

**Gestaltungsfragen der Nachlassplanung  
im  
schweizerisch-deutschen Rechtsverkehr**

Dr. Peter Max Gutzwiller, LL.M.  
Rechtsanwalt, Zürich

**EUROPA-AKADEMIE FÜR ERBRECHT**

Praktikerseminar zu Kernfragen des  
schweizerisch-deutschen  
Erb- und Erbschaftsteuerrechts

am 2. Oktober 2004  
in Heidelberg, Hotel Europäischer Hof

## KAPITEL 1: EINLEITUNG

Sehr geehrte Damen und Herren Kolleginnen und Kollegen

Es ist mir eine Freude und grosse Ehre, vor einem so sachkundigen und interessierten Kreis zu einem Thema sprechen zu dürfen, das ich angesichts seiner erheblichen praktischen Relevanz und intellektuellen Komplexität als "Kürlaufen" unseres Berufes betrachte. Alles, was sich mit der Planung des Todes bzw. dessen Folgen befasst, ist zugleich von hoher psychologischer Delikatesse und bedarf deshalb einführender umfassender Analyse, phantasievoller aber realistischer Gestaltungskraft und fürsorglicher aber überzeugender Führung der Klienten, die in eigener Sache - und erst noch bei dieser prekären Fragestellung - allein gelassen mit einiger Wahrscheinlichkeit unzweckmässig oder - nicht weniger schlimm - gar nicht disponieren.

Wir werden uns heute aber nicht mit weltanschaulichen und psychologischen Aspekten befassen, sondern mit iuristisch-praktischen Belangen, die sich im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr zwischen Deutschland und der Schweiz ergeben. Dieser Rechtsverkehr ist, jedenfalls für die Schweiz, von sehr erheblicher *Tragweite*: Nur in Frankreich leben mehr Auslandsschweizer, als in Deutschland. Etwas mehr als 2 % der schweizerischen Wohnbevölkerung sind deutsche Staatsangehörige; sie stellen numerisch von allen Ausländern in der Schweiz das viertstärkste Kontingent. Wird allerdings die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit berücksichtigt, stehen die deutschen Staatsangehörigen in der Schweiz an erster Stelle. Deutschland ist auch nach wie vor der wichtigste Handelspartner der Schweiz.

Soweit ich in meinen nachfolgenden Ausführungen *Hinweise zum deutschen Recht* gebe, bitte ich um *grosszügige Nachsicht*: Ich versuche eine Annäherung an die Richtigkeit; mehr kann ich Ihnen nicht bieten, brauche ich auch nicht, da Sie Ihr eigenes Recht perfekt kennen. In der Beratung würde ich mir nicht erlauben, ausländisches Recht zu interpretieren. Ich verzichte deshalb auch auf die Angabe von Literaturbelegen zum deutschen Recht.

Ich bedanke mich bei Herrn lic.iur. Lucien Müller, der in unserer Kanzlei seinen Assistenzdienst zur Vorbereitung auf das Anwaltsexamen leistet, und der mich massgeblich bei der Ausarbeitung des heutigen Referates unterstützte und vor allem auch den Apparat beisteuerte.

Ebenfalls unterstützt mich heute der besondere *genius loci*: Bevor *Prof. Max Gutzwiller* vor rund 70 Jahren in die Schweiz zurückkehrte, war er an der hiesigen Universität Inhaber eines der civilistischen Lehrstühle unter Einschluss des IPR.

Der Sprechende war Mitglied der Expertenkommission, die den Entwurf des schweizerischen IPR-Gesetzes ausarbeitete. Als Mitglied eines Kollegiums nehme ich aber eine wohlfeile Entlastungserklärung zu Hilfe und behaupte, dass alle Ungereimtheiten und Mängel des Gesetzes auf Fehler der andern Mitglieder resp. des Parlamentes zurückgehen.

## 1. Zur Disposition des heutigen Referates

- (a) Es scheint mir richtig, mit dem IPR-Teil zu beginnen, und diesen mit Ausführungen zur internationalen *Zuständigkeit*; denn weil der Richter grundsätzlich sein eigenes Kollisionsrecht anwendet, und gerade dieses im Erbrecht in Deutschland und in der Schweiz fundamental andere Wege geht, muss sinnvollerweise mit der *Zuständigkeit* begonnen werden, weil sie schliesslich nicht nur über das anwendbare Recht, sondern weitgehend auch über die *materiell-rechtliche Gestaltung* entscheidet. Diese Abfolge entspricht denn auch der Systematik des schweizerischen IPR-Gesetzes, das immer zuerst die *Zuständigkeit* regelt, und dann das anwendbare Recht.
- (b) Anschliessend werde ich auf einige materiell-rechtliche Unterschiede eingehen, die ganz massgeblich die Gestaltungsbedürftigkeit beeinflussen können.
- (c) Und schliesslich werden wir im Sinne einer etwas ausgedehnten Schlussfolgerung zeigen, in welchen Bereichen und bezüglich welcher Aspekte eine eigentliche Gestaltungsfreiheit besteht, und wie sie ausgeübt werden kann.

## 2. Sedes materiae im schweizerisch-deutschen Erbrecht

- (a) Nicht anwendbar hinsichtlich der Zuständigkeit ist gemäss dessen Art. 1 Abs. 2 Ziff. 1 das Lugano Übereinkommen.
- (b) Hinsichtlich Forum und Lex nicht mehr anwendbar ist der Staatsvertrag aus dem Jahre 1856 zwischen der Schweiz und dem damaligen Grossherzogtum Baden, der aber erst 1979 formell gekündigt wurde, und der seitens der Schweiz immerhin noch auf Erbschaften Anwendung finden soll, "deren Teilung aufgrund einer vor der Aufhebung des Staatsvertrages errichteten letztwilligen Verfügung zu erfolgen hat" (AS 1978 S. 1858).
- (c) Prinzipiell noch anwendbar, weil nicht gekündigt, ist der Anerkennungs- und Vollstreckungsvertrag zwischen der Schweiz und dem Deutschen Reich vom 2.11.1929 (SR 0.276.191.361), dessen Art. 4 Abs. 2 jedoch von unklarer Tragweite ist.
- (d) Hinsichtlich der Form der letztwilligen Verfügungen ist für Deutschland und die Schweiz das diesbezügliche Haager Übereinkommen vom 5.10.1961 anwendbar, (wobei betreffend das deutsche korrespondierende Ehegattentestament eine schweizerische Spezialbestimmung zu beachten ist, auf die wir weiter hinten zu sprechen kommen werden).
- (e) Andere themenbezogene, völkerrechtliche Regelungen zwischen unseren Ländern sind mir nicht bekannt.
- (f) Innerstaatlich zu beachten sind die IPR-Bestimmungen im BGB, EGBGB und FFG für Deutschland, im IPRG für die Schweiz.

### 3. Einschränkung des Themas

Ich muss das heutige Thema noch in vier wichtigen Punkten klären und zugleich eingrenzen:

- (a) Wir werden uns nur mit dem Erbrecht der Bürger unserer beiden Länder mit Wohnsitz resp. Aktiven in unseren beiden Ländern befassen. Es würde den Rahmen des heutigen Referates sprengen, wollten wir uns auch mit dem Erbrecht von Drittbürgern mit Wohnsitz oder Aktiven in einem von unseren beiden Ländern beschäftigen, oder dem Erbrecht unserer Bürger ohne Wohnsitz aber mit andern Konnexen in einem unserer Länder.
- (b) Wir werden die Fragen des ehelichen Güterrechtes ausklammern müssen, obwohl sich hier überaus reizvolle weitere Gestaltungsmöglichkeiten böten.<sup>1</sup>
- (c) Nicht behandelt werden alle steuerrechtlichen Belange, denen sich Kollege Bürgi in seinem anschliessenden Referat zuwendet.
- (d) Im Rahmen der unmittelbar rechts-gestalterischen Möglichkeiten werden wir konsequent nur von der letztwilligen Verfügung sprechen, nicht auch vom Erbvertrag, da dieser unter kollisionsrechtlichen Gesichtspunkten aus schweizerischer Sicht keine zusätzliche Gestaltungsfreiheit eröffnet. Ich gestatte mir bloss den Hinweis, dass Art. 95 IPRG unglücklich formuliert ist.

### 4. Ein konkreter Fall

Lassen Sie mich nun aber zuerst einen konkreten Fall darlegen, der mich intensiv beschäftigt hat, und der nahezu alle Ingredienzien unseres heutigen Themas in sich vereinigt:

Herr A., ein heute deutlich über 80 Jahre alter deutscher Unternehmer, hat vor rund 20 Jahren seine bedeutenden Aktienpositionen in kotierten Unternehmen veräussert und seine beiden damals wie heute in Deutschland lebenden Töchter aus erster Ehe grosszügig beschenkt. Verwitwet, hat Herr A. in zweiter Ehe vor rund 15 Jahren die ebenfalls verwitwete, in der Westschweiz wohnende Französin D. geehelicht, Mutter eines mittlerweile volljährigen Sohnes, der vom Stiefvater adoptiert wurde. Seine Töchter haben sich aus dem Vater unverständlichen Gründen in geradezu bösartiger Weise von ihm abgewendet; mit Frau und Sohn versteht sich Herr A. sehr gut.

Seit nunmehr über 10 Jahren wohnt Herr A. mit der zweiten Gattin und dem Sohn in der Westschweiz, am Genfersee. Der schweizerische Wohnsitz ist in Deutschland unbestritten.

Herr A. möchte Frau und Sohn alles, seinen Töchtern nichts vererben.

Trotz Warnungen seiner deutschen Berater schliesst Herr A. nicht aus, dass die deutschen Gerichte das Pflichtteilsrecht als solches als Verstoss gegen die Eigentumsfreiheit und somit als verfassungswidrig erklären werden.

## **KAPITEL 2: RECHTSVERGLEICHENDES IPR**

### **A. Internationale Zuständigkeit**

#### **I. Deutschland**

##### **1. Nachlassabwicklung**

Im Bereich der Nachlassabwicklung (als Teil der freiwilligen Gerichtsbarkeit) besteht nach der deutschen Rechtsprechung eine deutsche Zuständigkeit, wenn das deutsche materielle Recht Anwendung findet. Dieses Prinzip des "Gleichlaufs" ist, wie ich feststelle, in der deutschen Lehre auf zunehmende Kritik gestossen. Diese will eine

internationale Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte bei Vorliegen einer örtlichen Zuständigkeit gemäss § 73 FGG grundsätzlich auch bei Anwendbarkeit ausländischen Rechts bejahen, sofern dieses mit dem inländischen Verfahrensrecht verträglich ist, also keine wesensfremde Tätigkeit erfordert. Unklar ist mir, welche Bedeutung dem Gleichlaufgrundsatz in der deutschen Rechtsprechung in Zukunft noch zukommen wird.

## 2. Streitiges Verfahren

Im streitigen Verfahren indizieren die Bestimmungen der ZPO auch die internationale Zuständigkeit. Demnach steht der inländische Wohnsitz im Vordergrund bzw. der inländische Aufenthalt, falls ein inländischer Wohnsitz fehlt (und auch kein ausländischer Wohnsitz besteht). Hatte der deutsche Erblasser zur Zeit seines Todes keinen allgemeinen Gerichtsstand in Deutschland, können erbrechtliche Klagen, unabhängig von der Lage der Aktiven, am letzten deutschen Wohnsitz, oder mangels eines solchen am Sitz der Bundesregierung geführt werden.

## II. **Schweiz**

Andern Kriterien folgt das schweizerische IPR:

### 1. Grundsatz

- (a) Für Belange der freiwilligen und der streitigen Gerichtsbarkeit im Erbrecht beruht das schweizerische IPR - unabhängig von der Nationalität der Betroffenen - auf dem Gedanken des Wohnsitzprinzips.<sup>2</sup>
- (b) Ihren Wohnsitz hat eine natürliche Person aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles (und ohne Berücksichtigung von Fiktionen resp. Ableitungen des internen Rechtes) in dem Staate, zu dem die engste Beziehung besteht und

in dem sie mit Rücksicht auf die Gesamtheit der Lebensbeziehungen am stärksten integriert ist (Art. 20 IPRG).<sup>3</sup>

- (c) Nach schweizerischem IPR (wie übrigens auch nach schweizerischem materiellem Recht) kann eine Person gleichzeitig nur einen Wohnsitz haben, im Gegensatz zum deutschen Recht. Hat eine Person in Ansehung der obigen Kriterien keinen Wohnsitz, tritt ihr "gewöhnlicher Aufenthalt" an die Stelle des Wohnsitzes, der analog der *résidence habituelle* des Rechtes der Haager Konventionen zu definieren ist (Art. 20 Abs. 2 IPRG).
- (d) Die schweizerische internationale Zuständigkeitsregelung in Erbschaftssachen erstreckt sich nach dem Grundsatz der Nachlassseinheit auf den im In- und im Ausland gelegenen Nachlass<sup>4</sup>, mobilier oder immobilier.<sup>5</sup> Die Durchsetzbarkeit der inländischen Entscheide oder Massnahmen ist im Prinzip kein Element der Zuständigkeitsregelung des schweizerischen IPR.

## 2. Ausnahmen

Dieser Grundsatz wird im Interesse der Privatautonomie und im Interesse der Sicherheit und Effektivität des Rechtsverkehrs in verschiedener Hinsicht durchbrochen:

- (a) Freiwilliger Heimatbezug (Art. 87 Abs. 2 IPRG)

- (i) *Professio iuris*

Ein Schweizerbürger mit Wohnsitz im Ausland kann durch *professio iuris* in letztwilliger Verfügung oder durch Erbvertrag - ohne Begründung - seinen gesamten Nachlass oder bloss sein in der Schweiz gelegenes Vermögen dem schweizerischen Heimatrecht unterstellen<sup>6</sup>, womit zugleich auch die schweizerische Heimatzuständigkeit begründet wird.



(ii) *Prorogatio fori*

Er kann aber auch, ohne eine Rechtswahl zu treffen, und ebenfalls ohne Begründung, den gesamten Nachlass oder bloss das in der Schweiz gelegene Vermögen der schweizerischen Heimatzuständigkeit unterstellen.

Nach schweizerischem IPR unzulässig ist eine solche professio hinsichtlich ausländischer Grundstücke, wenn der ausländische Belegenheitsstaat dafür die ausschliessliche Zuständigkeit beansprucht (Art. 87 Abs. 2 zweiter Satz IPRG i.V.m. Art. 86 Abs. 2 IPRG), was bei Deutschland nicht der Fall ist.

(b) *Exklusiver ausländischer Immobilier-Gerichtsstand*

Im Widerspruch und als Ausnahme zur Wohnsitzzuständigkeit sieht Art. 86 Abs. 2 IPRG die Zuständigkeit des ausländischen Staates vor, der hinsichtlich der auf seinem Gebiet gelegenen Grundstücke seine eigene exklusive Gerichtsbarkeit vorsieht, was bei Deutschland nicht der Fall ist.

(c) *Sicherungszuständigkeit*

Zur Vornahme vorsorglicher nachlass-sichernder Massnahmen im Nachlass eines mit letztem Wohnsitz im Ausland verstorbenen in- oder ausländischen Erblassers sieht Art. 89 IPRG eine Zuständigkeit am schweizerischen Lageort von Aktiven vor.

(d) *Notzuständigkeit*

Im Sinne einer Konkretisierung des allgemeinen (hier schematisch umrissenen) Grundsatzes, dass die Schweiz einen Notgerichtsstand eröffnet, falls sonst ein

Rechts-Verlust droht (Art. 3 IPRG) sieht das IPRG zwei schweizerische erbrechtliche Notzuständigkeiten vor:

- (i) Eine Notzuständigkeit am *schweizerischen Heimort* eines mit letztem Wohnsitz im Ausland verstorbenen Schweizers ist vorgesehen für den Fall, dass sich die ausländischen Behörden aus rechtlichen oder faktischen Gründen<sup>7</sup> nicht mit dem Nachlass befassen (Art. 87 Abs. 1 IPRG).
- (ii) Eine Notzuständigkeit am *schweizerischen Lageort* von mobiliarem und immobilarem Nachlassvermögen soll im Nachlass eines mit letztem Wohnsitz im Ausland verstorbenen Ausländers den drohenden Rechtsverlust verhindern, wenn sich die ausländischen Behörden aus rechtlichen oder faktischen Gründen mit dem in der Schweiz befindlichen oder mit dem ganzen Nachlass nicht befasst (Art. 88 Abs. 1 IPRG).<sup>8</sup>

Im schweizerisch-deutschen Verhältnis dürften diese Bedingungen nie eintreffen.

(e) Weitere Gerichtsstände

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass das schweizerische IPR weitere Gerichtsstände im Erbrechtsprozess erlaubt aufgrund einer Gerichtsstandsvereinbarung (Art. 5 IPRG), der Einlassung im Prozess (Art. 6 IPRG) und einer Schiedsvereinbarung (Art. 177 IPRG).

## **B. Anwendbares Recht**

### **I. Deutschland**

#### 1. Grundsatz

- (a) Das deutsche IPR knüpft an das *Heimatrecht* des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes an (Art. 25 Abs. 1 EGBGB). Im Falle der mehrfachen Staatsangehörigkeit ist Art. 5 Abs. 1 EGBGB zu beachten.
- (b) Mit der Ausnahme von Art. 3 Abs. 1 EGBGB (Sachnormverweisung), oder wenn die Gesamtverweisung dem Sinne der Verweisung widerspricht (Art. 4 Abs. 1 EGBGB), ist diese Verweisung auf die *lex patriae* eine Gesamtverweisung (Art. 4 Abs. 1 EGBGB), so dass Rück- und Weiterverweisungen durch das IPR des nach Art. 25 Abs. 1 EGBGB berufenen fremden Heimatrechtes bei der Bestimmung des Erbstatutes zu beachten sind.
- (c) Entsprechend dem Grundsatz der kollisionsrechtlichen Nachlasseinheit gilt das nach den deutschen Kollisionsregeln berufene materielle Recht für den gesamten mobiliaren und immobiliaren Nachlass des Erblassers im In- und im Ausland.
- (d) Das Erbstatut bezieht sich auf alle durch den Todesfall ausgelösten erbrechtlichen Aspekte, wie insbesondere Umfang des Nachlasses, Kreis der Erben und ihre Quoten, Erbfähigkeit, Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers usw.

## 2. Ausnahmen

### (a) *Belegenheitsrecht*

Das deutsche Kollisionsrecht betrachtet die für das Erbrecht aufgestellten Normen im Sinne der Nachlassseinheit als Gesamtstatut, ohne Rücksicht auf die Lage von Aktiven. Im Sinne des Effizienz-Grundsatzes macht das deutsche IPR jedoch eine Ausnahme zu Gunsten des ausländischen Rechtes der Belegenheit, sofern dieses für die in seinem Bereich gelegenen Aktiven "besondere Vorschriften" aufstellt (Art. 3 Abs. 3 EGBGB). Als solche Aktiven gelten nicht nur Grundstücke und Mobilien, sondern auch Rechte, Forderungen und Gesellschaftsanteile. Nach herrschender Lehre erfasst Art. 3 Abs. 3 EGBGB auch Kollisionsnormen, welche den Nachlass durch die unterschiedliche Anknüpfung von beweglichen und unbeweglichen Aktiven territorial spalten; gleiches gilt, wenn der Belegenheitsstaat für bestimmte oder alle Mobilien Sonderanknüpfungen vorsieht. Art. 3 Abs. 3 EGBGB ist auch anwendbar, wenn das ausländische Recht nur einzelne Teilfragen gesondert anknüpft. Wenn allerdings das ausländische Kollisionsrecht die gesamte Erbfolge generell anders als das deutsche IPR regelt (z.B. durch Anknüpfung an das Wohnsitzrecht, wie das schweizerische IPR), kommt Art. 3 Abs. 3 EGBGB nicht zur Anwendung.

### (b) *Rechtswahl (Professio iuris)*

(i) Bezüglich in Deutschland gelegenen unbeweglichem Nachlassvermögen kann der ausländische Erblasser die Anwendung deutschen materiellen Rechtes wählen (Art. 25 Abs. 2 EGBGB; im Falle des deutschen Erblassers kommt ohnehin deutsches Heimatrecht zur Anwendung).

- (ii) Sofern das im Rahmen der objektiven Anknüpfung berufene ausländische Heimatrecht eine weitergehende Rechtswahl zulässt, wird sie beachtet. Ein Schweizer Erblasser mit letztem Wohnsitz in Deutschland kann deshalb seinen in der Schweiz gelegenen oder seinen insgesamt Nachlass einschliesslich deutscher Immobilier-Aktiven auch aus deutscher Sicht gültig dem schweizerischen Heimatrecht unterstellen (Art. 25 Abs. 2 EGBGB in Verbindung mit Art. 87 Abs. 2 IPRG).<sup>9</sup>

## II. Schweiz

### 1. Erbstatut und Eröffnungsstatut: Eine Begriffsklärung

- (a) Den Gesetzgebungsmaterialien und der ihnen folgenden herrschenden Lehre entnehme ich, dass die wörtliche Umschreibung des Anwendungsbereiches des Erbstatuts in Art. 92 Abs. 1 IPRG unsachlich eng ist. Sein Wirkungsbereich soll, etwas vereinfacht ausgedrückt, vielmehr die Gesamtheit aller Nachlassbelange sein, sofern diese nicht technisch-formeller Art sind.<sup>10</sup>
- (b) Unter die Herrschaft des Erbstatuts sollen also insbesondere fallen
  - (i) die Bestimmung des Umfangs des Nachlasses (d.h. zum Beispiel die Frage, ob Schenkungen des Erblassers zu Lebzeiten rechnerisch zum Nachlass zu ziehen sind)<sup>11</sup>
  - (ii) wer und in welchem Umfang am Nachlass berechtigt ist
  - (iii) die Arten und Wirkungen erbrechtlicher Verfügungen (z.B. Vermächtnisse, Ersatzverfügungen, Auflagen, Bedingungen)<sup>12</sup>
  - (iv) die Definition und Beurteilung in concreto des Pflichtteilsanspruchs<sup>13</sup>

- (v) die Haftung für Nachlassschulden
  - (vi) die Zulässigkeit und Wirkungen der erbrechtlichen Klagen oder andern Rechtsbehelfe<sup>14</sup>
  - (vii) die Voraussetzungen und materiell- sowie legitimationsrechtlichen Wirkungen des Erbscheins<sup>15</sup>
  - (viii) und vor allem und entgegen dem Wortlaut von Art. 92 Abs. 2 IPRG auch die Befugnis zur Anordnung der Testamentsvollstreckung sowie zur Einsetzung des Testamentsvollstreckers und dessen Rechte und Pflichten.<sup>16</sup>
- (c) Demgegenüber fallen unter die Herrschaft des Eröffnungsstatuts die mehr formell-technischen Aspekte, wie
- (i) die Testamentseröffnung<sup>17</sup>
  - (ii) die Ausstellung von Erbschein und Testamentsvollstreckerbescheinigung<sup>18</sup>
  - (iii) die Inventaraufnahme<sup>19</sup>
  - (iv) die Form der Ausschlagung.<sup>20</sup>

## 2. Erbstatut

- (a) *Objektive Anknüpfung*
  - (i) Der gesamte mobiliare und immobiliare in- und ausländische Nachlass einer mit letztem Wohnsitz in der Schweiz verstorbenen Person untersteht dem schweizerischen Wohnsitzrecht (Art. 90 Abs. 1 IPRG).<sup>21</sup>

- (ii) Der Nachlass einer Person mit letztem Wohnsitz im Ausland untersteht dem Recht, auf welches das Kollisionsrecht des letzten Wohnsitzes verweist (Art. 91 Abs. 1 IPRG).<sup>22</sup> Umstritten ist, ob diese Verweisung bei Rück- oder Weiterverweisungen als Sachnormverweisung zu betrachten ist, oder ob - im Sinne der "foreign court theory" - das ausländische IPR darüber entscheiden soll, ob Sachnorm- oder Gesamtverweisung vorliegt. In der schweizerischen Lehre besteht eine starke Tendenz im Sinne der foreign court theory.<sup>23</sup>
- (iii) Im Falle einer (ausnahmsweisen) schweizerischen Heimatzuständigkeit (Art. 91 Abs. 2 IPRG) untersteht der Nachlass eines Schweizer mit letztem Wohnsitz im Ausland nicht dem ausländischen Heimatrecht - es sei denn, der Erblasser habe durch letztwillige Verfügung oder Erbvertrag ausdrücklich die Anwendung des Rechtes an seinem letzten Wohnsitz vorbehalten (Art. 91 Abs. 2 IPRG).
- (iv) Zwischen den Formulierungen von Art. 87 Abs. 2 und Art. 91 Abs. 2 IPRG besteht hinsichtlich des gewählten anwendbaren Rechts ein Widerspruch; m.E. ist Art. 91 Abs. 2 IPRG nur anwendbar, falls die schweizerische Heimatzuständigkeit aufgrund einer prorogatio fori, nicht aufgrund einer Rechtswahl besteht, weil die Rechtswahl nicht gleichzeitig sowohl auf schweizerisches (Heimat-) Recht (Art. 87 Abs. 2 IPRG), als auch auf ausländisches Wohnsitzrecht erfolgen kann (Art. 91 Abs. 2 IPRG).

(b) *Professio iuris (Rechtswahl)*

- (i) Ein Schweizer mit letztem Wohnsitz im Ausland kann letztwillig schweizerisches Heimatrecht für sein in der Schweiz gelegenes Vermögen oder für seinen ganzen Nachlass zur Anwendung bringen (Art. 87 Abs. 2 IPRG), womit gleichzeitig auch die schweizerische Eröffnungszuständigkeit gegeben wird. Ausländisches Wohnsitzrecht kann ein Schweizer mit letztem Wohnsitz im Ausland durch *professio iuris* im Sinne von Art. 87 Abs. 2 IPRG i.V. mit Art. 91 Abs. 2 IPRG zur Anwendung bringen.<sup>24</sup>
- (ii) Ein ausländischer Erblasser, der nicht auch das Schweizerbürgerrecht besitzt<sup>25</sup>, kann durch letztwillige Verfügung oder Erbvertrag seinen Nachlass ohne Begründung seinem ausländischen Heimatrecht oder (bei mehrfachem ausländischem Bürgerrecht) einem seiner mehreren Heimatrechte unterstellen (Art. 90 Abs. 2 IPRG). Die Lehre geht überwiegend davon aus, dass sich diese Rechtswahl auf den gesamten Nachlass beziehen muss, also keine partielle Rechtswahl zulässig ist<sup>26</sup>. Das Bundesgericht hat die Frage bisher offen gelassen.<sup>27</sup> Hingegen ist wohl unbestritten, dass die Rechtswahl bedingt sein kann.<sup>28</sup>
- (iii) Wie alles, was der Mensch tut, steht auch diese *professio iuris* unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs und des schweizerischen *ordre public*.<sup>29</sup> Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung stellt aber gerade die gezielte Ausschaltung des schweizerisch-wohnsitzrechtlichen Pflichtteilsanspruchs durch Wahl eines z.B. angelsächsischen pflichtteilslosen Heimatrechtes keinen Rechtsmissbrauch und keinen Verstoss gegen den *ordre public* dar<sup>30</sup>, so dass wir zwar die abstrakte Ermahnung im Ohr haben, aber keinen realen Anwendungsfall kennen.



- (iv) Die Rechtswahl fällt dahin, falls der Erblasser im Zeitpunkt des Todes dem betreffenden Staat nicht mehr angehört, oder Schweizer geworden ist (Art. 90 Abs. 2 IPRG).
- (v) Die Rechtswahl soll, muss aber nicht ausdrücklich sein. Das Bundesgericht lässt eine stillschweigende bzw. konkludente Rechtswahl aus den Umständen zu, sofern solche mittels Auslegung der Verfügung ermittelt werden können.<sup>31</sup> In concreto wurde die nicht-ausdrückliche Wahl des deutschen Rechtes im Testament einer Deutschen mit letztem Wohnsitz im Tessin aus den gesamten Umständen akzeptiert.<sup>32</sup>
- (vi) Die *professio iuris* umfasst nur die vom Erbstatut erfassten materiellrechtlichen Normen, nicht aber jene, die vom Eröffnungsstatut erfasst werden.<sup>33</sup>

### 3. Eröffnungsstatut

Nach schweizerischem Recht wendet die gemäss IPR international zuständige Behörde in Fragen der Nachlass-Eröffnung ihre lex fori an.<sup>34</sup>

### C. **Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen**

Aus Zeitgründen beschränke ich mich auf einige Hinweise zum *schweizerischen* Recht (Art. 25 ff. und 96 IPRG):

- (a) Unabhängig von ihrer Bezeichnung als Urteil, Entscheidung, Massnahme o.ä., unabhängig von der Natur der Entscheidungsbehörde (Verwaltungsbehörde oder Gericht),<sup>35</sup> und ohne inhaltliche Sachprüfung (Art. 27 Abs. 3 IPRG) - allerdings wie immer unter dem Vorbehalt des *ordre public* z.B. hinsichtlich der Verfahrensrechte - werden deutsche Entscheidungen im streitigen Verfahren oder im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Art. 31 IPRG)<sup>36</sup> in der Schweiz anerkannt, wenn der schweizerische oder deutsche Erblasser seinen letzten Wohnsitz in Deutschland hatte, oder wenn deutsches Recht als Erbstatut anwendbar war, also vor allem, wenn der deutsche, in der Schweiz wohnhafte Erblasser durch letztwillige Verfügung deutsches Heimatrecht gewählt hat (Art. 96 Abs. 1 IPRG).
- (b) Deutsche nachlass-sichernde Massnahmen werden in der Schweiz hinsichtlich in Deutschland gelegener Vermögenswerte anerkannt (Art. 96 Abs. 3 IPRG).
- (c) Der deutsche Eigenrechts-Erbschein wird (sofern die Zuständigkeit der ausstellenden Behörde im obigen Sinne gegeben war) in der Schweiz anerkannt, wenn sich seine Wirkungen nicht auf Deutschland beschränken, was z.B. bei einem deutschen Erblasser nicht der Fall ist. Gestützt auf diesen Eigenrechts-Erbschein kann in der Schweiz auch ein Grundbucheintrag erwirkt werden.<sup>37</sup>
- (d) Bei gegebener Zuständigkeit wird in der Schweiz wohl auch ein deutsches Testaments-Vollstreckerzeugnis anerkannt.
- (e) Hingegen werden der deutsche Fremdrechts-Erbschein und das deutsche Fremdrechts-Testamentsvollstreckerzeugnis in der Schweiz wohl regelmässig schon deshalb nicht zu anerkennen sein, weil sich ihre Wirkungen territorial auf in Deutschland gelegene Nachlasswerte beschränkt.
- (f) Inwieweit Art. 4 Abs. 2 des Staatsvertrages von 1929 zwischen der Schweiz und dem Deutschen Reich (oben Kapitel 1, Ziff. 2 (c)) noch von Bedeutung ist, möchte ich offen lassen. Einen konkreten Anwendungsfall kenne ich nicht.

## D. Überblick

Die vier Synopsen im Anhang zeigen die recht vertrackte Zuständigkeitsregelung und die Bestimmung des anwendbaren Rechts. Sie zeigen gleichzeitig auch auf, in welchen Bereichen die schweizerische und die deutsche IPR-Auffassung übereinstimmen, und wo Erblasser in unserem zwischenstaatlichen Verhältnis mit Konflikten zu rechnen haben.

## KAPITEL 3: RECHTSVERGLEICHENDES MATERIELLES ERBRECHT

### A. Einleitung

- (a) Das deutsche und das schweizerische materielle Erbrecht beruhen weitgehend auf den selben Grundsätzen, insbesondere:
  - (i) Gleichbehandlung der Erben unter Berücksichtigung der Generationenfolge innerhalb der Parentelen-Ordnung
  - (ii) Pflichtteilsschutz der nächsten Erbberechtigten
  - (iii) Unterscheidung von erbrechtlichen Zuwendungen als Vermächtnisse oder als Erbteile
  - (iv) Durch den Tod ex lege bewirkter Eigentumsübergang am Nachlass direkt an die Gesamtheit der Erben, ohne Vermittlung eines "executor"
  - (v) Selbstregelung durch die Erben, oder Mitwirkung eines Testamentsvollstreckers
  - (vi) Gemeinsame Haftung der Erben für die Schulden des Nachlasses

(vii) Möglichkeit der Erben, den Nachlass auszuschlagen.

Es erstaunt deshalb nicht, dass es bei vielen Nachlässen gar nicht so sehr darauf ankommt, ob sie - das Steuerrecht ausgenommen - unter schweizerischem oder deutschem Recht abgehandelt werden. Dies gilt insbesondere bei Intestat-Nachlässen ohne anrechenbare Liberalitäten *inter vivos*.

- (b) Auf komplexere Nachlässe kann diese Prämisse nicht angewendet werden, weil sich bei näherem Hinsehen das deutsche und das schweizerische materielle Erbrecht nicht nur in Feinheiten unterscheiden. Das gilt selbst bezüglich von Belangen, in denen wir dieselben *Begriffe* verwenden, aber anderes darunter subsumieren.
- (c) Es lohnt sich deshalb, auf einige dieser Unterschiede einzugehen - wobei wir uns aus Zeitgründen auf wenige Hinweise zu Themen begnügen, die tatsächlich vom Erbstatut erfasst werden.

## **B. Einzelfragen**

### **I. Pflichtteil<sup>38</sup>**

#### 1. *Rechtsnatur*

- (a) Nach deutschem Recht ist der Pflichtteil ein schuldrechtlicher Anspruch auf Geldzahlung; er bezweckt eine ökonomische Mindestbeteiligung der Berechtigten am Nachlass, die von der eigentlichen Erbfolge ausgeschlossen wurden. Der Pflichtteilsberechtigte hat beschränkte Auskunftsrechte und grundsätzlich kein Recht, bei der Teilung des Nachlasses mitzuwirken.

- (b) Nach schweizerischem Recht ist der Pflichtteil ein gegenüber dem gesetzlichen Erbteil reduzierter quotenmässiger Anspruch am Nachlass; der Pflichtteilsberechtigte behält seine Stellung als Erbe. Er hat umfassende Auskunftsrechte und wirkt unbeschränkt bei der Teilung des Nachlasses mit. Eine neuere Lehre will dem Pflichtteilsberechtigten, analog deutschem Recht, die Erbenstellung aberkennen, wenn er betragsmässig zu Lebzeiten durch den Erblasser abgefunden wurde.<sup>39</sup> Eine diese Lehrmeinung stützende Judikatur liegt bisher nicht vor.<sup>40</sup>

## 2. *Umfang und Objekt*

- (a) Nach deutschem Recht beträgt der Pflichtteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils.
- (b) Nach schweizerischem Recht beträgt der Pflichtteil  $\frac{3}{4}$  bei Nachkommen, für jeden Elternteil (falls der Erblasser keine Nachkommen hinterlässt)  $\frac{1}{2}$ , und für den überlebenden Ehegatten ebenfalls  $\frac{1}{2}$  des gesetzlichen Erbteils (Art. 471 ZGB; siehe Aufstellung im Anhang). Der Pflichtteil gibt einen quotenmässigen Anspruch auf die gesamten Nachlassaktiven; falls der Nachlass genügend Liquidität enthält, kann der Erblasser allerdings im Sinne einer Teilungsvorschrift die Ausrichtung des Pflichtteils als Geldzahlung vorsehen.

## 3. *Entziehung des Pflichtteils* (Art. 477 ff. ZGB)

Sowohl nach deutschem, wie nach schweizerischem Recht kann der Erblasser den Pflichtteil bei Vorliegen schwerwiegender Gründe entziehen, wobei ich aufgrund der Kasuistik und der Beurteilung durch deutsche Kollegen davon ausgehe, dass diese Gründe in Deutschland noch schwerer wiegen müssen, als in der Schweiz. Dafür ist die Wirkung des Entzuges in der Schweiz tiefer greifend, wird doch nicht nur der finanzielle Anteil, sondern auch die Erbenstellung entzogen, die sonst nach schweizerischer Auffassung mit dem Pflichtteil verbunden ist. Deshalb verwenden wir in der Schweiz für diese Verfügung durch den Erblasser auch den Begriff "Enterbung".

## II. Testamentvollstreckung (Art. 517 ff. ZGB)<sup>41</sup>

Wichtiger als bezüglich des Inhalts der Kompetenzen des Testamentvollstreckers (in der Schweiz "Willensvollstrecker" genannt), die im Kern durchaus vergleichbar sind, scheint mir der Unterschied hinsichtlich der *Ernennung*. Während der Willensvollstrecker im schweizerischen Recht nur durch den Erblasser selbst in letztwilliger Verfügung bezeichnet werden kann (wobei nicht namentliche Bestimmung, aber Bestimmbarkeit verlangt wird), erlaubt das deutsche Recht die Ernennung des Testamentvollstreckers durch den Erblasser, oder durch eine vom Erblasser bezeichnete Person, oder (sofern vom Erblasser so angeordnet) durch das zuständige Nachlassgericht, eine hohe Flexibilität, die ich mir auch für das schweizerische Recht wünschen möchte.

## III. Ausgleichung (Art. 626 ff. ZGB)<sup>42</sup>

Es gibt durchaus Unterschiede im Kreis der Pflichtigen, die gegebenenfalls vom Erblasser inter vivos erhaltene Zuwendung ausgleichen müssen - im Prinzip geht das schweizerische Recht hier weiter als das deutsche, und schliesst nicht nur die Abkömmlinge (in der Schweiz "Nachkommen"), sondern alle gesetzlichen Erben ein. Bedeutsamer kann jedoch sein, dass nach deutschem Recht, je nach Art der von der Ausgleichung betroffenen Zuwendung, die Ausgleichung vom Erblasser im *Zeitpunkt der Zuwendung* anzuordnen bzw. auszuschliessen ist. Nach schweizerischem Recht ist klar, dass der Dispens von der (subsidiär gesetzlich vorgesehenen) Ausgleichung vom Erblasser *jederzeit* verfügt werden kann<sup>43</sup>; hinsichtlich der Anordnung der Ausgleichung sind sich Lehre und Bundesgericht uneinig: letzteres schreibt die Anordnung (wo sie nicht von Gesetzes wegen besteht) im Zeitpunkt der Zuwendung vor<sup>44</sup>; die Lehre will die Anordnung der Ausgleichung in jedem Zeitpunkt zulassen.<sup>45</sup>

#### **IV. Form (Art. 498 ff. ZGB)**

Schon aufgrund der Anwendbarkeit der Haager Form-Konvention bestehen zwischen der Schweiz und Deutschland in Formfragen letztwilliger Verfügungen kaum Differenzen, ausser in einem bedeutsamen Fall: Deutschland erlaubt bekanntlich das korrespektive Ehegatten-Testament. Dieses ist nach schweizerischem materiellem Recht nicht zulässig<sup>46</sup>, weil nach der Auffassung des ZGB jedes Testament, bildlich gesprochen, auf eigenen Füßen stehen und jederzeit einseitig abänderbar und widerrufbar sein muss, und jede diese Freiheit einschränkende Verfügung der Form des Erbvertrages bedarf (notarielle Urkunde, Mitwirkung von zwei Zeugen)<sup>47</sup>. Deshalb anerkennt die Schweiz gemäss Art. 95 Abs. 3 IPRG korrespektive Ehegatten-Verfügungen nur, wenn sie dem Wohnsitzrecht jedes der beiden Verfügenden, oder dem von ihnen gewählten gemeinsamen Heimatrecht entsprechen. Konkret heisst dies z.B. dass deutsche Ehegatten mit letztem Wohnsitz in der Schweiz nur ein korrespektives Testament errichten können, wenn sie zugleich deutsches Heimatrecht für ihren Nachlass wählen; Schweizer Ehegatten mit Wohnsitz in Deutschland können ein korrespektives Testament gültig einrichten, da diese Form dem gemeinsamen Wohnsitzrecht entspricht.

#### **KAPITEL 4: GESTALTUNG**

Wie schon eingangs in Aussicht gestellt, ist das in den bisherigen Ausführungen entworfene Bild mit einem breiten Pinsel gemalt. Selbstverständlich werden wir als Praktiker im Einzelfall die Details genauestens prüfen, um festzustellen, ob und in Bezug auf welche Belange nicht abstrakt, sondern in concreto tatsächlich eine akzeptable oder unerwünschte Gerichtsbarkeit oder eine Diskrepanz oder Übereinstimmung der materiellen Rechte besteht, und mithin die gesetzliche Regelung annehmbar ist oder verändert werden soll.

## A. **Gestaltungsbedarf, Gestaltungsfreiheit**

### 1. Materielles Recht

Unsere Klienten interessieren sich nicht für die intellektuellen, abstrakten Höhenflüge der IPR-Spezialisten, denen wir uns hier zuvor hingegen haben, sondern für das Ergebnis, für die Realisierung ihrer Wünsche und Absichten. Deshalb machen wir als Praktiker immer dann Gestaltungsbedarf aus, wenn unsere Analyse der Gerichtsbarkeit, des anwendbaren Rechtes und der Anerkennungs- und Vollzugsproblematik zu einem *materiellen* Ergebnis führt, das unsere Klienten nicht wollen.

### 2. Gerichtsbarkeit

Es kann aber auch sein, dass unsere Analyse zu einem Ergebnis führt, das materiellrechtlich durchaus akzeptabel wäre, aber unter Gerichtsbarkeitsaspekten unerwünscht ist, z.B. wegen der mit dem Überschreiten der Landesgrenze verbundenen Notwendigkeit, einen Anwalt à distance in einem weniger vertrauten Ambiente zu mandieren, oder wegen der erheblichen Erschwernis z.B. für einen der deutschen Sprache gegebenenfalls nicht mächtigen west- oder südschweizerischen Prozessbeteiligten, in Deutschland prozessieren zu müssen.

### 3. Grenzen der Freiheit

Insgesamt ist die Gestaltungsfreiheit im Erbrecht weltweit stark eingeschränkt; mächtig wirkt der Druck, sich (wie im Familienrecht), den gesellschaftspolitischen und moralischen Soll-Normen der "ethischen Umwelt" anzupassen. Dabei ist die schweizerische Optik mit Wohnsitzprinzip und allgemeiner Zulässigkeit der professio iuris des Ausländers auf eines seiner Heimatrechte deutlich flexibler, als das deutsche. Als Anhänger einer weitgehenden Privatautonomie und Gegner staatlicher Bevormundung des mündigen Bürgers bedaure ich diese Einschränkungen, doch sind



sie mir immer wieder Anreiz, meine gestalterische Phantasie einzusetzen, um die Absichten meiner Klienten mit legalen Mitteln möglichst weitgehend zu erfüllen.

## **B. Gestaltungsmöglichkeiten, Gestaltungselemente**

### 1. Gestaltungsmöglichkeiten

Abgesehen vom Einbezug anderer Rechtsbereiche, wie das eheliche Güterrecht, bestehen Gestaltungsmöglichkeiten

- (i) einerseits darin, die rechtlich relevanten faktischen Elemente zu verändern,
- (ii) und andererseits darin, direkt Einfluss zu nehmen auf die Rechtslage.

### 2. Gestaltungselemente

- (a) Zu den Elementen der Gestaltung hinsichtlich der Fakten gehören insbesondere
  - (i) die Änderung des Wohnsitzes
  - (ii) die Änderung der Staatsangehörigkeit
  - (iii) die Veränderung der Lage der Aktiven, resp. der Erwerb oder die Veräußerung von Aktiven mit bestimmtem Lageort.
- (b) Zu den Elementen der Gestaltung hinsichtlich der Rechtslage gehören
  - (i) die *professio iuris* (Rechtswahl)
  - (ii) die *prorogatio fori* (Wahl des Gerichtsstandes).

## C. Konkrete Auswirkungen

### I. Im Allgemeinen

Lassen Sie uns nun die Wirkungen der Veränderung dieser Gestaltungselemente konkret prüfen, wobei wir uns auf die wesentlichen konzentrieren müssen:

#### 1. Wohnsitz

- (a) Die Veränderung des Wohnsitzes steht international nach wie vor nicht im freien Ermessen der Bürger, ist aber zumindest innerhalb Europas (wozu wir angesichts der Bilateralen Verträge mit der EU auch die Schweiz zählen) leicht möglich, so dass dieses Gestaltungselement im schweizerisch-deutschen Verhältnis grosszügig zur Verfügung steht.
- (b) Aus *schweizerischer Sicht* ist die internationale Veränderung des Wohnsitzes der wesentlichste Faktor zur Beeinflussung des anwendbaren Rechtes und der Zuständigkeit, weil Recht und Zuständigkeit grundsätzlich durch den letzten Wohnsitz bestimmt werden.
- (c) Aus *deutscher Sicht* ist dies gerade nicht der Fall, da Deutschland prinzipiell an das Heimatrecht anknüpft; immerhin ist zu erwähnen, dass ein Schweizer, der seinen Wohnsitz aus Deutschland in die Schweiz verlegt, sich damit schweizerischer Erbgerichtsbarkeit unterstellt.

#### 2. Staatsangehörigkeit

- (a) Die Staatsangehörigkeit ist zwar u.U. im Falle mehrfachen Bürgerrechtes relativ einfach zu beeinflussen, in dem eines der Bürgerrechte abgelegt wird (was regelmässig Wohnsitz ausserhalb dieses Staates voraussetzt), aber der Erwerb einer neuen, allenfalls zusätzlichen Staatsangehörigkeit ist relativ

schwierig, und setzt fast stets Wohnsitz im betreffenden Staat voraus. Trotzdem ist es sinnvoll, auch diese Variationsmöglichkeit ins Auge zu fassen.

- (b) Aus *schweizerischer Sicht* ist die Änderung der Staatsangehörigkeit bei schweizerischem Wohnsitz vor allem von Bedeutung für den Zugewinn resp. Verlust einer testamentarischen Rechtswahlmöglichkeit. Verzichtet ein in Deutschland wohnhafter Schweizer auf sein Schweizer Bürgerrecht, weil er Deutscher wird, verliert er die ihm gemäss IPRG zustehenden Bezugsmöglichkeiten auf Schweizerisches Heimatrecht (Art. 87 Abs. 2, Art. 91 Abs. 2 IPRG).
- (c) Aus *deutscher Sicht* bedeutet jede Änderung des Bürgerrechtes eine Variation im Bereich des primären Anknüpfungselementes, wenn auch nicht stets im Bereich der Zuständigkeit. Bekannt ist mir folgender Fall: Der deutsche Herr M. erwarb während seines deutschen Wohnsitzes zusätzlich eine ausländische Nationalität. Dann verlegte er seinen Wohnsitz in die Schweiz, verzichtete auf die deutsche Staatsangehörigkeit und befreite sich durch *professio iuris* auf sein neues Heimatrecht von der Erschwernis des Pflichtteilschutzes.

### 3. Lage der Aktiven

- (a) Natürlich kann der *Erwerb* von Aktiven, insbesondere von Grundstücken, im jeweiligen andern Land ein Mittel sein, die Rechtsbeziehungen des Nachlasses zu beeinflussen, aber i.d.R. doch nur punktuell (siehe z.B. Art. 86 Abs. 2, Art. 87 Abs. 2, Art. 88 Abs. 1 und Art. 89 IPRG).
- (b) Wichtiger dürfte allemal sein, Aktiven im jeweiligen andern Land *abzugeben*, um eine dortige Zuständigkeit oder Rechtsanwendung zu vermeiden. So wird der deutsche Staatsangehörige mit Wohnsitz in der Schweiz, der seinen Nachlass gänzlich der deutschen Gerichtsbarkeit und Rechtsanwendung entziehen will - ich meine dies nicht in steuerlichem Sinne - seine Mobilien aus Deutschland wegbringen und seine deutschen Immobilien veräußern müssen.

#### 4. Professio iuris, prorogatio fori

- (a) Soweit die jeweiligen Voraussetzungen gegeben sind, ist die *professio iuris* das schnellste, einfachste und billigste Element zur Veränderung der Erbrechtslage.
- (b) Das ist aus *schweizerischer Sicht* namentlich der Fall, wenn der in der Schweiz wohnhafte Deutsche seinen Nachlass dem deutschen Heimatrecht unterstellt (Art. 90 Abs. 2 IPRG), z.B. um den Pflichtteil der Nachkommen gegenüber dem schweizerischen Wohnsitzrecht um 1/4 zu kürzen, oder wenn der Schweizer mit Wohnsitz in Deutschland seinen ganzen oder den in der Schweiz gelegenen Nachlass dem schweizerischen Heimatrecht unterstellt (Art. 87 Abs. 2 IPRG).
- (c) Aus *deutscher Sicht* kommen in Frage (i) die Wahl des deutschen Lagerechtes durch einen in der Schweiz wohnhaften Schweizer hinsichtlich seines deutschen Grundeigentums, oder (ii) die Wahl des schweizerischen Heimatrechtes durch einen Schweizer mit letztem Wohnsitz in Deutschland.
- (d) Auch die *prorogatio fori* kann von Bedeutung sein, namentlich wenn die Zuständigkeit die Rechtsanwendung indiziert. Für Einzelheiten darf ich auf die Ausführungen in Kapitel 2 verweisen.

#### 5. Kombination

Der Vollständigkeit halber sei festgehalten, dass unter Umständen nur eine Kombination der Veränderung von Gestaltungselementen das gewünschte Ergebnis produziert, wie wir gleich sehen werden.

## II. Die Lage von Herrn A.

Zum Schluss möchte ich vorschlagen, nochmals einen Blick auf die Lage von Herrn A. zu werfen:

- (a) Von der wesentlichsten erbrechtlichen Gestaltungsmöglichkeit hat Herr A. damals Gebrauch gemacht, als er - nicht aus rechtlichen Gründen, sondern aus Liebe - seinen Wohnsitz in die Westschweiz verlegt hat.
- (b) Im Hinblick auf die vorher diskutierten Grundsätze gehe ich davon aus, dass deutsche Gerichte aufgrund der deutschen Staatsangehörigkeit von Herrn A. ihre Zuständigkeit zur Behandlung eines von den Töchtern in Deutschland angestregten Nachlassprozesses bejahen und deutsches materielles Recht auf die causa anwenden würden.
- (c) Ich gehe andererseits davon aus, dass sich die Schweiz aufgrund seines letzten Wohnsitzes als zuständig erachten und schweizerisches Wohnsitzrecht anwenden würde.
- (d) Materiellrechtlich stehen für Herrn A. zur Wahl:
  - (i) das schweizerische Wohnsitzrecht, das die angestrebte Enterbung der Töchter eher als das deutsche erlaubt und hinsichtlich der Ausgleichung seinen Intentionen günstiger scheint.
  - (ii) Wählt Herr A. dagegen deutsches Heimatrecht, reduziert sich der Pflichtteil der Töchter von  $\frac{3}{4}$  auf  $\frac{1}{2}$ , und es entfällt die unbeschränkte Mitwirkung der Töchter bei der Erbteilung.
- (e) Würde das Pflichtteilsrecht als solches in Deutschland höchstrichterlich noch vor dem Tod von Herrn A. zu Fall gebracht, wäre die Anwendung deutschen Heimatrechtes aus der Sicht des Erblassers optimal. Nach meiner Auffassung

kann diese testamentarische *professio iuris* auch bedingt vorgenommen werden, nur für den Fall, dass das Pflichtteilsrecht in Deutschland wegfiel.

- (f) Aus diesem Grund wäre die Einbürgerung in der Schweiz, die Herr A. nach so vielen Jahren des schweizerischen Wohnsitzes und angesichts des tadellosen Leumundes und seiner Assimilierung ohne weiteres erlangen könnte, fatal, selbst wenn Herr A. sein deutsches Bürgerrecht beibehielte, weil die Wahl des Heimatrechtes aus schweizerischer Sicht nur dem Nur-Ausländer offen steht.
- (g) Unter dem Gesichtswinkel der Zuständigkeit müsste Herr A. alles unterlassen, was einen im Ergebnis durchsetzbaren Gerichtsstand in Deutschland begründen könnte; denn so müssten seine nur deutschsprachigen Töchter die zweite Ehefrau und den Adoptivsohn des Erblassers in der französisch-sprachigen Westschweiz belangen, was natürlich viel mühseliger wäre.
- (h) Damit ein allenfalls doch am letzten deutschen Wohnsitz erwirktes Urteil nicht wirklich vollstreckt werden könnte, müsste Herr A. sein kostbares Grundeigentum in Deutschland veräußern.

## **D. Spezialfälle: Familienstiftung und Trust**

### 1. Einleitung

- (a) Zum Schluss soll noch von zwei institutionellen Gestaltungselementen die Rede sein, der Familienstiftung und dem Trust des angelsächsischen Rechts, denen - je für sich - unter spezifischen Umständen bei der Gestaltung des Nachlasses oder allgemeiner gesagt, bei der Vorsorge für die Hinterbliebenen eine hervorragende Bedeutung zukommen kann, und zwar namentlich unter zwei Gesichtspunkten:

- (i) Ein Nachlass ist nicht "institutionell" ausgestaltet und nicht geeignet, *längere Zeit* zu dauern. Vor allem auch im Hinblick auf nachfolgende Todesfälle von Erben oder Vermächtnisnehmern sollten Nachlässe bald abgewickelt werden. Demgegenüber sind sowohl die Familienstiftung als auch der Trust Gestaltungen, die lange Zeit dauern können. Der Trust ist zwar keine iuristische Person, aber doch eine "legal entity" und institutionell beständig.
  - (ii) Auch bei weitester Formulierung ist das *Ermessen*, das dem Testamentsvollstrecker eingeräumt werden kann, beschränkt. Demgegenüber können dem Stiftungsrat und dem Trustee sehr weitgehende Entscheidungsrechte eingeräumt werden, gegebenenfalls bis zur Bestimmung oder dem Ausschluss von Begünstigten.
- (b) Um keinerlei Missverständnisse aufkommen zu lassen, unterstelle ich bei der Diskussion dieser beiden Institute völlige steuerliche Transparenz und Beachtung aller gegebenenfalls bestehenden Pflichtteilsrechte.

## 2. Familienstiftung

- (a) Die Familienstiftung nach schweizerischem Recht (Art. 80 ff., 87 und 335 ZGB) kann zwar mehr, als man ihr gemeinhin zutraut, aber eines kann sie gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung (allerdings ohne entsprechenden Gesetzeswortlaut) nicht, nämlich den laufenden Unterhalt der Begünstigten sichern oder alimentieren.
- (b) Das wiederum darf eine deutsche Familienstiftung. Ich bin der Meinung, dass ein Deutscher oder Schweizer mit Wohnsitz in der Schweiz oder ein Schweizer mit Wohnsitz in Deutschland eine Familienstiftung des deutschen Rechtes errichten dürfte, und dass eine solche Familienstiftung als "Gesellschaft" im Sinne von Art. 150 IPRG in der Schweiz zu anerkennen wäre (Art. 154 IPRG).

### 3. Trust

- (a) Wir scheinen in der Schweiz ein unverkrampfteres Verhältnis zum angelsächsischen Trust zu haben, der bei uns auf immer mehr Interesse stösst und vor allem angesichts der starken ausländischen Wohnbevölkerung immer häufiger realisiert wird. Zwar kennt das materielle schweizerische Recht den Trust nicht, und haben wir die Haager Trust-Konvention noch nicht ratifiziert, aber wir arbeiten daran.<sup>48</sup> Als unbestritten gelten darf schon heute, dass der angelsächsische Trust in der Schweiz eine sog. "organisierte Vermögenseinheit" ist und als solche im Sinne des IPR-Gesellschaftsrechtes anerkannt wird.
- (b) In Deutschland scheint man, wie ich höre oft aus steuerlichen Gründen, den Trust nicht als ein zur Nachlassplanung geeignetes Vehikel zu betrachten. Aber ich weiss aus manchen Diskussionen mit deutschen Kollegen und aus eigener Praxis, dass die Möglichkeit, steuerlich legal und u.U. sehr vorteilhaft und zivilrechtlich unbedenklich einen Trust errichten zu können, ein Grund zur Wohnsitznahme in der Schweiz sein kann. Wenn der Wohnsitz dann 5 Jahre gedauert hat und die deutsche Schenkungssteuer wegfällt, kann diese Variante höchst attraktiv sein.

Ich frage mich auch, ob diese Möglichkeit (allenfalls mit höherer Steuerbelastung) nicht bestünde bei einem Schweizer Erblasser mit letztem Wohnsitz in Deutschland, bei dem ja nicht deutsches Erbstatut zur Anwendung käme, und der - voraussetzungsgemäss - keine Pflichtteilsrechte verletzt.

\*

Sehr verehrte Damen und Herren Kollegen. Ich bin am Ende meiner Ausführungen und danke Ihnen sehr für Ihre Aufmerksamkeit und Teilnahme.

\* \* \*



## ANHANG

---

### ABKÜRZUNGEN

AJP	Aktuelle Juristische Praxis
BBl	Bundesblatt der schweizerischen Eidgenossenschaft
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987, in Kraft seit. 1. Januar 1989, SR 291
Pra	Praxis des Bundesgerichts
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SR	Systematische Sammlung des (schweizerischen) Bundesrechts (Systematische Rechtssammlung)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, in Kraft seit 1. Januar 1912, SR 210
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung

### LITERATUR

*Botschaft des Bundesrates* zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) vom 10. November 1982, BBl 1983 I S. 263 ff. (zit. Botschaft IPRG)

*Breitschmid Peter/Künzle Rainer*, Grenzenloses Erbrecht – Grenzen des Erbrechts, Länderbericht Schweiz, Zürich 2003

*Druey Jean Nicolas*, Grundriss des Erbrechts, 5. Auflage, Bern 2002

*Eitel Paul*, in: Hausheer Heinz (Hrsg.): (Berner) Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang, 3. Teilband: Die Ausgleichung Art. 626-632, Bern 2004

*Girsberger Daniel/Heini Anton/Keller Max et al.* (Hrsg.): (Zürcher) Kommentar zum IPRG, 2. Auflage, Zürich 2004 (zit. IPRG-Kommentar-Bearbeiter)

*Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas* (Hrsg.): (Basler) Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 2. Auflage, Basel 1993 (zit. ZGB-Bearbeiter)

*Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Schnyder Anton K.* (Hrsg.): (Basler) Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, 2. Auflage, Basel 1996 (zit. IPRG-Bearbeiter)

*Keller Max/Siehr Kurt*, Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts, Zürich 1986

*Kuhn Hans*, Der Renvoi im internationalen Erbrecht der Schweiz, Zürich 1998

*Schwander Ivo*, Einführung in das internationale Privatrecht, Zweiter Band: Besonderer Teil, 2. Auflage, St. Gallen/Lachen 1998

*Siehr Kurt*, Das internationale Privatrecht der Schweiz, Zürich 2002

Das schweizerische Bundesrecht ist auf Internet abrufbar unter der Adresse [www.admin.ch/ch/d/sr/sr.html](http://www.admin.ch/ch/d/sr/sr.html), die Entscheide des schweizerischen Bundesgerichts unter [www.bger.ch](http://www.bger.ch).

Zur ganzen hier behandelten Thematik finden sich Hinweise bei *Berther Duri*, Die internationale Erbschaftsverwaltung, Zürich 2001.

## Fussnoten

---

<sup>1</sup> Art. 52 IPRG erlaubt die Wahl des Rechtes des Landes, in dem beide Ehegatten den Wohnsitz haben oder nach der Eheschliessung haben werden, oder die Wahl eines der beiden Heimatrechte. Siehe auch die Anmerkung zu Ziff.3 in Anhang III.

<sup>2</sup> Siehr, S. 157 f.

<sup>3</sup> Botschaft IPRG, S. 316f.

<sup>4</sup> Schwierig ist die Feststellung des Lageortes von Forderungen oder Beteiligungsrechten. Keller/Siehr, S. 339, vertreten die Auffassung, dass soweit bei nichtkörperlichen Gegenständen, also bei nicht verbrieften schuldrechtlichen Forderungen oder Mitgliedschaftsrechten ein *locus rei sitae* bestimmt werden muss, diese generell ihren örtlichem Schwerpunkt dort haben, wo der Schuldner verklagt werden kann oder wo die Gesellschaft, an der man beteiligt ist, ihren Sitz im Sinne ihres Personalstatuts besitzt. Unter Berufung auf diese Meinung stellt Heini, IPRG-Kommentar-Heini, Rz. 7 zu Art. 98 IPRG, fest, dass bei nicht in einem Wertpapier verkündeten Rechten als *Situs* der Wohnsitz bzw. der Sitz des Verpflichteten anzunehmen sei. Bei Wertpapieren, die nicht bloss schuldrechtliche Forderungen verbriefen, muss gemäss Keller/Siehr, S. 340, demgegenüber grundsätzlich die *lex cartae sitae* an die Stelle der *lex rei sitae* treten. Für weitere Hinweise insbesondere zur vollstreckungsrechtlichen Belegenheit sei auf den Aufsatz von Daniel Staehelin, Die internationale Zuständigkeit der Schweiz im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, AJP 1995, S. 259 ff. und auf den illustrativen BGE 109 III 90 verwiesen.

<sup>5</sup> Botschaft IPRG, S. 381; IPRG-Schnyder, Rz. 5 zu Art. 86 IPRG.

<sup>6</sup> Während die Wahl des Heimatrechtes durch den Ausländer mit letztem Wohnsitz in der Schweiz (Art. 90 Abs. 2 IPRG) nur für den ganzen Nachlass möglich ist, erlaubt Art. 87 Abs. 2 IPRG dem Auslandschweizer eine Teilrechtswahl, vgl. IPRG-Schnyder, Rz. 10 zu Art. 87 IPRG und Rz. 14 ff. zu Art. 90 IPRG.

<sup>7</sup> IPRG-Kommentar-Heini, Rz. 2 zu Art. 87 IPRG.

<sup>8</sup> IPRG-Schnyder, Rz. 2 zu Art. 88 IPRG; Botschaft IPRG, S. 384.

<sup>9</sup> Kuhn, S. 101.

<sup>10</sup> Botschaft IPRG, S. 359 f.; IPRG-Kommentar-Heini, Rz. 4 f. zu Art. 92 IPRG; IPRG-Schnyder, Rz. 2 f. zu Art. 92 IPRG; vgl. auch BGE 118 II 514.

<sup>11</sup> IPRG-Kommentar-Heini, Rz. 7 zu Art. 92 IPRG; Siehr, S. 168.

<sup>12</sup> IPRG-Schnyder, Rz. 5 zu Art. 92 IPRG.

<sup>13</sup> IPRG-Schnyder, Rz. 5 zu Art. 92 IPRG.

<sup>14</sup> Botschaft IPRG, S. 390; IPRG-Schnyder, Rz. 5 zu Art. 92 IPRG.

<sup>15</sup> IPRG-Schnyder, Rz. 5 zu Art. 92 IPRG; IPRG-Kommentar-Heini, Rz. 13 zu Art. 92 IPRG.

<sup>16</sup> IPRG-Schnyder, Rz. 5 zu Art. 92 IPRG; IPRG-Kommentar-Heini, Rz. 21 ff. zu Art. 92 IPRG; Botschaft IPRG, S. 390.

<sup>17</sup> IPRG-Kommentar-Heini, Rz. 20 zu Art. 92 IPRG; IPRG-Schnyder, Rz. 8 zu Art. 92 IPRG.

<sup>18</sup> IPRG-Kommentar-Heini, Rz. 20 zu Art. 92 IPRG; IPRG-Schnyder, Rz. 8 zu Art. 92 IPRG.

<sup>19</sup> IPRG-Kommentar-Heini, Rz. 20 zu Art. 92 IPRG.

<sup>20</sup> IPRG-Schnyder, Rz. 8 zu Art. 92 IPRG.

<sup>21</sup> IPRG-Kommentar-Heini, Rz. 2 zu Art. 90 IPRG; Botschaft IPRG, S. 385.

<sup>22</sup> Damit diese Bestimmung überhaupt von praktischer Bedeutung wird, und nicht rein deklaratorisch ist, muss eine schweizerische Zuständigkeit gegeben sein, was am ehesten der Fall ist, wenn sich die Behörde am ausländischen Wohnsitz eines Ausländers mit dessen in der Schweiz gelegenen Nachlass nicht befasst, und deshalb die schweizerische Notzuständigkeit besteht, vgl. IPRG-Kommentar-Heini, Rz. 3 zu Art. 91 IPRG.

---

<sup>23</sup> Kuhn, S. 87; IPRG-Kommentar-Heini, Rz. 3 ff. zu Art. 91 IPRG; Siehr, S. 165; zögernd IPRG-Schnyder, Rz. 6 zu Art. 91 IPRG. Das IPRG entscheidet sich nicht grundsätzlich hinsichtlich der Beachtung von Rück- resp. Weiterverweisung, sondern verweist hierfür auf die Regelung bei den einzelnen Sachfragen. Eine solche fehlt in casu.

<sup>24</sup> Zum Widerspruch zwischen den beiden Bestimmungen siehe oben lit.(a) (iv).

<sup>25</sup> Botschaft IPRG, S. 388; IPRG-Kommentar-Heini, Rz. 8 zu Art. 90 IPRG.

<sup>26</sup> IPRG-Kommentar-Heini; Rz. 18 zu Art. 90 IPRG; IPRG-Schnyder, Rz. 14 ff. zu Art. 90 IPRG. Eine partielle Rechtswahl ist allerdings dem Auslandschweizer gemäss Art. 87 Abs. 2 IPRG gestattet.

<sup>27</sup> BGE 111 II 16, 20.

<sup>28</sup> M.E. wäre im Falle von Herrn A. die bedingte Wahl des deutschen Heimatrechtes zulässig für den Fall, dass das Pflichtteilsrecht aufgehoben würde.

<sup>29</sup> IPRG-Schnyder, Rz. 19 zu Art. 90 IPRG.

<sup>30</sup> BGE 102 II 136, 139.

<sup>31</sup> Siehe schon P. M. Gutzwiller, Zur Form der erbrechtlichen professio iuris, SJZ 1974, S. 357 ff.

<sup>32</sup> BGE 125 II 35 (übersetzt in Pra 88 N. 153).

<sup>33</sup> IPRG-Kommentar-Heini, Rz. 15 zu Art. 90 IPRG; Schwander, Rz. 359.

<sup>34</sup> Botschaft IPRG, S. 389.

<sup>35</sup> IPRG-Kommentar-Volken, Rz. 7 ff. zu Art. 25 IPRG.

<sup>36</sup> IPRG-Kommentar-Volken, Rz. 12 zu Art. 25 IPRG und Rz. 10 zu Art. 31 IPRG.

<sup>37</sup> Bundesamt für Justiz, Ausländische Erbfolgezeugnisse als Ausweis für Eintragungen im schweizerischen Grundbuch, Bern 2001, Länderbericht Deutschland (Das Dokument ist abrufbar unter [www.bj.admin.ch](http://www.bj.admin.ch)).

<sup>38</sup> Vgl. zum Ganzen, ZGB-Staehelin und ZGB-Bessenich, zu den Art. 470 ff. ZGB sowie Druey, S. 55 ff.

<sup>39</sup> ZGB-Staehelin, Rz. 4 zu Art. 470 ZGB

<sup>40</sup> Vgl. zur Erbenstellung aber BGE 104 II 75, BGE 115 II 211, BGE 125 III 35, 40 (übersetzt in Pra 88 Nr. 153) und den Entscheid des Zürcher Obergerichtes vom 8. Juli 1988 in ZR 1996 N. 34, S. 103 ff.

<sup>41</sup> Vgl. zum Ganzen ZGB-Karrer, zu den Art. 517 ff. ZGB.

<sup>42</sup> Vgl. zum Ganzen ZGB-Forni/Piatti, zu den Art. 626 ff. ZGB und Druey, S. 78 ff.

<sup>43</sup> Solange der Erblasser keine entgegenstehende vertragliche Verpflichtung eingegangen ist, BGE 118 II 282.

<sup>44</sup> BGE 76 II 197

<sup>45</sup> Eitel, Rz. 53 f. zu Art. 626 ZGB; Druey, S. 91 f.

<sup>46</sup> BGE 96 II 273, 282; BGE 89 II 284.

<sup>47</sup> Entscheid des Zürcher Obergerichtes vom 18. Juni 1982, ZR 1983 N. 53, S. 135 ff.; Druey, S. 108 f.

<sup>48</sup> Das schweizerische Justizministerium befürwortet die Ratifikation; ein erster Gesetzesentwurf liegt vor; siehe auch P. M. Gutzwiller, Der Trust in der schweizerischen Rechtspraxis, Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht 1985, S. 53 ff.