuständigkeit spricht. Letztlich haben die Auslandschweizer und -schweizerinnen auch kein Interesse an einer Regelung, die ihre Erben der Gefahr von Rechtsunsicherheit aufgrund eines positiven Kompetenzkonflikts aussetzt. Ist der betreffenden Person dessen ungeachtet an einer schweizerischen Zuständigkeit

<sup>19</sup> Auch die Expertenkonsultation hatte unterschiedliche Auffassungen ergeben.

<sup>20</sup> Etwa die Staaten, deren Entscheidungen im letzten Wohnsitzstaat anerkannt werden (Art. 96 Abs. 1 Bst. a).

<sup>21</sup> Die Vermeidung positiver Kompetenzkonflikte war ein Kernanliegen des damaligen bundesrätlichen Entwurfs zu Art. 87 Abs. 1 (vgl. Botschaft IPRG, a.a.O., Ziff. 262.2).

<sup>22</sup> Rechtsakte aus den betreffenden Staaten können gemäss dem vorgeschlagenen neuen Art. 96 Abs. 1 Bst. d in der Schweiz anerkannt werden. Ist einer dieser Staaten bereits aktiv geworden, muss die schweizerische Behörde seine Zuständigkeit gar zwingend berücksichtigen und zumindest ihr eigenes Verfahren aussetzen (Art. 9 IPRG).

<sup>23</sup> Vgl. SCHNYDER/LIATOWITSCH, BSK-IPRG, a.a.O., N 19 zu Art. 87.

<sup>24</sup> Der Heimatstaat ist allerdings nur zuständig, wenn sich bei Eintritt des Erbfalls ein Teil des Nachlasses dort befand. Siehe zum Ganzen die Art. 4, 10 Abs. 1 Bst. a und 10 Abs. 2 EuErbVO.

<sup>25</sup> A.a.O., Ziff. 262.2.

---

gelegen, kann sie in einer testamentarischen oder erbvertraglichen Verfügung eine entsprechende Prorogation vorsehen.

In einer anderen Stellungnahme wurde eine Änderung bei der im geltenden Recht vorgesehenen Anknüpfung an den Heimatort vorgeschlagen. Zuständig sollen primär die schweizerischen Behörden am letzten Wohnsitz der verstorbenen Person in der Schweiz sein und die Behörden am Heimatort nur bei Fehlen eines früheren schweizerischen Wohnsitzes zum Zuge kommen. Die innerstaatliche örtliche Zuständigkeit erscheint jedoch von untergeordneter Bedeutung. Zudem dürfte auch der letzte schweizerische Wohnort in vielen Fällen keinen nennenswerten Bezug zum Nachlass aufweisen, besonders wo der betreffende Zeitabschnitt weit zurückliegt. Die Anknüpfung an den Heimatort gewährleistet, dass in jedem Fall eine Zuständigkeit in der Schweiz gegeben ist. Hatte der Erblasser einen zweiten Heimatort, kann die jeweilige Partei zwischen den beiden Gerichtsständen frei wählen<sup>26</sup>, was unproblematisch erscheint. Alles in allem würde also die vorgeschlagene zweistufige Anknüpfung eine nicht wirklich nötige Komplikation bewirken.

#### *Art. 87 Abs. 2 IPRG*

Der geltende Artikel 87 Absatz 2 IPRG sieht für den Nachlass von Auslandschweizern oder -schweizerinnen eine schweizerische Zuständigkeit für den Fall vor, dass die betreffende Person eine entsprechende Prorogation getroffen hat. Eine Rechtswahl zugunsten des schweizerischen Rechts wird dabei einer Prorogation gleichgestellt, was auf die unwiderlegbare Vermutung hinausläuft, der Erblasser oder die Erblasserin habe mit der Wahl des schweizerischen Rechts auch eine schweizerische Zuständigkeit begründen wollen.

In der schriftlichen Expertenkonsultation war die Option zur Debatte gestellt worden, die besagte Vermutung gänzlich zu streichen. Dies aus der Überlegung, dass eine Prorogation eines Auslandschweizers zugunsten der Schweiz ein erhebliches Risiko für einen positiven Kompetenzkonflikt birgt, wenn sich der letzte Wohnsitz (oder der allenfalls davon abweichende gewöhnliche Aufenthalt) der betreffenden Person in einem EuErbVO-Mitgliedstaat befand. Eine entsprechende Prorogation sollte daher ausdrücklich getroffen werden. Die Mehrheit der Expertenstellungen erachtete eine entsprechende Lösung als sinnvoll.<sup>27</sup> In der vorliegend unterbreiteten Neufassung von Artikel 87 Absatz 2 IPRG wird nun jedoch eine Kompromisslösung umgesetzt, die in einigen der ablehnenden Stellungnahmen vorgeschlagen worden war und von der Expertengruppe unterstützt wurde. Danach besteht bei einer Rechtswahl die Vermutung zugunsten einer Prorogation weiter. Der Erblasser oder die Erblasserin hat aber neu die Möglichkeit, die Vermutung durch eine Klausel umzustossen, wonach die getroffene Rechtswahl nicht als gleichzeitige Prorogation zu verstehen sei. Im Gegensatz zu der den Experten unterbreiteten Lösung muss demnach im Fall einer Rechtswahl zugunsten des schweizerischen Rechts eine parallele Prorogation nicht mehr ausdrücklich vorgesehen, sondern ausdrücklich ausgeschlossen werden. Vorgeschlagen wird mit anderen Worten eine *Opt-out*-Lösung anstelle einer *Opt-in*-Lösung. Eine Vermutung zugunsten einer Prorogation

<sup>26</sup> Vgl. SCHNYDER/LIATOWITSCH, BSK-IPRG, a.a.O., N 20 zu Art. 87.

<sup>27</sup> Kritisch hingegen PICTH/STUDEN, a.a.O., S. 321.

---

entspricht eher der hypothetischen Absicht des Erblassers oder der Erblasserin. Gleichzeitig wird aber der betreffenden Person nun die Möglichkeit gewährt, die Vermutung umzustossen und damit einen eventuell drohenden positiven Kompetenzkonflikt zu vermeiden.

*Art. 88 Abs. 1 IPRG*

Diese Bestimmung sieht eine subsidiäre schweizerische Zuständigkeit für im Inland gelegene Nachlasswerte vor. Zu den Fragen, die sich diesbezüglich stellen, kann auf das zu Artikel 87 Absatz 1 Ausgeführte verwiesen werden.

Vorliegend wird nun mit Unterstützung der Expertengruppe vorgeschlagen, die Voraussetzungen für die Auffangzuständigkeit gleich zu regeln wie in Artikel 87 Absatz 1. Der dort neu eingefügte zweite Satz findet sich denn auch hier wieder. Es fehlt allerdings die Erwähnung des Lagestaats, da die subsidiäre Zuständigkeit nach Artikel 88 nur für in der Schweiz gelegene Nachlasswerte gilt.

In der Expertenkonsultation wurde ein Zusatz zur Diskussion gestellt, wonach sich die schweizerische Auffangzuständigkeit auf ausländische Nachlasswerte erstreckt, mit denen sich das Ausland ebenfalls nicht befasst.<sup>28</sup> Die eingegangenen Stellungnahmen lehnten aber eine entsprechende Regelung nahezu einhellig ab.<sup>29</sup> Einige davon wiesen darauf hin, dass dem Anliegen der Vermeidung negativer Kompetenzkonflikte<sup>30</sup> über Artikel 3 IPRG hinreichend Rechnung getragen werden könne. Dies entsprach denn auch der Auffassung der Expertengruppe.

*Art. 90 Abs. 1 IPRG*

Diese Bestimmung unterstellt den Nachlass von Personen mit letztem Wohnsitz in der Schweiz dem hiesigen Erbrecht.

Auch hier wurde ein Wechsel bei der Anknüpfung vom letzten Wohnsitz zum letzten gewöhnlichen Aufenthalt geprüft. Die Idee wurde aus denselben Gründen verworfen wie in Zusammenhang mit den Zuständigkeitsbestimmungen (vgl. oben, zu Art. 86 Abs. 1).

*Art. 90 Abs. 2 IPRG, erster Satz*

Artikel 90 Absatz 2 sieht eine Ausnahme zur Grundregel des Absatz 1 vor: Ausländische Staatsangehörige können ihren Nachlass ihrem Heimatrecht unterstellen. Verfügt eine Person über mehrere Staatsangehörigkeiten, kann sie zwischen den betreffenden Rechtsordnungen frei wählen.<sup>31</sup> Die Rechtswahlmöglichkeit entfällt nach heutigem Recht jedoch, wenn eine dieser Staatsangehörigkeiten die schweizerische ist.

<sup>28</sup> Vgl. SCHNYDER/LIATOWITSCH, BSK-IPRG, a.a.O., N 10 zu Art. 88.

<sup>29</sup> So auch PICHT/STUDEN, a.a.O., S. 320.

<sup>30</sup> Bei denen sich kein Staat als zuständig erachtet.

<sup>31</sup> Vgl. Botschaft IPRG, a.a.O., Ziff. 263.3

---

Grundgedanke hinter dieser Einschränkung war die Gleichbehandlung aller Schweizer Staatsangehörigen ungeachtet einer allfälligen weiteren Nationalität.<sup>32</sup> Sie führt aber zu einer Ungleichbehandlung von Schweizer Staatsangehörigen mit einer weiteren Staatsbürgerschaft und reinen Ausländern. So oder so lässt sich also eine Ungleichbehandlung nicht vermeiden.<sup>33</sup> Unter diesen Umständen erscheint es sinnvoll, sich für diejenige Lösung zu entscheiden, die zu einer Harmonisierung mit den Regeln der EuErbVO<sup>34</sup> führt. Gemäss diesen kann die betroffene Person frei zwischen ihren Heimatrechten wählen. Die vorgeschlagene Änderung im ersten Satz von Artikel 90 Absatz 2 IPRG sieht daher eine entsprechende Liberalisierung vor. Diese Lösung hat gleichzeitig den Vorteil, dass sie zu mehr Privatautonomie führt.

Eine klare Mehrheit der in der schriftlichen Expertenkonsultation eingegangenen Stellungnahmen befürwortete eine entsprechende Lösung oder erachtete sie zumindest als grundsätzlich sachgerecht.<sup>35</sup> In den übrigen Voten wurde auf die Gefahr von Missbräuchen hingewiesen. Dieser Einwand wurde in der Expertengruppe – welche die Änderung ansonsten diskussionslos unterstützte – erörtert (Näheres dazu unten, zu Abs. 3).

In einer der Stellungnahmen wurde die Frage aufgeworfen, ob die freie Wahlmöglichkeit bei mehr als einem ausländischen Heimatrecht gesetzlich verankert werden sollte. Der Wortlaut scheint jedoch diesbezüglich schon in der geltenden Fassung hinreichend klar zu sein. Soweit hier bekannt, hat die betreffende Regelung bis jetzt nie Anlass zu Diskussionen gegeben.

In derselben Stellungnahme wurde die Prüfung einer Erweiterung der Rechtswahlmöglichkeit auf das Recht am aktuellen gewöhnlichen Aufenthalt oder auf das für das Güterrecht der betreffenden Person massgebende Recht angeregt. Was den aktuellen gewöhnlichen Aufenthalt betrifft, sei auf die vorliegend vorgeschlagenen Änderungen in Artikel 94 hingewiesen, die dem Anliegen zumindest teilweise Rechnung tragen und gleichzeitig eine Harmonisierung mit der EuErbVO bewirken. Auf eine Ersetzung von "Wohnsitz" durch "gewöhnlicher Aufenthalt" wird auch dort ganz bewusst verzichtet (vgl. dazu oben, zu Art. 86 Abs. 1). Was das Güterrecht anbelangt, wird durch den vorgeschlagenen neuen Artikel 95 Absatz 3<sup>bis</sup> IPRG eine Koordinationsmöglichkeit geschaffen.<sup>36</sup> Die betreffende Regelung hat ebenfalls den Vorzug, EuErbVO-konform zu sein. Durch einen noch weiter gehenden Ausbau der Rechtswahlmöglichkeit neue Divergenzen zur EuErbVO zu schaffen, erscheint wenig sinnvoll.

Ein weiterer Vorschlag des betreffenden Experten regte die Prüfung einer gesetzlichen Klarstellung an, wonach die Rechtswahl auch für die Frage der Verfügungsfreiheit gelte bzw. das Pflichtteilsrecht nicht zum schweizerischen Ordre public zähle.<sup>37</sup> Zu dieser Frage scheint allerdings eine differenzierte Betrachtungsweise angezeigt<sup>38</sup>, die sich schlecht in eine Gesetzesbestimmung fassen lässt.

<sup>32</sup> Vgl. Botschaft IPRG, a.a.O., Ziff. 263.3.

<sup>33</sup> Kritisch auch HEINI, Zürcher Kommentar IPRG, 2. Aufl., Zürich 2004, N 8 zu Art. 90.

<sup>34</sup> Vgl. Art. 22 EuErbVO.

<sup>35</sup> Zustimmend auch PICHT/STUDEN, a.a.O., S. 321.

<sup>36</sup> Vgl. dazu Art. 52 Abs. 2 IPRG.

<sup>37</sup> So entschieden vom Bundesgericht in BGE 102 II 136 E. 4.

<sup>38</sup> Siehe dazu SCHNYDER/LIATOWITSCH, BSK-IPRG, a.a.O., N 19 zu Art. 90.

---

Schliesslich wurde vorgeschlagen, Artikel 90 Absatz 2 um Bestimmungen zur Frage der stillschweigenden Rechtswahl zu ergänzen. Auch davon wird vorliegend abgesehen. Der damalige Gesetzgeber hat die Frage bewusst der Gerichtspraxis überlassen.<sup>39</sup> Die Gerichte haben die Möglichkeit, bei der Anwendung von Artikel 90 Absatz 2 das europäische Recht mitzubersichtigen, wie das in anderen Bereichen des IPRG bereits praktiziert wird. Die aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 125 III 35) lässt eine konkludente Rechtswahl grundsätzlich zu und bewegt sich damit auf der Linie der EuErbVO.

*Art. 90 Abs. 2 IPRG, zweiter Satz*

Mit diesem neuen Satz soll eine parallele Regelung zu Artikel 91 Absatz 2 geschaffen werden (siehe die Bemerkungen zu dieser Bestimmung wie auch diejenigen zu Art. 87 Abs. 2). Auch hier ist eine gesetzliche Verknüpfung von Prorogation und Rechtswahl bei gleichzeitiger *Opt-out*-Möglichkeit vorgesehen. Praktisch spielt diese Regelung allerdings nur dort eine Rolle, wo der prorogierte Staat sich selbst nicht als zuständig betrachtet oder von seiner Zuständigkeit keinen Gebrauch macht und die schweizerischen Behörden sich dadurch weiterhin mit dem Nachlass zu befassen haben (vgl. den vorgeschlagenen Art. 86 Abs. 4). Ansonsten stellt sich für die Schweiz die Frage des anwendbaren Rechts in der Regel gar nicht mehr.<sup>40</sup>

*Art. 90 Abs. 3 IPRG*

Der aktuelle zweite Satz von Artikel 90 Absatz 2 soll in einen neuen Absatz 3 übersiedelt werden. Grund dafür ist der neu eingefügte Satz nach dem ersten Satz von Absatz 2.

Der dislozierte Satz lässt in seiner geltenden Fassung die im ersten Satz von Absatz 2 vorgesehene Unterstellung unter das Heimatrecht dahinfallen, wenn die betreffende Person im Zeitpunkt des Todes diesem Staat nicht mehr angehört oder das Schweizer Bürgerrecht erworben hat.

Was den nachträglichen Erwerb der schweizerischen Staatsbürgerschaft anbelangt, so kann einem solchen Umstand im Lichte der vorgeschlagenen Änderungen im ersten Satz von Absatz 2 (siehe dazu oben) keine Bedeutung mehr zukommen. Eine parallele Schweizer Staatsbürgerschaft soll ausländischen Staatsangehörigen nicht mehr die Möglichkeit nehmen, ihren Nachlass dem Recht ihres anderen Heimatstaates zu unterstellen. Der diesbezügliche Passus soll daher ersatzlos gestrichen werden.

Was den nachträglichen Verlust der ausländischen Staatsbürgerschaft betrifft, erscheint es von der Sache her nicht zwingend angezeigt, eine bereits getroffene Rechtswahl dahinfallen zu lassen. Es lässt sich durchaus auch der Standpunkt vertreten, dass es ausreicht, wenn im Zeitpunkt der Rechtswahl ein relevanter Bezug zum gewählten Recht besteht. Eine entsprechende Lösung hat den Vorteil, dass sie für Kontinuität sorgt. Eine einmal gültige getroffene Rechtswahl bliebe auch bei einer

<sup>39</sup> Siehe dazu Botschaft IPRG, a.a.O., Ziff. 263.3.

<sup>40</sup> In der Expertengruppe bestanden gewisse Zweifel darüber, ob es diese Bestimmung überhaupt braucht.

---

nachträglichen Änderung der äusseren Umstände gültig, solange sie nicht widerrufen würde. Es wird daher vorgeschlagen, die mit der Änderung des ersten Satzes von Artikel 90 Absatz 2 bewirkte teilweise Angleichung an Artikel 22 EuErbVO zu vervollständigen<sup>41</sup> und im Passus "fällt dahin ..." das Wort "nicht" einzufügen.

Der Expertengruppe war ein Vorschlag für einen weiteren Satz in Absatz 3 unterbreitet worden: "*Hingegen ist [die Unterstellung unter das Recht des Heimatstaates] unbeachtlich, wenn gewichtige Anhaltspunkte für die Annahme bestehen, dass die betreffende Staatsbürgerschaft zum hauptsächlichen Zweck erworben wurde, Bestimmungen des schweizerischen Erbrechts zu umgehen.*" Mit der betreffenden Bestimmung sollte den oben in Zusammenhang mit Artikel 90 Absatz 2 Satz 1 angesprochenen Bedenken (Missbrauchsgefahr) Rechnung getragen werden. Die Expertengruppe war jedoch der Auffassung, dass das Rechtsmissbrauchsverbot in Artikel 2 ZGB als Korrektiv ausreicht. Dessen Anwendung setzt allerdings voraus, dass die Missbrauchsabsicht im konkreten Einzelfall erwiesen ist. In Betracht kommen hier Personen, die vor dem fraglichen Erwerb lediglich über die schweizerische Staatsbürgerschaft verfügten und deren Nachlass damit im Fall eines letzten Wohnsitzes in der Schweiz zwingend dem schweizerischen Recht unterstanden hätte. Ein Anhaltspunkt für einen Missbrauch kann hier v.a. dann bestehen, wenn die betreffende Person die Staatsbürgerschaft in zeitlicher Nähe zur Errichtung ihres Testaments erworben hat, insbesondere wenn sie zum betreffenden Staat nur eine schwache Beziehung hatte.

Im aktuellen Gesetzestext nicht angesprochen ist die umgekehrte Konstellation, in welcher die verfügende Person die betreffende Staatsbürgerschaft erst nach der Rechtswahl erlangt. Eine der Stellungnahmen in der schriftlichen Expertenkonsultation schlug hier eine Regelung vor, welche darauf abstellte, ob im Zeitpunkt der Rechtswahl bereits ein hinreichender Bezug der verfügenden Person zum gewählten Recht bestand. Ob eine solche Regelung praktikabel wäre, ist jedoch fraglich. Im Übrigen sind es gerade die Fälle eines späten Erwerbs einer neuen Staatsbürgerschaft, die ein grosses Missbrauchspotential bergen (vgl. den vorangehenden Absatz). Der nachträgliche Erwerb der betreffenden Staatsbürgerschaft soll daher weiterhin unbeachtlich bleiben, obwohl er unter der EuErbVO (Art. 22 Abs. 1) zu berücksichtigen wäre.<sup>42</sup>

#### *Art. 91 Abs. 1 IPRG*

Artikel 91 Absatz 1 betrifft den Nachlass von mit Wohnsitz im Ausland verstorbenen Personen. Er sieht vor, dass das internationale Privatrecht (Kollisionsrecht) des letzten Wohnsitzstaates darüber zu befinden hat, welchem nationalen Erbrecht der Nachlass untersteht.

Diese Regelung führt dort zu Problemen, wo das jeweilige ausländische Kollisionsrecht das anwendbare materielle Recht nicht selbst bestimmt, sondern dessen Bezeichnung ebenfalls dem Kollisionsrecht eines bestimmten Staates überträgt und es

<sup>41</sup> Gemäss Artikel 22 Absatz 1 EuErbVO reicht es aus, wenn die betreffende Person dem Staat, dessen Rechtsordnung sie ihren Nachlass unterstellt hat, im Zeitpunkt der Rechtswahl angehört hat.

<sup>42</sup> Vgl. BONOMI, Bonomi/Wautelet, a.a.O., N 30 zu Art. 22.

---

sich im konkreten Fall beim betreffenden Staat um die Schweiz handelt. Deren Kollisionsrecht, Artikel 91 Absatz 1, würde dann wieder auf das ausländische zurückverweisen und dieses wieder auf das schweizerische. Es ergäbe sich eine Endlosschleife. Eine solche Situation kann beispielsweise beim Hinschied einer Person eintreten, die ihren letzten Wohnsitz in England hatte und über ein Grundstück in der Schweiz verfügte. Besteht eine Zuständigkeit in der Schweiz, wäre für die Bestimmung des anwendbaren Erbrechts auf das englische Kollisionsrecht abzustellen. Dieses gibt aber in Bezug auf das schweizerische Grundstück den Ball an das schweizerische Kollisionsrecht zurück (*Foreign-court-Theorie*) und *vice versa*, was zu einem Pingpong-Effekt bzw. zur erwähnten Endlosschleife führt. Judikatur zu dieser Problematik scheint es kaum zu geben, und die Lösungsansätze im Schrifttum gehen in unterschiedliche Richtungen, so dass hier erhebliche Rechtsunsicherheit besteht. Eine grosse Mehrheit der schriftlich eingegangenen Expertenmeinungen sprach sich dafür aus, dass diese Unsicherheit durch eine gesetzliche Klarstellung beseitigt werden sollte. Die Expertengruppe teilte diese Auffassung.

Auf der Basis des bestehenden Artikel 91 Absatz 1 kommen hier primär zwei Lösungen in Frage. Die eine besteht in der Umwandlung der Verweisung auf das ausländische Kollisionsrecht in eine Verweisung auf das materielle Recht des betreffenden Staates für den Fall, dass auf das schweizerische Kollisionsrecht rückverwiesen würde. Die andere Lösung besteht in der Umwandlung einer solchen Rückverweisung in eine Verweisung auf das schweizerische materielle Recht. Vorliegend wird nun vorgeschlagen, dem ersten Ansatz zu folgen. Er entspricht dem Grundprinzip der Anknüpfung an den letzten Wohnsitz des Erblassers oder der Erblasserin. Im Fall einer Rückverweisung auf das schweizerische Kollisionsrecht kommt das materielle Recht des letzten Wohnsitzstaates zur Anwendung. Im vorgenannten Beispiel mit England ist das auch der Staat, bei dem die Hauptzuständigkeit für den Nachlass liegt. Zudem würde in diesem Beispiel gewährleistet, dass der ganze Nachlass nach ein und demselben Recht beurteilt wird, unterstehen doch der in England belegene unbewegliche sowie der ganze bewegliche Nachlass nach dem dortigen Kollisionsrecht dem lokalen Erbrecht.<sup>43</sup> In dieser Harmonisierung auf der Ebene des anwendbaren Rechts liegt denn auch die primäre *ratio legis* von Artikel 91 Absatz 1.<sup>44</sup>

Ein englisches Gericht würde die vorgeschlagene Lösung übernehmen. Aufgrund seines *Foreign-court*-Ansatzes würde es so entscheiden wie ein schweizerisches Gericht.<sup>45</sup> In den allermeisten Fällen würde auch ein EuErbVO-Mitgliedstaat die vorgeschlagene Verweisung auf das materielle Recht des Wohnsitzstaats anerkennen. Die EuErbVO verweist auf das Recht des letzten gewöhnlichen Aufenthaltsstaats, der in aller Regel mit dem letzten Wohnsitzstaat übereinstimmt (vgl. oben, zu Art. 86 Abs. 1). Eine Weiterverweisung im Sinne von Artikel 34 Absatz 1 Buchstabe a oder b EuErbVO liegt nicht vor.

<sup>43</sup> Dies zumindest in denjenigen Fällen, in denen sich auch nach dem englischen Recht der Wohnsitz (*domicile*) in England befand. Vgl. zum Ganzen KUHN, *Der Renvoi im internationalen Erbrecht der Schweiz*, Zürich 1998, S. 318.

<sup>44</sup> Vgl. Botschaft IPRG, a.a.O., Ziff. 263.2, sowie HEINI, ZK-IPRG, a.a.O., N 2 zu Art. 91.

<sup>45</sup> Vgl. KUHN, a.a.O., S. 317.

---

Zwischen einem EuErbVO-Mitgliedstaat und der Schweiz ist ein Pingpong-Effekt höchstens in der seltenen Konstellation denkbar, dass sich der letzte Wohnsitz des Erblassers oder der Erblasserin in einem EuErbVO-Mitgliedstaat X befand, die betreffende Person aber ihren letzten gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne der EuErbVO in der Schweiz hatte. Auch hier würde mit der oben vorgeschlagenen Lösung eine Endlosschleife vermieden. Die sich aus Artikel 91 Absatz 1 IPRG ergebende Verweisung auf das Recht des Wohnsitzstaates X würde sich aufgrund der dort vorgesehenen Rückverweisung auf das schweizerische Recht nur noch auf das materielle Recht beziehen. Es gälte also das Erbrecht des Staates X. Der die EuErbVO anwendende Staat X würde dieses Ergebnis berücksichtigen. Aus seiner Sicht würde das von der EuErbVO berufene Schweizer Recht auf das materielle Erbrecht des Staates X rückverweisen, was angesichts der Tatsache, dass es sich beim betreffenden Staat um eine Mitglied der EuErbVO handelt, zu anerkennen wäre (Art. 34 Abs. 1 Bst. a EuErbVO).

Die Expertengruppe bevorzugte allerdings einen grundlegend anderen Ansatz, der einem Paradigmenwechsel gleichkommt. Die in Artikel 91 Absatz 2 vorgesehene Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts für die Fälle von Artikel 87 sollte auf die Fälle von Artikel 88 erweitert werden. Artikel 91 Absatz 2 würde danach in etwa wie folgt lauten: *"Soweit die schweizerischen Gerichte oder Behörden nach Artikel 87 oder 88 zuständig sind, untersteht der Nachlass einer Person mit letztem Wohnsitz im Ausland schweizerischem Recht, es sei denn, diese habe in der letztwilligen Verfügung oder im Erbvertrag ausdrücklich das Recht an seinem letzten Wohnsitz oder das Recht eines seiner Heimatstaaten vorbehalten."* Das oben erörterte Problem bei Artikel 91 Absatz 1 verlöre dadurch seine praktische Bedeutung, da die Fälle von Artikel 88 seinen hauptsächlichen Anwendungsbereich bilden. Die Lösung hätte zudem den Vorteil, dass sie den mit dem Nachlass befassten schweizerischen Behörden die Anwendung des schweizerischen Rechts ermöglichen würde. Der Bundesrat sieht indes keinen Anlass für eine grundsätzliche Umgestaltung von Artikel 91. Soweit bekannt, ist der wesentliche Gehalt der Bestimmung bis jetzt nicht auf Kritik gestossen. Die Erwägungen in der Botschaft von 1982<sup>46</sup>, insbesondere das Ziel der Behandlung des gesamten Nachlasses unter einem einheitlichen Recht (vgl. oben), scheinen ihm nach wie vor Geltung zu haben.

Eine Stellungnahme in der schriftlichen Expertenkonsultation schlug vor, zur Vermeidung des Pingpong-Effekts auch die Option einer Ausweitung der Rechtswahlmöglichkeit zu prüfen. Der geltende Artikel 91 Absatz 1 IPRG lässt jedoch bereits die Berücksichtigung einer beliebigen Rechtswahl zu, solange diese vom Recht des letzten Wohnsitzstaates des Erblassers oder der Erblasserin anerkannt wird. Eine weitergehende Zulassung einer Rechtswahl würde – im Gegensatz zur vorliegend vorgeschlagenen Lösung – dem Harmonisierungsziel der in Artikel 91 Absatz 1 IPRG vorgesehenen Regelung zuwiderlaufen.

Vorliegend wird keine Lösung für den Fall präsentiert, dass sich das Pingpong nicht zwischen dem Schweizer Recht und dem Recht des letzten Wohnsitzstaates abspielt, sondern zwischen Letzterem und einem weiteren Staat (beispielsweise dem Heimatstaat). In der Literatur konnte kein Beispiel für einen praktischen Anwendungsfall

<sup>46</sup> Botschaft IPRG, a.a.O., Ziff. 263.2.

---

gefunden werden, so dass davon ausgegangen werden kann, dass den besagten Konstellationen kaum praktische Bedeutung zukommt. Im Übrigen hätte bei einem Pingpong zwischen zwei ausländischen Staaten eine Lösung im Rahmen von Artikel 91 IPRG nicht denselben Harmonisierungseffekt. Das schweizerische Kollisionsrecht wäre für die beiden Staaten ohne Belang.

*Art. 91 Abs. 2 IPRG*

Artikel 91 Absatz 2 bestimmt, dass in den Fällen einer Heimatortzuständigkeit nach Artikel 87 stets das schweizerische Recht anwendbar ist, *"es sei denn, der Erblasser habe in der letztwilligen Verfügung oder im Erbvertrag ausdrücklich das Recht an seinem letzten Wohnsitz vorbehalten"*.

In der Expertengruppe wurde die Streichung des Wortes *"ausdrücklich"* im einschränkenden Nebensatz (*"es sei denn [...]"*) diskutiert. Vorliegend wird nun eine tiefgreifendere Änderung des betreffenden Passus vorgeschlagen. Hintergrund ist die Tatsache, dass die Verweisung auf das schweizerische Recht in Artikel 91 Absatz 2 sowohl die Fälle von Artikel 87 Absatz 1 als auch die Fälle von Artikel 87 Absatz 2 (siehe dazu die Bemerkungen oben zur jeweiligen Norm) betrifft, der besagte Nebensatz aber in seiner aktuellen Formulierung einseitig auf die Fälle von Absatz 2 (Vorliegen einer Prorogation zugunsten der schweizerischen Behörden) zugeschnitten ist. Der neue Text *"es sei denn, der Erblasser habe [...] seinen Nachlass dem Recht [...] unterstellt"* soll nun auch auf die Fälle von Abs. 1 passen. Für eine Rechtswahl im Sinne dieser Bestimmung sollen grundsätzlich dieselben Regeln gelten wie für eine solche nach Artikel 90 Absatz 2. In der Praxis wird aber zu berücksichtigen sein, dass bei der Annahme einer stillschweigenden Rechtswahl grössere Zurückhaltung geübt werden muss als unter jener Bestimmung (vgl. dazu oben, zu Art. 90 Abs. 2, erster Satz), wenn es um einen Fall von Artikel 87 Absatz 2 geht; denn wo der Erblasser oder die Erblasserin eine Prorogation zugunsten der Schweiz verfügt hat, besteht ein starkes Indiz dafür, dass er oder sie auch das schweizerische Recht angewendet haben wollte, und damit ein Indiz gegen die Wahl des Wohnsitzrechts. Hat die betreffende Person gar eine ausdrückliche Rechtswahl zugunsten des schweizerischen Rechts getroffen, erübrigt sich die Frage nach einer stillschweigenden Wahl des Wohnsitzrechts.<sup>47</sup>

Neu soll die Rechtswahlmöglichkeit nun auch auf ein allfälliges weiteres Heimatrecht des betroffenen Auslandschweizers oder der betroffenen Auslandschweizerin erstreckt werden. Dies soll die in Artikel 90 Absatz 2 vorgeschlagene Änderung widerspiegeln, wonach die Möglichkeit, den eigenen Nachlass einem ausländischen Heimatrecht zu unterstellen, neu auch für Schweizer Doppelbürger und -bürgerinnen oder Mehrfachstaater gelten soll.

In der schriftlichen Expertenkonsultation wurde die Option genannt, bei einer Zuständigkeit nach Artikel 87 Absatz 2 die Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts nur noch für den Fall des Vorliegens einer entsprechenden Rechtswahl vorzusehen. Die Meinungen hierzu waren geteilt.<sup>48</sup> Vorliegend wird nun vorgeschlagen, in

<sup>47</sup> Es sei denn, die Wahl des schweizerischen Rechts ist in einer früheren Verfügung von Todes wegen erfolgt

<sup>48</sup> Kritisch PICH/STUDEN, a.a.O., S. 321.

---

Analogie zu der für Artikel 87 Absatz 2 vorgesehenen Lösung (siehe oben, zu Art. 87 Abs. 2) die bestehende *Opt-out*-Regelung (Anwendbarkeit des Schweizer Rechts, sofern nichts Abweichendes verfügt wird) beizubehalten.

*Art. 92 Absatz 2 IPRG*

Artikel 92 IPRG führt aus, welche Rechtsfragen dem von Artikel 90 f. IPRG bezeichneten anwendbaren Recht (sog. Erbstatut) unterstehen und für welche Rechtsfragen das Recht am Ort der Nachlassabwicklung (sog. Eröffnungsstatut), bei einem schweizerischen Verfahren also das schweizerische Recht, vorbehalten bleibt.

Leider hat sich erwiesen, dass die Bestimmung nicht hinreichend klar abgefasst ist. Rechtsfragen in Zusammenhang mit der Willensvollstreckung werden vom Gesetzeswortlaut dem Eröffnungsstatut zugewiesen. Die bundesrätliche Botschaft zum IPRG<sup>49</sup> wie auch der klar überwiegende Teil des Schrifttums gehen aber davon aus, dass dies nur die formellen Aspekte der Willensvollstreckung betrifft. Über die genaue Grenzziehung besteht dabei keine Einigkeit.<sup>50</sup> Hier besteht demnach Klärungsbedarf. Eine deutliche Mehrheit der in der schriftlichen Expertenkonsultation eingegangenen Stellungnahmen befürwortet eine entsprechende gesetzliche Anpassung. Die Frage ist von erheblicher praktischer Bedeutung; dies besonders in Zusammenhang mit einem Willensvollstrecker (*executor*) oder einem behördlich eingesetzten Nachlassverwalter (*administrator*) nach dem Erbrecht des *common law*, welche bei Anwendung des betreffenden Rechts treuhänderisches Eigentum am Nachlass erlangen.<sup>51</sup>

Die vorliegend vorgeschlagene Lösung folgt der von der bundesrätlichen Botschaft zum IPRG<sup>52</sup> skizzierten Linie. Die Rechte und Pflichten des Willensvollstreckers unterstehen grundsätzlich dem Erbstatut. Seine Stellung in Bezug auf den Nachlass, d.h. die Frage des Eigentums an diesem und seiner Verfügungsmacht darüber, beurteilt sich aber nach dem Eröffnungsstatut. Dies hat den Vorteil, dass bei Geltung des Erbrechts eines *Common-law*-Staats in einem schweizerischen Erbschaftsverfahren ein im Testament bezeichneter *executor* grundsätzlich wie ein Willensvollstrecker nach ZGB behandelt und die bei Fehlen einer entsprechenden testamentarischen Verfügung vorgesehene Einsetzung eines *administrator* durch Anordnung einer amtlichen Liquidation im Sinne von Artikel 593 ZGB umgesetzt werden kann.<sup>53</sup> Damit lässt sich ein *executor* oder *administrator* problemlos in das System des schweizerischen Zivilrechts einpassen. Hinsichtlich Erbbescheinigung, Willens-

<sup>49</sup> A.a.O., Ziff. 263.5.

<sup>50</sup> Siehe zum Ganzen MAYER, Erbbescheinigungen bei letztwilligen Verfügungen zugunsten eines Trusts – unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsstellung eines zwischengeschalteten *personal representative*, Ergänzende Bemerkungen zu einer Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz, in: *successio* 4/2015, S. 308 ff., S. 314 f.

<sup>51</sup> Bei der Willensvollstreckung im Sinne von Art. 517 f. ZGB verbleibt das Eigentum grundsätzlich bei der Erbengemeinschaft.

<sup>52</sup> A.a.O., Ziff. 263.5.

<sup>53</sup> Mit einem Zusatz in der Einsetzungsverfügung für den Nachlassliquidator, wonach Letzterer zusätzlich die Erbteilung durchzuführen und dabei das englische Recht anzuwenden hat. Der als *executor* amtierende Willensvollstrecker würde in einem ersten Schritt ebenfalls die Funktion eines amtlichen Liquidators übernehmen. Siehe zum Ganzen MAYER, a.a.O., S. 316 und 320.

---

vollstreckerbeseinigung, Eintragung ins Grundbuch etc. kann auf die für Binnen-sachverhalte geltenden Regeln des schweizerischen Rechts zurückgegriffen werden. Dem betreffenden ausländischen Erbrecht wird dabei noch hinreichend Rechnung getragen. Die Essenz der von ihm vorgesehenen Massnahme besteht in der Einsetzung einer mit der Abwicklung des Nachlasses beauftragten Person, die über diesen ausschliesslich verfügen können soll. Mit der Bezeichnung eines Willensvollstreckers oder Nachlassliquidators im Sinne des ZGB ist dieses Anliegen erfüllt. Wem hier das formelle Eigentum zufällt, erscheint sekundär und dürfte auch einen Erblasser wenig interessieren, der seinen Nachlass dem Erbrecht eines *Common-law*-Staats unterstellt hat. Für ihn ist wichtiger, dass sich die Aufgaben des *executor* oder *administrator* nach dem betreffenden Recht bestimmen.<sup>54</sup>

Im geltenden Artikel 92 ist lediglich von der Willensvollstreckung die Rede. Die vorgeschlagene Neufassung nennt nun der Klarheit halber auch die Nachlassverwaltung. Damit ist die behördlich angeordnete Nachlassabwicklung gemeint, im Sinne der *administration des common law* oder im Sinne von Artikel 29 EuErbVO (wo von einem "Nachlassverwalter" die Rede ist). Nicht erfasst werden soll ein blosser Erbschaftsverwalter im Sinne von Artikel 554 ZGB, dessen Aufgabenbereich sich auf sichernde Massnahmen beschränkt. Die reine Erbschaftsverwaltung soll weiterhin vollumfänglich dem Eröffnungsstatut unterstehen.<sup>55</sup>

#### *Art. 92 IPRG, verworfene Ergänzung*

In einer der Stellungnahmen im Rahmen der Expertenkonsultation war angeregt worden, die Artikel 90 - 95 um eine Bestimmung über das auf Erbbeseinigungen anwendbare Recht zu ergänzen. Dies erscheint jedoch unnötig. Für den Fall, dass die Erbbeseinigung von einer schweizerischen Erbschaftsbehörde ausgestellt wird, geht das Bundesgericht von der Anwendbarkeit von Artikel 559 ZGB aus.<sup>56</sup> Wer

<sup>54</sup> Die Vorgängerbehörde des Bundesamtes für Justiz (Justizabteilung des EJPD) hat sich in einem 1973 veröffentlichten Rechtsgutachten (zu finden in VPB 37/1973 Nr. 57) im Ergebnis für dieselbe Lösung ausgesprochen. U.a. wollte es damit der Tatsache Rechnung tragen, dass nach dem Erbrecht der *Common-law*-Staaten der *personal representative* zwar formeller Eigentümer des Nachlasses ist, seine Rechtsmacht aber in materieller Hinsicht durch eine Truststellung eingeschränkt ist. Im selben Sinne BUCHER, CR LDIP/CL, a.a.O., Art. 92 IPRG N 7; DIGGELMANN/WOLF, Erbgang und Nachlassabwicklung nach dem neuen internationalen Privatrecht der Schweiz, in Praetor 1988/89, S. 89, und BERTHER, Die internationale Erbschaftsverwaltung bei schweizerisch-deutschen, -österreichischen und -englischen Erbfällen, Schweizer Schriften zur Vermögensberatung und zum Vermögensrecht Bd. 3, Zürich 2001, S. 218 f. Vgl. auch DUTOIT, Droit international privé, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 4. Aufl., Basel 2005, Art. 92 N 5.

Unter der EuErbVO dürfte sich die Rechtsstellung eines Willensvollstreckers oder Nachlassverwalters ausschliesslich nach dem Erbstatut bestimmen (vgl. Art. 23 Abs. 2 Bst. f EuErbVO). Der Bundesrat sieht hier aber keinen nennenswerten Koordinationsbedarf. Artikel 67 Absatz 1 Buchstabe a Ziffer 2 und 4 und Buchstabe b Ziffer 3 der Grundbuchverordnung vom 23. September 2011 (GBV; SR 211.432.1), die davon ausgehen, dass der sog. "Zwischenberechtigte" Eigentum am Nachlass erwirbt, würden bei der vorgeschlagenen Gesetzesänderung nur noch für einen im Ausland bezeichneten *executor* oder *administrator* gelten, dessen Bestätigung bzw. Einsetzung nach Artikel 96 IPRG anerkannt wird.

<sup>55</sup> Siehe zur aktuellen Rechtslage das Bundesgerichtsurteil 5A\_758/2007 vom 3. Juni 2008.

<sup>56</sup> Siehe BGE 118 II 108 E. 2b sowie das Urteil 5A\_758/2007 vom 3. Juni 2008.

---

unter welchen Voraussetzungen Anrecht auf eine Bescheinigung hat und in welcher Form und in welchem Verfahren diese ausgestellt wird, bestimmt sich daher nach dem innerstaatlichen Recht. Das auf den Nachlass anwendbare Recht (Erbstatut) ist lediglich für die Frage massgebend, wer im vorliegenden Zusammenhang als Erbe oder Erbin zu gelten hat.<sup>57</sup> Soweit scheint die Rechtslage hinreichend klar zu sein.

Gemäss herrschender Lehre erstreckt sich der Geltungsbereich des Erbstatuts auch auf die "Legitimationswirkungen" der Erbbescheinigung.<sup>58</sup> Nach Auffassung des Bundesrats ist indes zwischen dem, was die EuErbVO "formelle Beweiskraft" nennt, und den Legitimationswirkungen im engeren Sinne zu unterscheiden. Die formelle Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde bestimmt sich gemäss Artikel 59 EuErbVO nach dem Recht des Ausstellerstaates, was auch im Rahmen des IPRG gelten muss. Bei einer Schweizer Erbbescheinigung gilt demnach die bescheinigte Erbenstellung solange als voll ausgewiesen, als nicht ein abweichender Urteilspruch ergeht (oder die Bescheinigung nicht widerrufen wird).<sup>59</sup> Bei einem im Ausland ausgestellten Erbfolgezeugnis gelten die entsprechenden Regeln des betreffenden Staates. Inwieweit der mit dem Zeugnis erbrachte Nachweis ausreicht und welches Recht für diese Frage massgebend ist, hängt vom Kontext ab, in dem sie sich stellt. Geht es um die Eintragung des betroffenen Erben ins Grundbuch, hat das auf das jeweilige Grundstück anwendbare Recht darüber zu befinden, inwieweit die sich als Erbe oder Erbin bezeichnende Person ihre Stellung nachweisen muss.<sup>60</sup> Für schweizerische Grundstücke gilt Artikel 965 ZGB bzw. Artikel 65 Absatz 1 Buchstabe a der Grundbuchverordnung<sup>61</sup>. Diese Bestimmung wird im Sinne von Artikel 559 ZGB verstanden<sup>62</sup>, so dass eine ausländische Urkunde mindestens dieselbe Beweiskraft haben muss wie eine Erbbescheinigung nach ZGB. Welchen Nachweis ein vermeintlicher Erbe einer Bank gegenüber zu erbringen hat, beurteilt sich nach dem auf die jeweilige Bankbeziehung anwendbaren Recht.

In der Expertengruppe wurde die Option geprüft, eine Artikel 59 EuErbVO entsprechende Regel in einen neu zu schaffenden Artikel 96a IPRG aufzunehmen (in Bezug auf ausländische Erbbescheinigungen). Die Idee wurde dann aber verworfen. Eine

<sup>57</sup> Der Begriff des Erben bestimmt sich nach Art. 483 Abs. 2 ZGB, wonach als Erbe gilt, wer die Erbschaft insgesamt oder zu einem Bruchteil erhalten soll. Die Massgeblichkeit des Erbstatuts für die Frage der Erbfolge ergibt sich aus dem Wortlaut von Artikel 92 Absatz 1: "Das auf den Nachlass anwendbare Recht bestimmt, [...] wer in welchem Umfang daran berechtigt ist [...]."

<sup>58</sup> Vgl. DALLAFIOR, Die Legitimation des Erben, Eine rechtsvergleichende und international-privatrechtliche Studie, Schweizer Studien zum internationalen Recht Bd. 66, Zürich 1990, S. 153 ff. Diesem zustimmend HEINI, ZK-IPRG, N 13 zu Art. 92; SCHNYDER/LIATOWITSCH, BSK-IPRG, N 5 zu Art. 92 IPRG; DUTOIT, Droit international privé, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 4. Aufl., Basel 2005, N 3 zu Art. 92; KUHN, a.a.O., S. 65, und BERTHER, Die internationale Erbschaftsverwaltung bei schweizerisch-deutschen, -österreichischen und -englischen Erbfällen, Schweizer Schriften zur Vermögenberatung und zum Vermögensrecht Bd. 3, Zürich 2001, S. 219.

<sup>59</sup> Vgl. KARRER/VOGT/LEU, Basler Kommentar ZGB II, 5. Auflage 2015, N 45 zu Art. 559.

<sup>60</sup> So auch unter der EuErbVO (vgl. dort Erwägungsgrund 18).

<sup>61</sup> Wonach für den Nachweis des Eigentumserwerbs durch Erbgang eine Bescheinigung beigebracht werden muss, gemäss welcher "die erwerbenden Personen als einzige gesetzliche und eingesetzte Erben und Erbinen anerkannt sind".

<sup>62</sup> Vgl. FASEL, Grundbuchverordnung (GBV) vom 23. September 2011, Kommentar, 2. Aufl., Basel 2013, N 16 zu Art. 65.

---

entsprechende Regelung lässt sich denn auch bereits aus Artikel 96 IPRG ableiten, wonach erbrechtliche Urkunden des Auslands, einschliesslich Erbbescheinigungen<sup>63</sup>, unter bestimmten Voraussetzungen zu anerkennen sind. Die Anerkennung einer Urkunde bedeutet letztlich die Übernahme der ihr vom Ausstellerstaat zugeachteten Wirkungen.

*Art. 93 IPRG*

Diese Bestimmung soll gestrichen und ihr Inhalt in die Artikel 94 und 95 integriert werden. Grund dafür ist, dass Artikel 94 neu eine Bestimmung über das auf Testamente anwendbare Recht enthält (siehe unten).

*Art. 94 Abs. 1 IPRG*

Die bestehende Bestimmung des Artikel 94 soll durch eine neue anderen Inhalts ersetzt werden. Damit würde der Artikel neu aus vier Absätzen bestehen. Der Randtitel würde nun "*Letztwillige Verfügungen*" lauten.

Hauptzweck der Änderung ist eine Anpassung an die EuErbVO im Interesse einer Rechtsharmonisierung. Fragen der materiellen Wirksamkeit und der Auslegung eines Testaments unterstehen heute grundsätzlich dem auf den Nachlass als Ganzes anwendbaren Recht (Erbstatut). Neu ist nun eine Sonderanknüpfung dieser Fragen vorgesehen, nach dem Vorbild von Artikel 24 EuErbVO. Für Erbverträge kennt das IPRG bereits eine Sonderanknüpfung (Art. 95). Für die materielle Wirksamkeit von Testamenten sieht das geltende Recht hingegen lediglich eine auf die Frage der Verfügungsfähigkeit beschränkte partielle Sonderanknüpfung vor. Diese partielle Sonderanknüpfung ist Gegenstand des aktuellen Textes von Artikel 94, der nun ersetzt werden soll.

Analog zu Artikel 24 EuErbVO sollen die vom neugefassten Artikel 94 geregelten Fragen dem Recht am Wohnsitz des Erblassers zum Zeitpunkt der Errichtung des Testaments unterstehen und nicht mehr dem Recht am Wohnsitz des Erblassers zum Zeitpunkt des Erbfalls. Es verbleibt insofern ein Unterschied zu Artikel 24 EuErbVO, als an den Wohnsitz und nicht an den gewöhnlichen Aufenthalt angeknüpft wird. Dies ergibt sich aus der Grundsatzentscheidung, für die Zwecke des IPRG weiterhin auf den Wohnsitz und nicht – wie dies die EuErbVO tut – auf den gewöhnlichen Aufenthalt abzustellen (vgl. oben, zu Art. 90 Abs. 1).

In der schriftlichen Expertenkonsultation hat eine grosse Mehrheit der Stellungnahmen die vorgeschlagene Sonderanknüpfung nach dem Vorbild der EuErbVO befürwortet.<sup>64</sup> In der Expertengruppe war sie unbestritten. Der Grund für die Ungleichbehandlung von Testamenten und Erbverträgen im geltenden IPRG besteht darin, dass Erbverträge – anders als Testamente – in vielen Fällen nicht oder nur schwer (nur unter Mitwirkung der übrigen Vertragsparteien) an einen nachträglichen Wohnsitzwechsel der verfügenden Person angepasst werden können, was eine Sonderregelung erforderlich macht. Für Testamente erscheint eine Sonderanknüpfung so gesehen nicht zwingend; doch lässt sie sich dort sachlich ebenfalls gut rechtfertigen.

<sup>63</sup> Vgl. SCHNYDER/LIATOWITSCH, BSK-IPRG, a.a.O., N 4 zu Art. 96 m. Hinw.

<sup>64</sup> Siehe auch ROMANO, a.a.O., S. 276. Kritisch hingegen PICHT/STUDEN, a.a.O., S. 322.

---

Auch das Testament weist einen engen räumlichen Zusammenhang zum Recht am Wohnsitz des Erblassers oder der Erblasserin im Verfügungszeitpunkt auf. Dieses ist in der Regel das Recht, an dem sich die betreffende Person bei ihren Anordnungen orientiert hat. Die Sonderanknüpfung bringt zwar den Nachteil mit sich, dass die zuständige schweizerische Behörde neben dem auf den Nachlass anwendbaren Recht noch eine weitere Rechtsordnung zu berücksichtigen hat. Die Behörde kann jedoch in der Regel der die Gültigkeit des Testaments in Frage stellenden Partei den Nachweis der einschlägigen ausländischen Rechtsbestimmungen überbinden (Art. 16 IPRG). Hat die verfügende Person den Nachlass ihrem Heimatrecht unterstellt, kommt es gar nicht erst zur erwähnten Spaltung beim anwendbaren Recht. Das betreffende Recht gilt dann vielmehr für sämtliche Fragen (siehe den vorgeschlagenen Art. 94 Abs. 2).

Was den sachlichen Geltungsbereich von Artikel 24 EuErbVO anbelangt, besteht eine gewisse Grauzone. Klar darunter fallen Rechtsfragen betreffend das Zustandekommen des Testaments im materiellen Sinne (insbesondere die Zulässigkeit der Stellvertretung), Verfügungsverbote hinsichtlich bestimmter Personen, Willensmängel (Täuschung, Nötigung, Irrtum), die Verbindlichkeit von Testamenten für die Erbnachfolge und deren Widerrufbarkeit.<sup>65</sup> Ebenfalls erfasst wird die grundsätzliche Zulässigkeit von Testamenten (beispielsweise von korrespondierenden Testamenten; siehe dazu unten, in den Bemerkungen zu Art. 95 Abs. 3).<sup>66</sup> Unklar ist die Situation demgegenüber in Bezug auf die Zulässigkeit spezifischer Verfügungsinhalte (Nacherbeneinsetzung, Stiftungerrichtung etc.) und deren Wirkungen. Hier gehen die Lehrmeinungen auseinander.<sup>67</sup> Dies wirft die Frage auf, ob der neugefasste Artikel 94 diesen letzten Bereich miteinfassen soll, oder ob die Angleichung an die EuErbVO nur so weit erfolgen soll, als deren Inhalt gesichert ist. Der Expertengruppe erachtete erstere Lösung als sachgerechter.<sup>68</sup> Sie sah zudem einen Vorteil in der Angleichung an Artikel 95, der weit verstanden wird (siehe dazu unten, zu Art. 95 Abs. 1). Entsprechend lehnt sich der neue Wortlaut von Artikel 94 Absatz 1 nun an denjenigen von Artikel 95 Absatz 1 an, auch was den Vorbehalt für Frage der Verfügungsfreiheit betrifft (siehe dazu unten, zu Art. 95 Abs. 1).<sup>69</sup> Wie bei Artikel 95 ausgenommen sind auch Fragen der Formgültigkeit von Testamenten. Für sie soll weiterhin

<sup>65</sup> Vgl. zum Ganzen Art. 26 EuErbVO.

<sup>66</sup> Vgl. WEISS/BIGLER, Die EU-Erbrechtsverordnung - Neue Herausforderungen für die internationale Nachlassplanung aus Schweizer Sicht, in: *successio* 2/2014, S. 163 ff., S. 186 Fn. 135.

<sup>67</sup> Vgl. FISCHER-CZERMAK, in: Dexler-Hübner/Schauer (Hrsg.), *EuErbVO - Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung*, Wien 2015, N 8 zu Art. 24, und BONOMI, Bonomi/Wautelet, a.a.O., N 15 zu Art. 24.

<sup>68</sup> Siehe auch FISCHER-CZERMAK, Dexler-Hübner/Schauer, a.a.O., N 8 zu Art. 24, und BONOMI, Bonomi/Wautelet, a.a.O., N 15 zu Art. 24, sowie die vertiefte Auseinandersetzung mit der Frage bei BONOMI/ÖZTÜRK, *Das Statut der Verfügung von Todes wegen* (Art. 24 ff. EuErbVO), in: Dutta/Herrler (Hrsg.), *die Europäische Erbrechtsverordnung*, München 2014, Rz. 44 ff. (wo das Beispiel eines in Deutschland wohnhaften Erblassers genannt wird, der ein Testament mit einer Vor- und Nacherbeneinsetzung verfasst und später seinen Wohnsitz nach Italien verlegt, wo entsprechende testamentarische Anordnungen nicht anerkannt werden).

<sup>69</sup> Welche auch unter der EuErbVO dem allgemeinen Erbstatut unterstellt bleiben (Art. 23 Abs. 2 Bst. h EuErbVO).

---

die Regelung des aktuellen Artikel 93 gelten. Diese befindet sich nun allerdings im neuen Absatz 4 von Artikel 94 (siehe unten, zu Abs. 4).

Vom neuen Artikel 94 Absatz 1 miterfasst wird auch die Gegenstand des aktuellen Artikel 94 IPRG bildende Frage der Verfügungsfähigkeit. Eine der Stellungnahmen in der Expertenkonsultation hätte sich hier eine Klarstellung gewünscht. Der Wortlaut des neu gefassten Artikel 94 erscheint jedoch diesbezüglich klar genug.

Von den Befürwortern einer Angleichung von Artikel 94 an Artikel 24 EuErbVO in der schriftlichen Expertenkonsultation haben sich einzelne für eine gleichzeitige Beibehaltung des aktuellen Inhalts von Artikel 94 ausgesprochen. Eine entsprechende Lösung würde indes eine Sonderanknüpfung zu einer Sonderanknüpfung bewirken, was die Regelung verkomplizieren würde. Man hätte die Bestimmung von Artikel 94 als Sonderanknüpfung im Verhältnis zur allgemeinen Anknüpfung nach Artikel 90 f. und eine spezifische Regel für Fragen der Verfügungsfähigkeit als Untersonderanknüpfung im Rahmen von Artikel 94. Zudem würde die besagte Lösung die erzielte Harmonisierung mit der EuErbVO wieder aufweichen. Der geltende Artikel 94 möchte zwar die Gültigkeit von Testamenten begünstigen, was grundsätzlich nach wie vor sinnvoll erscheint. Eine entsprechende Ausnahme bei der Angleichung an Art. 24 EuErbVO hätte aber zur Folge, dass ein und dasselbe Testament in der Schweiz gültig und in sämtlichen EuErbVO-Mitgliedstaaten ungültig sein kann. Aus demselben Grunde sollte auch von einer Angleichung des für Fragen der materiellen Wirksamkeit geltenden Regimes an dasjenige des in Artikel 93 IPRG angesprochenen Haager Übereinkommens von 1961 (welches nur für Formfragen gilt) abgesehen werden, wie sie in einer weiteren schriftliche Expertenstellungnahme vorgeschlagen wurde.

#### *Art. 94 Abs. 2 IPRG*

Hat die verfügende Person ihren Nachlass vollumfänglich einem ihrer Heimatrechte unterstellt (vgl. insbesondere Art. 87 Abs. 2 und 90 Abs. 2), tritt dieses an die Stelle des in Absatz 1 bezeichneten Rechts. Diese Bestimmung wurde derjenigen von Artikel 95 Absatz 2 nachgebildet. Sie entspricht gleichzeitig der Regelung in der EuErbVO.<sup>70</sup>

#### *Art. 94 Abs. 3 IPRG*

Gemäss dem vorgeschlagenen neuen Absatz 3 kann die verfügende Person ihr Testament bzw. die von Artikel 94 erfassten Rechtsfragen (siehe dazu oben, zu Abs. 1) auch direkt einem ihrer Heimatrechte unterstellen. Auch hier tritt das betreffende Recht wieder an die Stelle des nach Absatz 1 bezeichneten. Daneben geht die Rechtswahl auch einer Unterstellung des gesamten Nachlasses im Sinne von Absatz 2 vor. Es besteht erneut Parallelität zu der für Erbverträge vorgeschlagenen Regelung (Näheres dazu unten, zu Art. 95 Abs. 3<sup>bis</sup>) und zu derjenigen in der EuErbVO (siehe dort Art. 24 Abs. 2).

<sup>70</sup> Vgl. BONOMI, Bonomi/Wautelet, a.a.O., N 23 zu Art. 24.

---

*Art. 94 Abs. 4 IPRG*

Diese Bestimmung enthält die aktuelle Regelung von Artikel 93 Absatz 1. Für Fragen betreffend die Formgültigkeit des Testaments soll weiterhin das Haager Übereinkommen von 1961 gelten. Die einschlägige Regelung der EuErbVO (Art. 27) basiert ebenfalls auf diesem Übereinkommen.<sup>71</sup> In verschiedenen EuErbVO-Mitgliedstaaten ist es gar unmittelbar anwendbar.<sup>72</sup>

*Art. 95 Abs. 1 IPRG*

Anders als für Testamente, sieht das IPRG für Erbverträge bereits eine umfassende Sonderanknüpfung vor. Die Einzelheiten dazu sind in Artikel 95 geregelt.

In der EuErbVO (Art. 25) werden Erbverträge wie gesagt ebenfalls gesondert angeknüpft. Die Parallelität besteht im Wesentlichen auch in Bezug auf die Bestimmung des anwendbaren Rechts. Massgebend ist hierfür der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Doch spielt auch vorliegend der grundsätzliche Unterschied, dass das 6. Kapitel des IPRG an den Wohnsitz und nicht wie die EuErbVO an den gewöhnlichen Aufenthalt anknüpft. Diesbezüglich kann auf die Bemerkungen zu Artikel 94 Absatz 1 verwiesen werden.

Der sachliche Anwendungsbereich von Artikel 95 ist bis jetzt nie klar definiert worden. Die der Regelung zugrunde liegende Motivation, wonach gültige vertragliche Vereinbarungen bei einem allfälligen späteren Wohnsitzwechsel der verfügenden Person bzw. einer der verfügenden Personen weiterhin Bestand haben sollen<sup>73</sup>, spricht für eine weite Auslegung. In der Botschaft zum IPRG<sup>74</sup> heisst es denn auch: *"Das Erbvertragsstatut beherrscht den Vertrag in seiner Gesamtheit; es bestimmt also über die Zulässigkeit und bindende Kraft, aber auch über die erbrechtlichen Wirkungen des Vertrages."* Von einem weiten Geltungsbereich des Erbvertragsstatuts scheint auch das Schrifttum auszugehen, wo diskutiert wird, wie das Pflichtteilsrecht vom Geltungsbereich der Regelung ausgenommen werden kann.<sup>75</sup>

Die parallele Bestimmung in der EuErbVO, Artikel 25, hat weitgehend denselben sachlichen Geltungsbereich wie der für Testamente geltende Artikel 24 EuErbVO (siehe dazu oben, zu Art. 94 Abs. 1). Auch in Zusammenhang mit Artikel 25 EuErbVO herrscht zurzeit noch Unklarheit darüber, ob mit "Zulässigkeit" und "materielle Wirksamkeit" auch die Zulässigkeit oder Wirksamkeit der einzelnen Verfügungsinhalte erfasst werden sollen. Inwieweit der sachliche Anwendungsbereich von Artikel 95 IPRG weiter geht als derjenige von Artikel 25 EuErbVO, kann aber vorliegend offen gelassen werden. Solange bei Letzterem noch der erwähnte Graubereich besteht, erscheint es in diesem Punkt wenig sinnvoll, eine Angleichung des IPRG an die EuErbVO zu prüfen.

<sup>71</sup> Vgl. BONOMI, Bonomi/Wautelet, a.a.O., N 1 zu Art. 27.

<sup>72</sup> Die EuErbVO lässt gemäss ihrem Art. 75 Abs. 1 die Geltung des Übereinkommens unberührt.

<sup>73</sup> Vgl. BGE 138 III 489 E. 3.3.1 m. Hinw. auf Botschaft IPRG, a.a.O., Ziff. 264.1.

<sup>74</sup> A.a.O., Ziff. 264.1.

<sup>75</sup> So etwa HEINI, ZK-IPRG, a.a.O., N 11 zu Art. 95; BUCHER, CR-LDIP/CL, a.a.O., N 2 zu Art. 95, und DUTOIT, a.a.O., N 1 zu Art. 95; je m. Hinw.

---

Eine Ausnahme ist allerdings hinsichtlich der Frage der Verfügungsfreiheit (Pflichtteilsrecht) zu machen. Dieser Bereich ist aufgrund von Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe h EuErbVO klar vom Geltungsbereich der Artikel 24 und 25 EuErbVO ausgenommen. Gleichzeitig wird im Schrifttum zu Artikel 95 IPRG die Auffassung vertreten, dass es vom Ergebnis her wünschenswert wäre, wenn die Verfügungsfreiheit von Artikel 95 nicht erfasst würde und dem allgemeinen Erbstatut (Art. 90 f.) unterstellt bliebe.<sup>76</sup> Vorliegend wird daher ein ergänzender zweiter Satz in Artikel 95 Absatz 1 vorgeschlagen, wonach Fragen der Verfügungsfreiheit von der Verweisung im ersten Satz ausgenommen sind. Damit würde klargestellt, dass für diese Fragen das in Artikel 90 f. bezeichnete Recht gilt.

*Art. 95 Abs. 2 IPRG*

Der geltende Artikel 95 Absatz 2 sieht vor, dass dort, wo die verfügende Person ihren Nachlass ihrem Heimatrecht unterstellt, Letzteres auch für den Erbvertrag massgebend ist. Unter der EuErbVO (siehe dort Art. 25 Abs. 1) gilt grundsätzlich dieselbe Regel.<sup>77</sup>

Anders als nach Artikel 95 Absatz 2 IPRG ist aber – zumindest nach gewissen Lehrmeinungen<sup>78</sup> – auch eine Rechtswahl zu berücksichtigen, die in einer früheren Verfügung der betreffenden Person getroffen wurde. Man kann sich daher fragen, ob Artikel 95 Absatz 2 diesbezüglich angeglichen werden sollte. Vorliegend wird von einer entsprechenden Änderung abgesehen, da es nicht sachgerecht erscheint, dass eine im Erbvertrag nicht vorbehaltene frühere Rechtswahl der verfügenden Person für seine Vertragspartner verbindlich sein soll. Kommt hinzu, dass die Rechtslage unter Artikel 25 Absatz 1 EuErbVO für eine Angleichung noch zu wenig geklärt ist.

Die einzige Änderung, die für Absatz 2 vorgesehen ist, ist eher redaktioneller Natur. Der Passus "*seinem Heimatrecht*" soll durch "*einem seiner Heimatrechte*" ersetzt werden. Damit soll der Text dem aktuellen oder vorgeschlagenen Wortlaut in Artikel 86 Absatz 3, Artikel 87 Absatz 2, Artikel 88 Absatz 2, 90 Absatz 2, 94 Absatz 2 und 96 Absatz 1 Buchstabe c angepasst werden, wo von der Möglichkeit des Bestehens mehrerer Heimatrechte ausgegangen wird.

Die Regel des Absatz 2 setzt voraus, dass die betreffende Rechtswahl wirksam ist. Inwieweit dies der Fall ist, beurteilt sich, je nach Konstellation, nach Artikel 87 Absatz 2, Artikel 90 Absatz 2 oder dem von Artikel 91 Absatz 1 bezeichneten Recht.

*Art. 95 Abs. 3 IPRG, erster Satz, und Randtitel*

Der geltende Artikel 95 Absatz 3 IPRG enthält die Grundregel, dass bei "gegenseitigen" Erbverträgen<sup>79</sup>, d.h. bei Erbverträgen, in denen mehr als eine Partei über ihren

<sup>76</sup> Siehe oben, Fn **Fehler! Textmarke nicht definiert.**

<sup>77</sup> Vgl. BONOMI, Bonomi/Wautelet, a.a.O., N 19 zu Art. 25.

<sup>78</sup> Siehe etwa BONOMI, Bonomi/Wautelet, a.a.O., N 22 zu Art. 25.

<sup>79</sup> Das Gesetz verwendet hier anstelle von "*Erbverträgen*" den Oberbegriff "*Verfügungen von Todes wegen*", weil auch bestimmte Kombinationen von Testamenten erfasst werden sollen. Siehe dazu weiter unten.

---

Nachlass verfügt, jede Verfügung nach ihrem eigenen anwendbaren Recht gültig sein muss.

Die Bestimmung ist insofern unklar, als nicht ersichtlich ist, inwieweit im Rahmen der genannten Regel eine Unterstellung unter das Heimatrecht im Sinne von Absatz 2 berücksichtigt werden muss (vgl. dazu unten, zu Abs. 3<sup>bis</sup>). Mit der vorgeschlagenen Neufassung von Absatz 3 soll diese Unklarheit nun beseitigt werden. Dabei wird davon ausgegangen, dass auch bei gegenseitigen Erbverträgen die Verfügenden ihren jeweiligen Nachlass einem ihrer Heimatrechte unterstellen können. Es besteht kein Grund, die Verfügenden in ihrem Wahlrecht zu beschneiden, nur weil die Rechtswahl in einem gegenseitigen Erbvertrag getroffen wird. Für den Fall, dass eine entsprechende Rechtswahl getroffen wurde, ist nun vorgesehen, dass für die betreffende Person analog zu Absatz 2 das gewählte Heimatrecht an die Stelle des Wohnsitzrechts tritt. Im Text ergibt sich das aus der Einfügung des Passus "*beziehungsweise dem bezeichneten Heimatrecht (Abs. 2)*" nach dem Wort "*Wohnsitzrecht*". Auch bei gegenseitigen Erbverträgen macht es Sinn, die Verfügungen einer Partei, die darin ihren Nachlass dem Heimatrecht unterstellt, nach demselben Recht zu beurteilen.

Die Regelung hat insbesondere auch den Vorzug, dass sie im Ansatz derjenigen der EuErbVO entspricht.<sup>80</sup> Letztere sieht insofern eine Differenzierung vor, als für die Teilaspekte "*materielle Wirksamkeit*" und "*Bindungswirkungen*" von den obengenannten Rechtsordnungen diejenige bestimmt werden muss, die zum Erbvertrag die engste Verbindung hat. Der vorliegende Vorentwurf übernimmt diese Differenzierung nicht, da sie zu einer zu starken Verästelung führt und das Kriterium der engsten Verbindung ein erhebliches Mass an Rechtsunsicherheit mit sich bringt. In der schriftlichen Expertenkonsultation ebenso wie in der Expertengruppe hat sich denn auch niemand für eine entsprechende Angleichung an die EuErbVO ausgesprochen.

Die aktuelle Fassung von Absatz 3 sieht zusätzlich vor, dass die Parteien eines gegenseitigen Erbvertrags eine Rechtswahl zugunsten eines allfälligen gemeinsamen Heimatrechts vornehmen können. Der betreffende Passus soll nun gestrichen und sein Regelungsgegenstand im vorgeschlagenen neuen Absatz 3<sup>bis</sup> behandelt werden (Näheres dazu unten, zum besagten Abs. 3<sup>bis</sup>).

Im geltenden Gesetzestext ist allerdings nicht von "*gegenseitigen Erbverträgen*", sondern allgemeiner von "*gegenseitigen Verfügungen von Todes wegen*" die Rede. Daraus muss geschlossen werden, dass auch "gegenseitige" Testamente erfasst werden sollen. Welche Konstellationen damit gemeint sind, geht aus dem Gesetz nicht hervor. Gemäss der bundesrätlichen Botschaft hatten die damaligen Verfasser des Gesetzestextes die sog. "korrespektive Testamente" im Auge, d.h. Testamente, die aufeinander abgestimmt und voneinander abhängig sind.<sup>81</sup> Klare Kriterien lassen sich jedoch dem betreffenden Passus nicht entnehmen. Die vorgeschlagene Neufassung von Absatz 3 soll nun diesbezüglich Klarheit schaffen. Der neue Text spricht jetzt von "*Erbverträgen*" statt von "*Verfügungen von Todes wegen*". Gleichzeitig wird in einem Nachsatz erklärt, dass gewisse Kombinationen von Testamenten Erbverträgen gleichgesetzt sind (Näheres dazu unten, zu Satz 2). Alle übrigen Tes-

<sup>80</sup> Vgl. BONOMI, Bonomi/Wautelet, a.a.O., N 25 zu Art. 25.

<sup>81</sup> Botschaft IPRG, a.a.O., Ziff. 264.1.

---

tamente fallen unter den neugefassten Artikel 94. Dieser Ansatz bringt nicht nur mehr Klarheit, sondern bewirkt auch eine Harmonisierung mit dem System der EuErbVO, welche Testamente und Erbverträge ebenfalls in zwei separaten Artikeln (24 und 25) regelt, gewisse Testamentskonstellationen aber als Erbverträge qualifiziert (Art. 3 Abs. 1 Bst. b; Näheres dazu unten, zu Satz 2).

Nebst der Ersetzung von "*Verfügungen von Todes wegen*" durch "*Erbverträge*" wurde auch der Terminus "*gegenseitige*" gestrichen. Stattdessen heisst es nun "*Erbverträge mit zwei oder mehreren Verfügenden*". In der Expertengruppe war darauf hingewiesen worden, dass eine Umschreibung der erfassten Konstellationen mit "*gegenseitige Erbverträge*" irreführend sei. In der Tat müssen die Verfügenden sich nicht zwingend gegenseitig begünstigen. Sie können auch Zuwendungen an Drittpersonen vorsehen.

Aufgrund der erwähnten Neuerungen in Absatz 3 kann der Randtitel von Artikel 95 auf "*Erbverträge*" verkürzt werden.

#### *Art. 95 Abs. 3 IPRG, zweiter Satz*

Mit dem neuen zweiten Satz von Absatz 3 werden gewisse Kombinationen von Testamenten den Erbverträgen im Sinne von Artikel 95 zugerechnet (Näheres dazu oben, zu Satz 1). Erfasst werden sollen dabei aufeinander abgestimmte Testamente, die wie die *wechselbezüglichen gemeinschaftlichen Testamente* des deutschen Rechts oder die *mutual wills* des *common law*<sup>82</sup> als Ausdruck einer verbindlichen Vereinbarung zwischen den Verfügenden verstanden werden, die also materiell einer erbvertraglichen Regelung gleichkommen. Auch in diesem Punkt befindet sich die Neufassung von Absatz 3 im Einklang mit der EuErbVO (siehe dort Art. 3 Abs. 1 Bst. b).

#### *Art. 95 Abs. 3<sup>bis</sup> IPRG, erster Satz*

Artikel 95 IPRG soll weiter um einen neuen Absatz 3<sup>bis</sup> ergänzt werden. Danach können die Parteien eines Erbvertrags diesen einem der Heimatrechte der verfügenden Partei bzw. einer der verfügenden Parteien unterstellen, je nachdem, ob es sich um einen einseitigen oder gegenseitigen Erbvertrag handelt. Auch diese Neuerung bewirkt eine Harmonisierung mit der EuErbVO (siehe dort Art. 25 Abs. 3).

Die aktuell geltende Regelung in Absatz 3, die nun gestrichen werden soll (vgl. oben, zu Abs. 3), ist unklar. In der Botschaft zum IPRG<sup>83</sup> scheint sie als Ergänzung zu Absatz 2 interpretiert zu werden, mit der Aussage, dass bei gegenseitigen Erbverträgen die Verfügenden ihren jeweiligen Nachlass nur einem allfälligen gemeinsamen Heimatrecht unterstellen können.<sup>84</sup> Die im betreffenden Passus angesprochene Unterstellung unter ein gemeinsames Heimatrecht kann aber auch auf den gemeinsamen Erbvertrag statt auf die einzelnen Nachlässe bezogen werden, was sachge-

<sup>82</sup> Vgl. BONOMI, Bonomi/Wautelet, a.a.O., N 7 zu Art. 25.

<sup>83</sup> A.a.O., Ziff. 264.1

<sup>84</sup> So offenbar auch die Lesart bei SCHNYDER/LIATOWITSCH, BSK-IPRG, a.a.O., N 6 zu Art. 95.

---

rechter erscheint. Der neue Absatz 3<sup>bis</sup> bewirkt nun eine Klärung der Rechtslage im Sinne der zweitgenannten Lesart.

Neben der besagten Klarstellung bewirkt die vorgeschlagene neue Regelung auch eine Erweiterung des Gestaltungsspielraums der Parteien. Die Unterstellung des Erbvertrags unter ein einheitliches Recht wird nun auch dort möglich, wo die Parteien über keine gemeinsame Staatsangehörigkeit verfügen. Die neue Regelung hat überdies den Vorzug, dass sie eine Koordination mit dem Güterrecht ermöglicht, wo ebenfalls eine Rechtswahl zugunsten eines der Heimatstaaten getroffen werden kann (Art. 52 Abs. 2 IPRG). Eine entsprechende Lösung wurde denn auch von einer deutlichen Mehrheit der in der schriftlichen Expertenkonsultation eingegangenen Stellungnahmen unterstützt. Eine der kritischen Stimmen gab zu bedenken, dass bei Unterstellung eines Erbvertrags unter das Heimatrecht nur eines der Vertragspartner die Erben des anderen Vertragspartners mit einem Recht konfrontiert würden, zu dem sie keinerlei Bezug hätten. Der räumliche Bezug zum Erbvertrag erscheint jedoch vorliegend gewichtiger als der räumliche Bezug zu den Erben. Hinzu kommt, dass das für die Erben besonders bedeutsame Pflichtteilsrecht durch die Rechtswahl nicht tangiert würde (vgl. oben, zu Abs. 1). In der Expertengruppe gab die Änderung nicht Anlass zur Diskussion.

Anders als der zu streichende Passus in Absatz 3 – und wiederum in Übereinstimmung mit der EuErbVO – bezieht sich die vorliegend vorgeschlagene Regelung auch auf die in den Absätzen 1 und 2 geregelten einseitigen Erbverträge, wobei hier lediglich das Heimatrecht bzw. eines der Heimatrechte der verfügenden Person gewählt werden kann. Unter dem aktuellen Recht kann nur der Nachlass als Ganzes diesem Recht unterstellt werden.

*Art. 95 Abs. 3<sup>bis</sup> IPRG, zweiter Satz*

Der zweite Satz von Absatz 3<sup>bis</sup> lehnt sich an den für Artikel 90 Absatz 3 vorgeschlagenen Text an. Auch hier soll die Unterstellung unter ein bestimmtes Heimatrecht nicht hinfällig werden, wenn die betreffende Person dem jeweiligen Staat nicht mehr angehört. Nachdem Artikel 95 im Interesse der Beständigkeit von Erbverträgen geschaffen wurde (vgl. oben, zu Abs. 1), drängt sich in seinem Kontext eine entsprechende Regelung geradezu auf.

*Art. 95 Abs. 4 IPRG*

Der aktuelle Artikel 95 Absatz 4 enthält einen Vorbehalt zugunsten von Artikel 93 und 94. Ersterer soll nun aber aufgehoben werden und Letzterer einen neuen Inhalt erhalten (siehe oben, zu Art. 93 und 94 Abs. 1), womit der besagte Vorbehalt hinfällig wird und gestrichen werden kann. Die Bestimmung soll dafür nun die Regelung des bisherigen Artikel 93 Absatz 2 beherbergen, wonach das Haager Übereinkommen von 1961 sinngemäss auch für Erbverträge und andere nicht-testamentarische Verfügungen von Todes wegen gilt.

---

*Art. 96 Abs. 1 Bst. a IPRG*

Artikel 96 regelt die Anerkennung von ausländischen "Entscheidungen, Massnahmen und Urkunden, die den Nachlass betreffen," sowie von Rechten "aus einem im Ausland eröffneten Nachlass". Die Anerkennung setzt gemäss Absatz 1 Buchstabe a grundsätzlich voraus, dass das jeweilige Anerkennungsobjekt aus dem Staat des letzten Wohnsitzes des Erblassers oder der Erblasserin oder aus dem Staat, dessen Recht er bzw. sie gewählt hat, stammt oder in einem dieser Staaten anerkannt wird.

Was die Anknüpfung an den letzten Wohnsitz des Erblassers oder der Erblasserin anbelangt, sieht der vorliegende Entwurf auch bei Artikel 96 davon ab, "Wohnsitz" durch "gewöhnlichen Aufenthalt" zu ersetzen. Die Überlegungen sind hier dieselben wie in Zusammenhang mit den Bestimmungen über die schweizerische Zuständigkeit und über das anwendbare Recht (vgl. dazu oben, zu Art. 86 Abs. 1).

Das Bundesgericht hat in seinem Urteil 5P.274/2002 vom 28. Oktober 2002 (E. 4.1) entschieden, dass die Zuständigkeit des letzten Wohnsitzstaates nicht zu anerkennen ist, wenn eine schweizerische Zuständigkeit aufgrund von Artikel 87 Absatz 2 IPRG besteht. Es geht hier um die Fälle, in denen eine Person mit Schweizer Staatsangehörigkeit ihren Nachlass der schweizerischen Zuständigkeit oder dem schweizerischen Recht unterstellt hat. In der schriftlichen Expertenkonsultation haben sich zwei Stellungnahmen für eine Korrektur dieser Entscheidung ausgesprochen. In einer anderen Stellungnahme wird aber zu Recht darauf hingewiesen, dass es in Artikel 87 Absatz 2 um Fälle einer direkten oder indirekten Prorogation geht, welche in der Regel die Zuständigkeit des ordentlichen Gerichtsstands abbedingen möchte. In diesem Licht ist die mit dem Urteil begründete Praxis nicht als korrekturbedürftig zu werten. Eine gesetzliche Verankerung der Praxis, wie dies zwei weitere Eingaben angeregt haben, erscheint ebenfalls nicht notwendig. Die bundesgerichtliche Lesart von Artikel 87 Absatz 2 IPRG ist durch dessen Wortlaut gut abgestützt.

Was die Anknüpfung an das gewählte Recht betrifft, sei auf die nachfolgenden Ausführungen zu Artikel 96 Absatz 1 Buchstabe c verwiesen.

*Art. 96 Abs. 1 Bst. c IPRG*

Die Anknüpfung an das gewählte Recht im geltenden Absatz 1 Buchstabe a wirft die Frage auf, ob nur eine zulässige Rechtswahl berücksichtigt werden und nach welchem Recht sich die Zulässigkeit gegebenenfalls beurteilen soll. Die Mehrheit der in der schriftlichen Expertenkonsultation eingegangenen Stellungnahmen erachtete eine gesetzliche Klärung dieser Fragen als wünschenswert. Eine entsprechende Klarstellung erscheint schon insofern sinnvoll, als die einzelnen Stellungnahmen ergeben haben, dass in der Sache divergierende Auffassungen vertreten werden.

Im Schrifttum scheint Einigkeit darüber zu bestehen, dass nur eine zulässige Rechtswahl berücksichtigt werden soll. Kontrovers ist lediglich, wie sich diese Zulässigkeit beurteilen soll. Folgt man in dieser Frage dem liberaleren Ansatz<sup>85</sup>, geht die Anknüpfung an das gewählte Recht sehr weit. Der Erblasser oder die Erblasserin kann theoretisch über den Umweg einer Rechtswahl einen Gerichtsstand in

<sup>85</sup> Siehe dazu SCHNYDER/LIATOWITSCH, BSK-IPRG, a.a.O., N 9 zu Art. 96 m. Hinw.

---

einem x-beliebigen Staat begründen, sofern die Rechtswahl nach dem Recht des letzten Wohnsitzes gültig ist und der Staat des gewählten Rechts sich selbst als zuständig betrachtet. Demgegenüber wird eine direkte Prorogation zugunsten eines ausländischen Staates im Rahmen der Anerkennung nicht berücksichtigt, was schlecht zusammenpasst. Vorliegend wird daher eine Lösung vorgeschlagen, die eher auf der Linie des restriktiven Ansatzes im Schrifttum<sup>86</sup> liegt. Danach soll das gewählte Recht für die Frage der Zuständigkeit des betroffenen ausländischen Staates nur noch dann relevant sein, wenn es sich dabei um das Recht eines der Heimatstaaten des Erblassers oder der Erblasserin handelt. Gleichzeitig soll neu auch eine direkte Prorogation zugunsten eines der Heimatstaaten berücksichtigt werden, was sich schon aufgrund des vorgeschlagenen neuen Artikel 86 Absatz 3 aufdrängt. Die Berücksichtigung der in Artikel 86 Absatz 3 vorgesehenen Prorogationsmöglichkeit im Rahmen von Artikel 96 war unter den sich schriftlich äussernden Experten nahezu unbestritten. Auf redaktioneller Ebene werden diese Neuerungen nun dahin gehend umgesetzt, dass der das gewählte Recht betreffende Passus in Artikel 96 Absatz 1 Buchstabe a gestrichen und Artikel 96 um einen neuen Buchstaben c ergänzt wird, der die Anerkennung von Rechtsakten des Heimatstaats bzw. der Heimatstaaten des Erblassers oder der Erblasserin regelt.

Anerkannt werden sollen nur Rechtsakte, die im betreffenden Heimatstaat ergangen sind, nicht auch solche die dort anerkannt werden. Der in Buchstabe a gestrichene Teil wird insofern nur teilweise in den neuen Buchstaben c aufgenommen. Die Expertengruppe war der Auffassung, dass Ausnahmen vom dem 6. IPRG-Kapitel zugrundeliegenden Grundsatz, wonach die Behörden am letzten Wohnsitz des Erblassers oder der Erblasserin für die Behandlung des Nachlasses zuständig sein sollen, restriktiv zu handhaben sind.

*Art. 96 Abs. 1 Bst. d IPRG*

Rechtsakte aus einem Heimatstaat der verstorbenen Person sollen im Übrigen dann anerkannt werden, wenn Letztere ihren Wohnsitz im Ausland hatte und der betreffende Staat sich nicht mit dem Nachlass befasst. Dasselbe gilt für Rechtsakte aus dem Staat eines allfälligen nicht mit dem Wohnsitz zusammenfallenden letzten gewöhnlichen Aufenthalts des Erblassers oder der Erblasserin oder, soweit es um einzelne Nachlasswerte geht, aus dem Staat, in dem sie liegen. Für Grundstücke bleibt allerdings Buchstabe b massgebend.

Diese Regelung ist als Ergänzung zu den neugefassten Artikeln 87 Absatz 1 und 88 Absatz 1 gedacht. Sie erlaubt die Vermeidung gewisser positiver Kompetenzkonflikte mit den EuErbVO-Mitgliedstaaten und verschiedenen Drittstaaten (vgl. oben, zu Art. 87 Abs. 1) unter gleichzeitiger Wahrung des erwähnten Grundsatzes der Zuständigkeit der Behörden am letzten Wohnsitz des Erblassers oder der Erblasserin. Eine weitergehende Anerkennung der Zuständigkeit des Heimatstaates wurde in der Expertengruppe diskutiert und schliesslich verworfen.

In der schriftlichen Expertenkonsultation war die vollumfängliche Anerkennung der Zuständigkeit der Behörden des letzten gewöhnlichen Aufenthaltsstaates der ver-

<sup>86</sup> Vgl. etwa BUCHER, CR-LDIP/CL, a.a.O., N 2 zu Art. 96.

---

storbenen Person zur Debatte gestellt worden. Die Mehrheit der eingegangenen Stellungnahmen erachtete eine entsprechende Lösung als sinnvoll. Der Experten-Gruppe ging jedoch eine solche Ausnahme vom Grundsatz der Zuständigkeit der Behörden des Wohnsitzstaates zu weit.

Zur Frage einer weitergehenden Anerkennung der Zuständigkeit der Behörden des Lagestaats sei auf die nachfolgenden Ausführungen zu Art. 96 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 IPRG verwiesen.

*Art. 96 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 IPRG*

Für den Fall, dass der Nachlass ein ausländisches Grundstück mitumfasst, werden nach dem geltenden Artikel 96 Absatz 1 Buchstabe b auch Rechtsakte anerkannt, die aus dem betreffenden Lagestaat stammen oder dort anerkannt werden. Beansprucht der besagte Staat die ausschliessliche Zuständigkeit, werden nur seine Rechtsakte anerkannt (Abs. 2).

In der schriftlichen Expertenkonsultation wurde die Option zur Debatte gestellt, diese Regeln auf bewegliches Vermögen auszudehnen. Die Mehrheit der eingegangenen Stellungnahmen sprach sich in der Folge dagegen aus; ebenso die Experten-Gruppe. Es kann hier auf die Erwägungen in den Bemerkungen zu Artikel 86 Absatz 2 verwiesen werden.

Im Rahmen von Art. 96 Abs. 1 Bst. d soll nun aber die Zuständigkeit des Lagestaats von beweglichem Vermögen unter gewissen Voraussetzungen anerkannt werden (siehe oben).

*Weitere diskutierte Revisionsoptionen in Zusammenhang mit Art. 96 IPRG*

In einer der schriftlichen Expertenstellungnahmen wurde als weitere mögliche Revisionsoption die Überprüfung der Nennung von "*Urkunden*" und der "*Rechte aus einem im Ausland eröffneten Nachlass*" in der Auflistung der Anerkennungsobjekte im Hauptsatz von Artikel 96 Absatz 1 genannt. In diesem Punkt bestehen in der Tat Unklarheiten. Es stellt sich insbesondere die Frage, ob es "*Rechte*" im fraglichen Passus wirklich braucht.<sup>87</sup> Jedoch liegen keine Hinweise auf praktische Probleme vor, die sich daraus ergeben würden. Umgekehrt besteht die Gefahr, dass bei einer Streichung des Passus "*Rechte aus einem im Ausland eröffneten Nachlass*" der Eindruck einer materiellen Änderung entstünde, was neue Verwirrung stiften würde.

In einer anderen Stellungnahme wurde vorgeschlagen, die Anerkennung der Eigentümerstellung eines *executor* oder *administrator* aus einem *Common-law*-Staat zu normieren.<sup>88</sup> Die Anerkennung der gerichtlichen Bestätigung bzw. gerichtlichen Einsetzung eines *executor* oder *administrator* wird jedoch vom geltenden Artikel 96 bereits erfasst.<sup>89</sup> Eine entsprechende Anerkennung beinhaltet auch die Übernahme der mit dem betreffenden Amt verbundenen Rechtswirkungen, einschliesslich der

<sup>87</sup> Vgl. SCHNYDER/LIATOWITSCH, BSK-IPRG, a.a.O., N 5 zu Art. 96 mit Hinw., und BUCHER, CR-LDIP/CL, a.a.O., N 7 zu Art. 96.

<sup>88</sup> Im *common law* wird der *executor* oder *administrator* Trustee des Nachlasses.

<sup>89</sup> Vgl. SCHNYDER/LIATOWITSCH, BSK-IPRG, a.a.O., N 4 zu Art. 96.

---

Eigentümerstellung der betreffenden Person.<sup>90</sup> Im Übrigen ist auf Artikel 67 Absatz 1 Buchstabe a Ziffer 2 und 4 und Buchstabe b Ziffer 3 der Grundbuchverordnung (GBV)<sup>91</sup> zu verweisen, aus denen indirekt hervorgeht, dass ein *executor* oder *administrator* (in der GBV "Zwischenberechtigter" genannt) als Eigentümer im Grundbuch einzutragen ist.<sup>92</sup>

In einer weiteren Stellungnahme wurde angeregt, im Rahmen der vorliegenden Revision auch offene Fragen zur regeln, die sich in Zusammenhang mit der Ausstellung oder Anerkennung von Erbfolgezeugnissen stellen, insbesondere in Bezug auf die Rechtshängigkeit und das anwendbare Recht. In der Expertengruppe wurde diesbezüglich die Ergänzung von Artikel 96 um einen Artikel 96a geprüft und schliesslich verworfen.

Hinsichtlich der Frage der Rechtshängigkeit wird im vorliegenden Bericht von folgender Rechtslage ausgegangen: Artikel 96 ist im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen der Artikel 25 ff. IPRG auszulegen. Damit gelten 27 Absatz 2 Buchstabe c und Artikel 31, wonach einer ausländischen Urkunde der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Anerkennung u.a. dann zu versagen ist, wenn über denselben Gegenstand zuerst ein Verfahren in der Schweiz eingeleitet worden ist. Der Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung ist dabei in Anlehnung an Artikel 62 Absatz 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)<sup>93</sup> mit dem Zeitpunkt der Einreichung des einschlägigen Gesuchs gleichzusetzen.<sup>94</sup> Im vorliegenden Zusammenhang nicht massgebend ist entgegen verschiedenen Lehrmeinungen Artikel 537 Absatz 1 ZGB, wonach der Erbgang durch den Tod des Erblassers eröffnet wird. Nach der vorliegend vertretenen Auffassung ist diese Bestimmung rein materiell-rechtlich und nicht prozessual zu verstehen.<sup>95</sup>

Die Expertengruppe sieht keinen Korrekturbedarf bei der Rechtslage, wie sie sich aus dem vorstehend Ausgeführten ergibt. Besteht eine ordentliche (und nicht bloss subsidiäre) Zuständigkeit der Schweiz für den Nachlass, kann ein ausländisches Erbfolgezeugnis nur anerkannt werden, wenn es aus einem allfälligen ausländischen Heimatstaat der verstorbenen Person stammt und diese ihren Nachlass dem Recht des betreffenden Staates unterstellt hatte (vgl. oben, zu Art. 96 Abs. 1 Bst. c IPRG). Das Erbfolgezeugnis würde in diesem Fall in dem Staat ausgestellt, nach dessen Recht sich die Erbfolge bestimmt, was durchaus sinnvoll erscheint.

Zur Frage des auf Erbfolgezeugnisse anwendbaren Rechts sei auf die Ausführungen oben unter "*Art. 92 IPRG, verworfene Ergänzung*" verwiesen.

<sup>90</sup> Es geht hier um die grundsätzliche Eigentümerstellung. Für die Frage des Rechtsübergangs an den einzelnen Nachlasswerten gelten besondere Regeln, die im vorliegenden Zusammenhang nicht interessieren. Die besagte Eigentümerstellung ergibt sich zusätzlich aus Art. 92 Abs. 2 (in der vorliegend vorgeschlagenen Fassung).

<sup>91</sup> SR 211.432.1.

<sup>92</sup> Die Bundesverwaltung prüft zurzeit, ob diese Regelung auch in Art. 65 GBV verankert werden sollte.

<sup>93</sup> SR 272.

<sup>94</sup> Vgl. BERTI/DROESE, Basler Kommentar IPRG, a.a.O., N 17 zu Art. 9.

<sup>95</sup> In diesem Sinne auch BONOMI, La circulation internationale des certificats d'héritiers, in: Journée de droit successorale 2017, Bern 2017, S. 107 ff., Rz. 110 m. Hinw.

---

### **3 Verhältnis zur Legislaturplanung und zu nationalen Strategien des Bundesrates**

Die Vorlage ist im Bundesbeschluss vom 14. Juni 2016<sup>96</sup> über die Legislaturplanung 2015-2019 nicht angekündigt.

### **4 Auswirkungen der vorgeschlagenen Gesetzesänderungen**

Das vorliegende Gesetzgebungsprojekt ist dem Bereich des Privat- und Zivilprozessrechts zuzuordnen. Es begründet keine neuen Staatsaufgaben. Darüber hinaus bleibt auch die bestehende Organisationsordnung unberührt. Nennenswerte Auswirkungen auf die Geschäftslast der einzelnen Behörden sind ebenfalls nicht zu erwarten. Andererseits werden die Bürgerinnen und Bürger von mehr Rechtssicherheit und Gestaltungsfreiheit profitieren.

Ein Mehr an Rechtssicherheit ist grundsätzlich auch im Interesse der Volkswirtschaft. Nennenswerte Auswirkungen auf die Volkswirtschaft sind allerdings vorliegend nicht zu erwarten.

### **5 Rechtliche Aspekte**

#### **5.1 Erlassform und Verfassungsmässigkeit**

Das vorliegende Rechtssetzungsprojekt schlägt Anpassungen eines bestehenden Gesetzes (des IPRG) vor, das sich auf Artikel 54 und 122 der Bundesverfassung (Bundeskompetenz für auswärtige Angelegenheiten bzw. für die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts und des Zivilprozessrechts)<sup>97</sup> abstützt.

#### **5.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz**

Artikel 1 Absatz 2 IPRG behält völkerrechtliche Verträge vor.

Zurzeit sind folgende erbrechtlich relevanten Staatsverträge (die gewisse Aspekte des anwendbaren Rechts und der Zuständigkeit in binationalen Erbfällen regeln) in Kraft:

- Niederlassungs- und Rechtsschutzabkommen mit Griechenland vom 1.12.1927, Art. 10.<sup>98</sup>
- Niederlassungs- und Konsularvertrag mit Italien vom 22.7.1868, Art. 17 und Protokoll Art. IV.<sup>99</sup>

<sup>96</sup> BBl 2016 5138.

<sup>97</sup> Bzw. auf die Vorgängerbestimmungen in der alten Bundesverfassung vom 29. Mai 1874.

<sup>98</sup> SR 0.142.113.721.

<sup>99</sup> SR 0.142.114.541 und 0.142.114.541.1

- 
- Niederlassungsabkommen mit dem Kaiserreich Persien vom 25.4.1934, Art 8.<sup>100</sup>
  - Vertrag mit den Vereinigte Staaten von Nordamerika vom 25.11.1850, Art. V und VI.<sup>101</sup>

### 5.3                    **Datenschutz**

Unter dem Gesichtspunkt der Bearbeitung von Personendaten hat die vorliegende Teilrevision weder faktische noch rechtliche Auswirkungen. Die für die schweizerischen Erbschaftsbehörden geltenden Datenschutzbestimmungen bleiben unberührt.

<sup>100</sup> SR 0.142.114.362.

<sup>101</sup> SR 0.142.113.361. Art. VIII der Konsular-Übereinkunft zwischen der Schweiz und Portugal vom 27. August 1883 tangiert ebenfalls das Erbrecht, äussert sich aber nur zu Sicherungsmassnahmen. Art. IV des Freundschafts-, Handels- und Niederlassungsvertrags zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Ihrer Majestät der Königin des Vereinigten Königreichs von Grossbritannien und Irland vom 6. September 1855 (0.142.113.671) verlangt lediglich die Gleichbehandlung von Angehörigen der beiden Vertragsstaaten in Erbangelegenheiten.