

Dokument	successio 2014 S. 163
Autor	Kinga M. Weiss, Manuel Bigler
Titel	Die EU Erbrechtsverordnung – Neue Herausforderungen für die internationale Nachlassplanung aus Schweizer Sicht
Publikation	Successio - Zeitschrift für Erbrecht
Herausgeber	Margareta Baddeley, Peter Breitschmid, Paul Eitel, Harold Grüninger, Hans Rainer Künzle, Alexandra Rumo-Jungo, Paul-Henri Steinauer, Benno Studer, Thomas Sutter-Somm
Frühere Herausgeber	
ISSN	1662-2650
Verlag	Schulthess Juristische Medien AG

successio 2014 S. 163

Die EU Erbrechtsverordnung – Neue Herausforderungen für die internationale Nachlassplanung aus Schweizer Sicht*

Kinga M. Weiss/Manuel Bigler*****

Am 4. Juli 2012 wurde die Europäische Erbrechtsverordnung verabschiedet. Neben zahlreichen begrüßenswerten Vereinfachungen des internationalen Erbrechts birgt dieser Gesetzgebungsakt aber insbesondere bei Drittstaatenbezug auch einige Tücken und stellt die beteiligten Personen bzw. deren Berater bei der internationalen Nachlassplanung vor neue Herausforderungen.

Le 4 juillet 2012, le Règlement Européen relatif au droit des successions a été adopté. Outre de multiples simplifications du droit international des successions qui sont les bienvenues, cet acte législatif présente toutefois quelques écueils, notamment en cas de lien avec un Etat tiers, et place, en matière de planification successorale internationale, les personnes concernées resp. leurs conseillers devant de nouveaux défis.

* Dieser Beitrag wurde gekürzt gehalten als Referat mit dem Titel die EuErbVo und die Schweiz - durch Dr. iur. Kinga M. Weiss am 8. Schweizerischen Erbrechtstag am 29. August 2013 in Zürich.

** Kinga M. Weiss, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwältin, FachAnwältin SAV Erbrecht, Konsultantin bei Walder Wyss AG, Zürich.

*** Manuel Bigler, MLaw.



On 4 July 2012, the European Succession Regulation was passed. In addition to numerous welcome simplifications of international inheritance law, this legislative act also includes some pitfalls especially for third countries' relations and provides the individuals involved and their advisors with new challenges in international estate planning.

successio 2014 S. 163, 164

I. Einleitung

Nach Schätzung der Europäischen Kommission, welche mit dem Ausarbeiten des Verordnungsentwurfs befasst war, sind alleine in der EU jährlich etwa 450 000 Erbfälle mit Auslandbeziehungen abzuwickeln.¹ Angesichts der Ausweitung der EU, ihrer fortschreitenden Integration und der Mobilität der Unionsbürger ist davon auszugehen, dass die Fallzahl in den nächsten Jahren weiter ansteigen wird. Die Abwicklung solcher grenzüberschreitender Erbfälle ist indessen oft äusserst komplex, da mehrere (oder keine) Behörden und Gerichte für ein und denselben Erbfall die Zuständigkeit beanspruchen und es verschiedene Rechtsordnungen zu beachten gilt. Dies erschwert die Nachlassplanung und kann dazu führen, dass der Nachlass nicht unbedingt nach der vom Erblasser erwarteten Art und Weise verteilt wird. Vor diesem Hintergrund hat der europäische Gesetzgeber am 4. Juli 2012 nach jahrelangen Vorarbeiten die Erbrechtsverordnung (nachfolgend «EuErbVO»),² eines seiner ambitioniertesten Projekte, verabschiedet. Auf dem Wege einer Vereinheitlichung des internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts auf dem Gebiet des Erbrechts sollen die erwähnten Schwierigkeiten überwunden und die Abwicklung grenzüberschreitender Nachlässe vereinfacht werden.

Vorweg ist festzuhalten, dass die EuErbVO lediglich der Vereinheitlichung der internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechte der Mitgliedstaaten und der Erleichterung der Anerkennung und Vollstreckung von in anderen Mitgliedstaaten ergangenen bzw. errichteten erbrechtlichen Entscheiden und Urkunden dient. Eine materielle Harmonisierung des Erbrechts der einzelnen Mitgliedstaaten zieht die EuErbVO nicht nach sich, von wenigen Ausnahmen wie etwa dem Europäischen Nachlasszeugnis abgesehen.

Die EuErbVO hat indessen nicht nur Auswirkungen auf den Binnenmarkt, sondern gilt auch im Rechtsverkehr mit Drittstaaten. Bei einer Darstellung der EuErbVO ist somit aus Schweizer Sicht auch eine Analyse ihrer Implikationen auf Nachlässe mit sowohl schweizerischen als auch europäischen Bezügen angezeigt.

Die EuErbVO ist unterteilt in sieben Kapitel. Diese befassen sich mit dem Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen (Kapitel I), der internationalen Zuständigkeit in Erbsachen (Kapitel II), dem anwendbaren Recht (Kapitel III), der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheiden (Kapitel IV), der Annahme und Vollstreckung von öffentlichen Urkunden und Vergleichen (Kapitel V), dem Europäischen Nachlasszeugnis (Kapitel VI) und Übergangsbestimmungen (Kapitel VII). Der Aufbau dieses Beitrags folgt jenem der EuErbVO.

¹ Pressemitteilung der Europäischen Kommission, IP/12/ 576, vom 7.6.2012.

² Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.7.2012 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, AB1 EU v. 27.7.2012 Nr. L 201, S. 107 ff. und die Berichtigung betreffend Art. 83 Abs. 3 EuErbVO, AB1 EU v. 12.2.2013, Nr. 41, S. 16.

II. Anwendungsbereich und Grundprinzipien der EuErbVO

1. Anwendungsbereich

1.1 Direkte Anwendbarkeit in den Mitgliedstaaten

Als Verordnung der Europäischen Union hat die EuErbVO allgemeine Geltung, ist in sämtlichen Teilen verbindlich und unmittelbar in den Mitgliedstaaten anwendbar.³

1.2 Territorialer Anwendungsbereich

Das Vereinigte Königreich, Irland und Dänemark nehmen an der EuErbVO nicht teil, sodass sie lediglich in den restlichen 25 EU-Mitgliedstaaten direkt Geltung beansprucht.⁴ Die EuErbVO verweist jeweils auf den «Mitgliedstaat», definiert diesen Begriff jedoch nicht und beschränkt ihn namentlich auch nicht auf die teilnehmenden Mitgliedstaaten. In den Erwägungsgründen Nr. 82 und 83 werden das Vereinigte Königreich, Irland und Dänemark sogar explizit als Mitgliedstaaten bezeichnet. Nichtsdestotrotz ist der Begriff des Mitgliedstaates im Rahmen der EuErbVO so zu verstehen, dass er sämtliche «teilnehmenden» EU-Staaten, das heisst mit Ausnahme von Irland, Dänemark und des Vereinigten Königreichs, umfasst.⁵ Diese nicht teilneh-

successio 2014 S. 163, 165

menden Mitgliedstaaten stellen – wie auch die Schweiz – Drittstaaten im Sinne der Verordnung dar. Dies darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Bestimmungen der EuErbVO auch im Verhältnis zu solchen Drittstaaten Geltung beanspruchen.⁶

1.3 Sachlicher Anwendungsbereich

Die EuErbVO regelt die gesamte Rechtsnachfolge von Todes wegen (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 23 Abs. 1 EuErbVO), worunter jede Form des Übergangs von Vermögenswerten, Rechten und Pflichten auf Erben und Vermächtnisnehmer⁷ von Todes wegen zu verstehen ist, sei dies im Wege der gewillkürten oder der gesetzlichen Erbfolge (Art. 3 Abs. 1 lit. a EuErbVO).⁸ Art. 23 Abs. 2 EuErbVO enthält eine Positivliste von dem Erbstatut unterliegenden Rechtsfragen, die auch bei der Definition des sachlichen Anwendungsbereichs hinzugezogen werden kann (s. unten Ziff. IV.2).

³ Art. 288 Abs. 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

⁴ ErwG 82 und 83.

⁵ Döbereiner, Das internationale Erbrecht nach der EU-Erbrechtsverordnung (Teil I), in: MittBayNot 2013, S. 358 ff., S. 359; Dutta, Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union – Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung, in: FamRZ 2013, S. 4 ff., S. 4; Lehmann, Die EU-ErbVO: Babylon in Brüssel und Berlin, in: ZErB 2013, S. 25 ff., S. 25; Richters, Anwendungsprobleme der EuErbVO im deutsch-britischen Rechtsverkehr, in: ZEV 2012, S. 576 ff., S. 577.

⁶ Geimer, Die europäische Erbrechtsverordnung im Überblick, in: Hager (Hrsg.), Die neue europäische Erbrechtsverordnung, Tagungsband, 2013, S. 9 ff., S. 19; Richters, ZEV 2012, S. 577. Zur Frage, ob die EuErbVO auch auf reine Drittstaatsverhältnisse, in denen weder der Erblasser noch dessen Nachlass einen Bezug zu einem teilnehmenden Mitgliedstaat aufweisen, Majer, Die Geltung der EU-Erbrechtsverordnung für reine Drittstaatsverhältnisse, in: ZEV 2011, S. 445 ff. sowie Kalt/Uhl, Die EU-Erbrechtsverordnung und die Schweiz, in: Fahrländer/Heinzmann (Hrsg.), Europäisierung der schweizerischen Rechtsordnung, 2013, S. 103 ff., S. 110 f.

⁷ Sowohl schuldrechtliche Damnationslegate, wie sie etwa das deutsche Recht kennt (§ 2174 BGB), als auch dingliche Vindikationslegate aus romanischen Rechtsordnungen wie Frankreich (Art. 1014 CC), sind erfasst, vgl. Buschbaum, Die künftige Erbrechtsverordnung, Wegbereiter für den *acquis* im europäischen Kollisionsrecht, in: Gedächtnisschrift Hübner, Weitsicht in Versicherung und Wirtschaft, 2012, S. 589 ff., S. 595 (zit. Wegbereiter).

⁸ Siehe auch ErwG 9 ff.

Im Gegenzug werden Steuer- und Zollsachen sowie verwaltungsrechtliche Angelegenheiten vom Anwendungsbereich ausgeschlossen (Art. 1 Abs. 1 EuErbVO). Darüber hinaus findet sich in Art. 1 Abs. 2 EuErbVO ein Ausnahmenkatalog, der diverse zivilrechtliche Angelegenheiten vom sachlichen Anwendungsbereich der Verordnung ausgrenzt,⁹ namentlich Personenstand und Familienverhältnisse (lit. a), auf andere Weise als durch Rechtsnachfolge von Todes wegen begründete oder übertragene Rechte und Vermögenswerte (lit. g)¹⁰ sowie Fragen des Güter- (lit. d),¹¹ Gesellschafts- (lit. h und i),¹² Trust- (lit. j),¹³ Sachen- (lit. k) und Registerrechts (lit. l). Die exakte Abgrenzung gestaltet sich dabei im Einzelfall alles andere als einfach, und klare Konturen werden sich erst aufgrund der Rechtsprechung des EuGH ergeben.¹⁴

Die vom sachlichen Anwendungsbereich der Verordnung ausgenommenen Komplexe sind grund-

successio 2014 S. 163, 166

sätzlich unabhängig von der EuErbVO nach den für sie anwendbaren Kollisionsregeln anzuknüpfen. Umstritten ist, ob dies auch für Vorfragen, d.h. präjudizielle Rechtsverhältnisse, in erbrechtlichen Angelegenheiten gelten soll. Für eine unselbständige Vorfrageanknüpfung (d.h. nach dem Kollisionsrecht der *lex causae*) spricht der internationale Entscheidungseinklang innerhalb der EU – werden Vorfragen nämlich selbständig (nach dem Kollisionsrecht der *lex fori*) angeknüpft, kann beispielsweise die Ehe eines Erblassers aus Sicht eines Mitgliedstaates gültig, aus Sicht eines anderen hingegen ungültig sein.¹⁵ Namentlich aufgrund des eindeutigen Ausschlusses bestimmter Aspekte aus dem Anwendungsbereich lässt sich jedoch mit guten Gründen vertreten, dass eine selbständige Vorfragenanknüpfung vorgegeben ist.¹⁶

-
- 9 Ausführlich Döbereiner, MittBayNot 2013, S. 359 ff.; Dörner, EuErbVO: Die Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht ist in Kraft!, in: ZEV 2012, S. 505 ff., S. 507 ff.; Fischer-Czermak, Anwendungsbereich, in: Schauer/Scheuba (Hrsg.), Europäische Erbrechtsverordnung, 2012, S. 23 ff.; Müller-Lukoschek, Die neue EU-Erbrechtsverordnung, Leitfaden für die notarielle Praxis, 2013, § 2 N 48 ff.; Simon/Buschbaum, Die neue EU-Erbrechtsverordnung, in: NJW 2012, S. 2393 ff., S. 2393 f.
 - 10 Ausführlich Nordmeier, Erbverträge und nachlassbezogene Rechtsgeschäfte in der EuErbVO – eine Begriffsklärung, in: ZEV 2013, S. 117 ff., S. 121 ff.; Dörner, ZEV 2012, S. 508; Everts, Neue Perspektiven zur Pflichtteilsdämpfung aufgrund der EuErbVO, in: ZEV 2013, S. 124 ff., S. 127. Dazu zählen etwa Schenkungen unter Lebenden, aber auch Lebensversicherungsverträge und andere Verträge zugunsten Dritter auf den Todesfall. Unentgeltliche lebzeitige Zuwendungen unterliegen jedoch der Ausgleichung und Anrechnung (auf den Pflichtteil) gemäss Erbstatut. Die h.L. unterstellt Schenkungen auf den Todesfall der EuErbVO, vgl. Dörner, ZEV 2012, S. 508; Dutta, FamRZ 2013, S. 5; Everts, ZEV 2013, S. 127; Müller-Lukoschek, Fn. 9, § 2 N 85 ff.; Vollmer, Die neue europäische Erbrechtsverordnung – ein Überblick, in: ZEV 2012, S. 227 ff., S. 229; differenzierend Nordmeier, ZEV 2013, S. 121.
 - 11 Siehe hierzu aber die Verordnungsvorschläge zum internationalen Güterrecht KOM (2011) 126 endg. und KOM (2011) 127 endg.
 - 12 Dazu zählt insbesondere auch die Erb- und Pflichtteilsrelevanz von gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen, vgl. Everts, ZEV 2013, S. 127; Dörner, ZEV 2012, S. 508. Zu Abgrenzungsfragen betreffend das Gesellschaftsrecht Leitzen, EuErbVO: Praxisfragen an der Schnittstelle zwischen Erb- und Gesellschaftsrecht, in: ZEV 2012, S. 520 ff.
 - 13 Wobei gemäss ErWG 13 nicht ein genereller Ausschluss von Trusts vorliegt. Wird ein Trust testamentarisch oder kraft Gesetzes im Rahmen der gesetzlichen Erbfolge errichtet, so sollte im Hinblick auf den *Übergang der Vermögenswerte* und die *Bestimmung der Berechtigten* das nach der EuErbVO auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendende Recht gelten. Fraglich erscheint, welche Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem «Übergang von Vermögenswerten» und der «Bestimmung der Berechtigten» vom Erbstatut gemäss EuErbVO erfasst werden sollen. Vgl. zu den Abgrenzungsschwierigkeiten auch Kalt/Uhl, Fn. 6, S. 112 f. und zur Anknüpfung von Vorfragen den folgenden Absatz.
 - 14 Wilke, Das internationale Erbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung, in: RIW 2012, S. 601 ff., S. 602 («Perpetuierung schwieriger Abgrenzungs-, d.h. Qualifikationsfragen»).
 - 15 Für die unselbständige Vorfragenanknüpfung Dörner, ZEV 2012, S. 512 f.; eine solche erwägend ebenfalls Dutta, FamRZ 2013, S. 13.
 - 16 Vollmer, ZEV 2012, S. 229; Buschbaum, Europäisches Nachlasszeugnis und Annahme öffentlicher Urkunden – neue Mechanismen zur grenzüberschreitenden Nachlassabwicklung und ihr Verhältnis zum materiellen Recht, in: Hager (Hrsg.), Die neue europäische Erbrechtsverordnung, Tagungsband, 2013, S. 39 ff., S. 46 (zit. ENZ und Annahme öffentlicher

1.4 Zeitlicher Anwendungsbereich

Die Erbrechtsverordnung ist am 16. August 2012 in Kraft getreten, findet aber erst auf Erbfälle ab dem 17. August 2015 Anwendung (Art. 83 Abs. 1 und Art. 84 EuErbVO). Trotzdem ist sie – nicht zuletzt wegen der Übergangsbestimmungen – in der vorausschauenden Nachlassplanung bereits heute zu berücksichtigen. In der Übergangszeit ist deshalb eine zweistufige Beratung angezeigt: Zu berücksichtigen gilt es fortan einerseits den Fall, dass der Erblasser bis zum 16. August 2015 verstirbt, und andererseits den Fall, dass der Erblasser am oder nach dem 17. August 2015 verstirbt. Je nach Todestag können nämlich insbesondere unterschiedlichen Erb- bzw. Errichtungsstatute massgebend sein und der Nachlass kann verschiedenen Zuständigkeiten unterliegen.

2. Grundgedanken der EuErbVO

2.1 Gleichlauf von *ius* und *forum*

Sowohl bezüglich der internationalen Zuständigkeit in Erbsachen als auch des auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anwendbaren Erbstatuts wird unter dem Regime der EuErbVO grundsätzlich am *letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers* angeknüpft (Art. 4 und Art. 21 Abs. 1 EuErbVO). Inskünftig soll es somit regelmässig zu einem Gleichlauf von *ius* und *forum* kommen, d.h., das zuständige Gericht wird sein eigenes (formelles wie auch materielles) Recht anwenden.¹⁷

2.2 Grundsatz der Nachlass einheit

Die EuErbVO verwirklicht in weiten Teilen das Prinzip der Nachlass einheit, denn in allen Mitgliedstaaten bestimmt sich die Erbfolge für den gesamten, weltweiten Nachlass, d.h. sowohl für bewegliches wie auch unbewegliches Nachlassvermögen, grundsätzlich nach dem Recht des letzten Erblasseraufenthaltes. Eine Nachlassspaltung, zu der es aufgrund unterschiedlicher Anknüpfung von beweglichem und unbeweglichem Vermögen bisher oft gekommen ist, wird dadurch inskünftig in den meisten Fällen vermieden. Mit Bezug auf Drittstaaten kann die EuErbVO allerdings weiterhin zur Nachlassspaltung führen (s. unten Ziff. III.2, Ziff. III.4.2 sowie Ziff. IV.4.2).

successio 2014 S. 163, 167

Urkunden); Keim, Rechtswahl nach der Europäischen Erbrechtsverordnung (EuErbVO), in: Roth (Hrsg.), Die Wahl ausländischen Rechts im Familien- und Erbrecht, 2013, S. 67 ff., S. 73; Lagarde, Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions, in: Rev. Crit. DIP 2013, S. 691 ff., S. 729; Müller-Lukoschek, Fn. 9, § 2 N 57; Nordmeier, EuErbVO: Neues Kollisionsrecht für gemeinschaftliche Testamente, in: ZEV 2012, S. 513 ff., S. 515; Pfeiffer, Änderung des Erbstatuts durch die geplante EuErbVO aus schweizerischer Sicht, in: successio 2010, S. 316 ff., S. 320; Sturm/Sturm, Das Europäische Nachlasszeugnis, in: Sikirić (Hrsg.), FS Sajko, Zagreb 2012, S. 209 ff., S. 323 ff. Nach Volmer, Die EU-Erbrechtsverordnung – erste Fragen an Dogmatik und Forensik, in: Rpfleger 2013, S. 421 ff., S. 427 ist das Problem der Vorfragenanknüpfung über die ausschliessliche Zuständigkeit zu lösen, denn innerhalb der EU setzt sich die Beurteilung des ausschliesslich berufenen Gerichts durch, und die abweichende Beurteilung anderer Gerichte ist insoweit nur hypothetisch. Nicht berücksichtigt wird bei dieser Betrachtungsweise jedoch insbesondere, dass es dadurch bei der Zuständigkeit gemäss Art. 10 EuErbVO zu einem ungewünschten Forum Running kommen könnte; beispielsweise wenn ein Erblasser mit letztem gewöhnlichen Aufenthalt in einem Drittstaat Staatsangehöriger zweier Mitgliedstaaten war und sich in beiden Mitgliedstaaten Nachlassvermögen befindet. Auch kann eine Zuständigkeitsverlagerung nach Art. 5 ff. EuErbVO zu einem anderen Resultat führen und gegebenenfalls werden sich Verfahrensbeteiligte bereits aus diesem Grund gegen einen (eigentlich erwünschten) Gleichlauf von *ius* und *forum* stellen.

¹⁷ ErWG 27.

2.3 Gewöhnlicher Aufenthalt als zentraler Anknüpfungspunkt

2.3.1. Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts gemäss EuErbVO

Das bisherige internationale Erbrecht der Mitgliedstaaten bestimmt die Zuständigkeit und das auf den Nachlass anwendbare Recht grundsätzlich anhand der Kriterien des Wohnsitzes, des Orts der gelegenen Sache oder der Staatsangehörigkeit. Im Gegensatz dazu sieht die Erbrechtsverordnung neu den *gewöhnlichen Aufenthaltsort* als zentralen Anknüpfungspunkt vor; es herrscht somit das Aufenthaltsprinzip.

Die EuErbVO definiert den zentralen Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts nicht. Dieser ist autonom für die Zwecke der EuErbVO auszulegen,¹⁸ sodass insbesondere erbrechtlichen Wertungen (z.B. Prinzip der Ehegatten- und Verwandtenerbfolge oder Abwicklungsbezogenheit) Nachdruck zu verleihen ist.¹⁹ In den ErwG 23 und 24 wird klargestellt, dass bei der Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts eine Gesamtbeurteilung der Lebensumstände des Erblassers in den Jahren vor seinem Tod (vergangenheitsbezogen) und im Zeitpunkt seines Todes (gegenwartsbezogen) vorzunehmen ist und dabei sämtliche relevanten Tatsachen zu berücksichtigen sind, insbesondere Dauer und Regelmässigkeit des Aufenthalts im betreffenden Staat sowie die damit zusammenhängenden Umstände und Gründe.²⁰ In die Gesamtbeurteilung einfließen können auch die Staatsangehörigkeit, der Lageort des Nachlassvermögens, die Sprachkenntnisse sowie die familiären und sozialen Bindungen des Erblassers.²¹ Der gewöhnliche Aufenthalt ist also zunächst nach rein objektiven Momenten zu bestimmen. Ein rechtsgeschäftlicher (und subjektiver) Wille zur Begründung des gewöhnlichen Aufenthalts ist grundsätzlich nicht erforderlich.²² Als Indizien können jedoch gegebenenfalls auch der Bleibewille und die Absicht, sich zu integrieren, berücksichtigt werden.²³

Der so bestimmte gewöhnliche Aufenthalt sollte unter Berücksichtigung der spezifischen Ziele der EuErbVO eine besonders enge und feste Bindung zu dem betreffenden Staat erkennen lassen.²⁴ Aus dem logischen Zusammenhang der EuErbVO ergibt sich ferner, dass der Erblasser zu einem bestimmten Zeitpunkt nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben kann.²⁵

18 Buschbaum, Wegbereiter (Fn. 7), S. 593; Herzog, Die EU-Erbrechtsverordnung, in: ErbR 2013, S. 2 ff., S. 6; Lehmann, Die EU-Erbrechtsverordnung zur Abwicklung grenzüberschreitender Nachlässe, in: DSr 2012, S. 2085 ff. S. 2086; Odersky, Die Europäische Erbrechtsverordnung in der Gestaltungspraxis, in: notar 2013, S. 3 ff., S. 4; Simon/Buschbaum, NJW 2012, S. 2395; Wilke, RIW 2012, S. 603.

19 Kalt/Uhl, Fn. 6, S. 119.

20 ErwG 23. Eine Mindestaufenthaltsdauer ist nicht vorgesehen, was gerade zu Beginn der Anwendung der Verordnung zu einiger Verunsicherung führen dürfte, vgl. Burandt, Die EU-ErbVO, Das europäische Erbrecht im Wandel (Teil 2), in: FuR 2013, S. 377 ff., S. 382; Lehmann, DSr 2012, S. 2085 f.; Odersky, notar 2013, S. 4; Sonntag, Das Europäische Internationale Erbrecht im Spannungsfeld zwischen der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit und den gewöhnlichen Aufenthalt, in: EWS 2012, S. 457 ff., S. 458; Wilke, RIW 2012, S. 603.

21 ErwG 24; Dutta, FamRZ 2013, S. 5 m.V.a. EuGH v. 2.4.2009, C-523/07 (A), Rz. 39.

22 Döbereiner, MittBayNot 2013, S. 362; Dörner, ZEV 212, S. 510; Lehmann, DSr 2012, S. 2086 f.; Müller-Lukoschek, Fn. 9, § 2 N 125 ff. Bei Fehlen von jeglichen subjektiven Elementen dürfte eine Annahme des gewöhnlichen Aufenthalts jedoch nur schwer zu begründen sein, vgl. Döbereiner, MittBayNot 2013, S. 362; Odersky, notar 2013, S. 5.

23 Kunz, Die neue Europäische Erbrechtsverordnung, in: GPR 2012, S. 208 ff. (Teil I) u. S. 253 ff. (Teil II), S. 211; Döbereiner, MittBayNot 2013, S. 362.

24 ErwG 23. Dies darf aber nicht dahingehend missverstanden werden, dass der gewöhnliche Aufenthalt eine Integration am gewöhnlichen Aufenthaltsort voraussetzen würde, vgl. Müller-Lukoschek, Fn. 9, § 2 N 129.

25 Odersky, notar 2013, S. 4; Döbereiner, MittBayNot 2013, S. 362; Dörner, ZEV 2012, S. 510.

2.3.2 Kategorien für Grenzfälle

Meistens dürfte die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts keine Schwierigkeiten bereiten. Da bereits der Erwerb oder die Miete einer Wohnung ein Indiz für die Beständigkeit des neuen Aufenthaltsortes darstellt, ist in der Regel mit jedem Umzug auch ein Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts verbunden.²⁶ Es gibt jedoch Fälle, in denen der gewöhnliche Aufenthalt zum Todeszeitpunkt umstritten ist, etwa wenn der Erblasser erst vor Kurzem seinen Aufenthaltsort geändert hatte oder an mehreren Orten wohnhaft war. Aus der bisherigen Literatur zur EuErbVO können für solche Grenzfälle folgende Fallgruppen gebildet werden, deren Handhabung im Lichte der EuErbVO jedoch noch durch den EuGH zu klären sein wird:

(a) *Berufspendler*: Personen, die täglich oder wöchentlich zur Arbeit in einen anderen Staat pendeln, begründen ihren gewöhnlichen Aufenthalt grundsätzlich in demjenigen Staat, wo sich der privat genutzte Wohnsitz befindet, sofern der Wohnsitz am Arbeitsort aus rein beruflichen

successio 2014 S. 163, 168

Motiven begründet wurde und eine enge und feste Bindung – eine soziale Verbindung zu Freunden und Familie – zum Heimatstaat unterhalten bleibt.²⁷ Entsprechend sind Auslandsstudien oder Internatsaufenthalte zu behandeln, solange das bisherige soziale Umfeld noch Gewicht hat bzw. eine Rückkehrabsicht besteht.²⁸ Ob diese Regel auch für Expats gelten soll, die mit ihrer engeren Familie für begrenzte Dauer im Ausland leben, ist umstritten.²⁹ Nach Ansicht der Autoren dürfte sich bei solchen Expats der gewöhnliche Aufenthalt in der Regel am Arbeitsort befinden; anders könnte es sich lediglich verhalten, wenn den familiären Beziehungen zu den am Heimatort verbliebenen übrigen Familienmitgliedern grosse Bedeutung zukommt.

(b) *Private Langzeitpendler*: Zu denken ist insbesondere an Personen im Ruhestand, die sich über längere Zeit in verschiedenen Ländern aufhalten, beispielsweise «Mallorca-Rentner». Hier kann keine Unterscheidung zwischen privatem und beruflichem Lebensmittelpunkt gemacht werden. Vielmehr ist im Einzelfall zu entscheiden, wobei allenfalls die Staatsangehörigkeit sowie der Belegenheitsort des Nachlassvermögens berücksichtigt werden können.³⁰ Vorausgesetzt ist jeweils, dass auch effektiv eine regelmässige Rückkehr in den Heimatstaat erfolgt, ansonsten sich der gewöhnliche Aufenthalt am neuen Wohnsitz befindet.³¹ Dieselben Kriterien, d.h. Staatsangehörigkeit und Belegenheitsort des Nachlassvermögens, sind auch massgebend für Weltenbummler und Personen mit Wanderleben, die ohne längeren Aufenthalt von Staat zu Staat reisen.³²

(c) *Aufenthalte in Pflegeheimen und dergleichen*: Unklar ist, wie Personen zu behandeln sind, die nicht oder nicht mehr imstande sind, einen eigenen Willen bezüglich ihres gewöhnlichen Aufenthalts zu bilden. Für kleine Kinder wird regelmässig auf den gewöhnlichen Aufenthalt ihrer vorrangigen Bezugsperson abzustellen sein.³³ Würde dieselbe Rationale beispielsweise auf altersdemente Personen angewandt werden, so wäre eine Beeinflussung des gewöhnlichen Aufenthalts durch die Angehörigen denkbar, etwa durch die Verlegung in ein Pflegeheim im Ausland («Demenz-Tourismus»). Obschon grundsätzlich kein

²⁶ Lehmann, DSr 2012, S. 2086.

²⁷ ErwG 24 ist diesbezüglich unklar («könnte»), vgl. Müller-Lukoschek, Fn. 9, § 2 N 131 f.

²⁸ Döbereiner, MittBayNot 2013, S. 362; Odersky, notar 2013, S. 5.

²⁹ Befürwortend Odersky, notar 2013, S. 5; ablehnend Dörner, ZEV 2012, S. 511, der solche Fälle über Art. 21 Abs. 2 EuErbVO lösen will. Auch nach Lagarde, Rev. Crit. DIP 2012, S. 701 könnte die ähnliche Situation von im Ausland verstorbenen Diplomaten und Konsulen über die Ausweichklausel gelöst werden.

³⁰ ErwG 24 a.E.; Lehmann, DSr 2012, S. 2086; Odersky, notar 2013, S. 5.

³¹ Lagarde, Rev. Crit. DIP 2012, S. 700.

³² ErwG 24.

³³ Lehmann, DSr 2012, S. 2087; EuGH v. 22.12.2010, C-497/10.

rechtsgeschäftlicher Wille zur Verlegung des Aufenthalts erforderlich ist, wird in solchen Fällen – aus Gründen der Missbrauchsprävention – bei der erforderlichen Gesamtbeurteilung der Lebensumstände des Erblassers durchaus zu berücksichtigen sein, dass die Aufenthaltsverschiebung ohne jegliches subjektives Element seitens des Erblassers erfolgte.³⁴ Allenfalls ist die Ausweichklausel heranzuziehen (dazu Ziff. IV.1.2). Bei Aufhalten in Kliniken oder Kurorten wird sich der gewöhnliche Aufenthalt regelmässig im Ursprungsland befinden, da die kranke Person die Dauer des medizinisch bedingten Aufenthalts grundsätzlich möglichst kurz halten möchte.³⁵

Da die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts der Disposition des Erblassers entzogen ist, ist in solchen Grenzfällen im Rahmen der Nachlassplanung eine Rechtswahl beziehungsweise eine Dokumentation der Umstände, die für die Begründung des gewöhnlichen Aufenthalts in einem bestimmten Staat sprechen (sog. *confessio iuris*; s. dazu unten Ziff. IV.3.5), in Betracht zu ziehen.³⁶

2.4 Vorrang internationaler Übereinkommen

Internationale Abkommen im Bereich des Erbrechts, insbesondere das Haager Testamentsübereinkommen (HTestÜ), gehen der Anwendung der EuErbVO grundsätzlich vor, sofern die betreffenden Mitgliedstaaten vor Annahme der Verordnung Vertragsstaaten waren (Art. 75 Abs. 1 EuErbVO).³⁷

successio 2014 S. 163, 169

Eine Ausnahme besteht für ausschliesslich unter Mitgliedstaaten geschlossene Übereinkommen, denn ihnen gegenüber hat die EuErbVO inskünftig Vorrang (Abs. 2).

III. Internationale Zuständigkeit

Im zweiten Kapitel der EuErbVO ist die internationale Zuständigkeit der Gerichte für Erbsachen geregelt,³⁸ nicht aber die örtliche, sachliche oder funktionelle Zuständigkeit innerhalb der Mitgliedstaaten (Art. 2 EuErbVO), für die weiterhin das Recht des international zuständigen Mitgliedstaats massgebend ist.³⁹ Eine Unterscheidung zwischen streitigen und nicht streitigen Verfahren (freiwillige Gerichtsbarkeit) wird nicht vollzogen. Gemäss Art. 3 Abs. 2 EuErbVO zählen zu den «Gerichten» denn auch sämtliche sonstige Behörden und Angehörige von Rechtsberufen, die gerichtliche Funktionen ausüben oder in Ausübung einer Befugnisübertragung durch ein Gericht oder unter Aufsicht eines Gerichts handeln, sofern Unparteilichkeit, rechtliches Gehör, Überprüfbarkeit der Entscheidungen und Rechtskraftwirkung gewährleistet sind.⁴⁰

³⁴ Odersky, notar 2013, S. 5; a.M. Lehmann, DSrR 2012, S. 2086 f.

³⁵ Lagarde, Rev. Crit. DIP 2012, S. 700.

³⁶ Weiss/Bigler, Wohnsitz oder gewöhnlicher Aufenthalt, in: Deutscher AnwaltSpiegel, Spezial März 2013, S. 27 ff., S. 28.

³⁷ Dies gilt sowohl für multilaterale als auch bilaterale Staatsverträge, vgl. Mankowski, Gelten die bilateralen Staatsverträge der Bundesrepublik Deutschland im Internationalen Erbrecht nach dem Wirksamwerden der EuErbVO weiter?, in: ZEV 2013, S. 529 ff., *passim*; Dutta, FamRZ 2013, S. 15. Aus Schweizer Perspektive sind demnach namentlich die Staatsverträge mit Italien und Griechenland weiterhin beachtlich. Nach Ansicht der Autoren sollten diese Staatsverträge, zumindest was das Kollisionsrecht im Erbrecht anbelangt, gekündigt werden, denn einerseits wird die EuErbVO aufgrund nicht abschliessender Regelung der Materie in diesen Staatsverträgen (beispielsweise bezüglich ENZ) ohnehin zu berücksichtigen sein und andererseits ist es sowohl inkonsistent als auch einer vorausschauenden Nachlassplanung abträglich, wenn bezüglich einzelner Mitgliedstaaten ausschliesslich die EuErbVO und bezüglich anderer zusätzlich bilaterale Staatsverträge aus dem 19. Jahrhundert Anwendung finden.

³⁸ Erstaunlicherweise ist der Begriff der «Erbsache» nicht in Art. 1 EuErbVO definiert. Es ist jedoch von einer sehr umfassenden Auslegung auszugehen, vgl. Volmer, Rpfleger 2013, S. 427.

³⁹ Vorbehalt bleibt die Prorogation gemäss Art. 5 EuErbVO, bei der nicht nur die internationale, sondern auch die örtliche Zuständigkeit festgelegt werden kann, vgl. Geimer, Fn. 6, S. 117.

⁴⁰ ErwG 20. Erfasst davon ist beispielsweise die gerichtsähnliche Tätigkeit von Notaren im Nachlassverfahren in Österreich, während sonstige notarielle Berufsausübung nicht unter den Terminus des Gerichts zu subsumieren ist, vgl. ErwG 22; Buschbaum, Wegbereiter (Fn. 7), S. 593; Dutta, FamRZ 2013, S. 4 f.

1. Allgemeine Zuständigkeit am letzten gewöhnlichen Aufenthaltsort

Für Entscheidungen in Erbsachen sind für den gesamten Nachlass, das heisst inklusive allfälliger in Drittstaaten belegener Nachlassgegenstände, grundsätzlich die Gerichte und Behörden des Mitgliedstaates zuständig, in welchem der Erblasser seinen *letzten gewöhnlichen Aufenthalt* hatte (Art. 4 EuErbVO).⁴¹

2. Subsidiäre Zuständigkeit am Belegenheitsort

Hatte der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Zeitpunkt seines Todes in einem Drittstaat (bspw. in der Schweiz), so sind die Gerichte und Behörden desjenigen Mitgliedstaates zuständig, in dem sich Nachlassvermögen befindet (Art. 10 EuErbVO). Das im Mitgliedstaat belegene Nachlassvermögen wirkt somit zuständigkeitsbegründend – keine Vermögenswerte innerhalb der Mitgliedstaaten sollen ohne Zuständigkeit bleiben.⁴² Diese Zuständigkeit erstreckt sich auf den gesamten weltweiten Nachlass (Abs. 1 – «subsidiäre Allzuständigkeit»), sofern der Erblasser entweder die Staatsangehörigkeit des Belegenheitsstaates besass (lit. a)⁴³ oder, wenn dies nicht der Fall ist, der Erblasser dort vor weniger als fünf Jahren vor Anrufung des Gerichts (und nicht des Erbfalls) seinen vorhergehenden gewöhnlichen Aufenthalt hatte (lit. b).⁴⁴ Andernfalls ist die Zuständigkeit auf diejenigen Vermögenswerte beschränkt, die sich im betreffenden Mitgliedstaat befinden (Abs. 2 – «subsidiäre beschränkte Zuständigkeit»),⁴⁵ und es wird eine Nachlassspaltung in Kauf genommen.

Beim zuständigkeitsbegründenden Nachlassvermögen kann es sich sowohl um (bewegliche und unbewegliche) Sachen als auch um Rechte (Forderun-

successio 2014 S. 163, 170

gen, Immaterialgüterrechte und dergleichen) handeln. Nach Ansicht der Autoren sollte bezüglich des Belegenheitsortes auf den Todeszeitpunkt abgestellt werden, da ansonsten die Zuständigkeit durch Vermögensverschiebungen *post mortem* beeinflusst werden könnte. Bei der allgemeinen Zuständigkeit ist denn auch der gewöhnliche Aufenthalt im Zeitpunkt des Todes massgebend (s. Ziff. III.1). Während die Bestimmung des Belegenheitsortes bei Sachen kaum Schwierigkeiten bereitet, ist unklar, wann anderes Nachlassvermögen wie etwa Forderungen als in einem Mitgliedstaat belegen gilt.⁴⁶ In der Lehre wird diesbezüglich vorgebracht, dass der Belegenheitsort verordnungsautonom zu bestimmen sei, d.h. ohne Rückgriff auf *lex*

41 Zur Definition der Entscheidung Art. 3 Abs. 1 lit. g EuErbVO. Unklar ist, was für prämortale erbrechtliche Klagen wie beispielsweise leibzeitige Klagen auf Feststellung der Ungültigkeit einer letztwilligen Verfügung gelten soll, vgl. Geimer, Fn. 6, S. 22.

42 Burandt, FuR 2013, S. 380.

43 Hinterlässt ein Erblasser mit letztem gewöhnlichen Aufenthalt in einem Drittstaat Nachlassvermögen in mehreren Mitgliedstaaten und ist er Doppelbürger dieser Staaten, so sind die Gerichte beider Mitgliedstaaten für den gesamten Nachlass zuständig, vgl. Müller-Lukoschek, Fn. 9, § 2 N 219; Lagarde, Rev. Crit. DIP 2012, S. 702. Diesfalls sind die Bestimmungen zur Rechtshängigkeit (Art. 17 EuErbVO) und zu im Zusammenhang stehenden Verfahren (Art. 18 EuErbVO) zu beachten.

44 Lit. b ist subsidiär zu lit. a, sodass ein nach lit. b angerufenes Gericht unzuständig ist, wenn die Voraussetzungen von lit. a erfüllt sind. Das nach lit. b angerufene Gericht hat somit unter Umständen den früheren gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat zu ermitteln, vgl. Wilke, RIW 2012, S. 604.

45 Vgl. die Zuständigkeitsübersicht bei Müller-Lukoschek, Fn. 9, S. 118

46 Vgl. Weiss/Bigler, Deutscher AnwaltSpiegel, Spezial März 2013, S. 27.

causae oder *lex fori*, was allerdings noch der Klärung durch den EuGH bedarf.⁴⁷ Wird beispielsweise davon ausgegangen, dass Anteile an Kapitalgesellschaften, ungeachtet des Wertes und der effektiven Belegenheit oder Ausgabe dieser Aktien, am Verwaltungssitz belegen sind,⁴⁸ so wären die deutschen Gerichte zuständig, wenn sich im Nachlass eines in der Schweiz wohnhaften Erblassers Aktien einer in Deutschland ansässigen Aktiengesellschaft befinden. Die Zuständigkeit der deutschen Gerichte würde sich sogar auf den gesamten weltweiten Nachlass erstrecken, wenn der Erblasser deutscher Staatsangehöriger war oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt während der letzten fünf Jahre vor Anrufung des Gerichts in Deutschland hatte. Vor diesem Hintergrund ist verständlich, dass Art. 10 EuErbVO der Ruf eines «exorbitanten Gerichtsstands» zukommt.⁴⁹ Die Implikationen von (gemäss EuErbVO) in einem Mitgliedstaat belegenen Vermögen sind daher bei der Nachlassplanung eingehend zu berücksichtigen.

Diesbezüglich wurde bereits vorgebracht, dass allenfalls nur Nachlassvermögen «von einigem Gewicht» zuständigkeitsbegründend wirken soll.⁵⁰ Obwohl eine Beschränkung der subsidiären Zuständigkeit grundsätzlich begrüssenswert wäre, ist ein derart unpräzises Abgrenzungskriterium («von einigem Gewicht») klar abzulehnen, da nicht sachdienlich und zu Rechtsunsicherheit führend. Allenfalls sollten rein zufällige und ungewollte Berührungspunkte zu einem Mitgliedstaat, etwa ein in einem Hotel vergessenes Buch, für die Begründung der subsidiären Zuständigkeit nicht ausreichen. In der achtsamen Nachlassplanung wird jedoch weiterhin von der Prämisse auszugehen sein, dass sämtliches Nachlassvermögen (bewegliches und unbewegliches), das in den teilnehmenden Mitgliedstaaten belegen ist, eine subsidiäre Zuständigkeit des entsprechenden Mitgliedstaates nach sich zieht.

Da auch bei einer subsidiären Zuständigkeit bezüglich des anwendbaren Rechts weiterhin am letzten gewöhnlichen Aufenthalt angeknüpft wird, kommt es in diesen Fällen grundsätzlich zu einem Auseinanderfallen von *ius* und *forum*. Der Gleichlauf kann jedoch vereinzelt durch eine Rechtswahl, wenn die subsidiäre Zuständigkeit auf Art. 10 Abs. 1 lit. a EuErbVO beruht oder es zu einer Zuständigkeitsverschiebung nach Art. 4 ff. EuErbVO kommt (dazu sogleich Ziff. III.3), oder durch die Ausweichklausel (dazu Ziff. IV.1.2) wiederhergestellt werden.

3. Forum legis

Die EuErbVO lässt eine Rechtswahl zugunsten des Heimatrechts zu (Art. 22 Abs. 1 EuErbVO; s. unten Ziff. IV.3). Bei Vorliegen einer Rechtswahl wird der Grundsatz von Gleichlauf von *ius* und *forum* regelmässig durchbrochen, zumal als Folge der Rechtswahl die Staatsangehörigkeit für die Bestimmung des anwendbaren Rechts massgebend ist, während bezüglich der Zuständigkeit weiterhin an den letzten gewöhnlichen Aufenthalt bzw. den Belegenheitsort angeknüpft wird. Handelt es sich beim gewählten Recht um das Recht eines Mitgliedstaates, so ermöglicht die EuErbVO sowohl bei allgemeiner (Art. 4 EuErbVO) als auch bei subsidiärer Zuständigkeit (Art.

⁴⁷ Gemäss Bonomi, in: Bonomi/Wautelet (Hrsg.), *Le droit européen des successions*, Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012, 2013 (zit. Bonomi/Wautelet), Art. 10 N 12 könnte sich der EuGH bei der Festlegung der Kriterien zur Bestimmung des Belegenheitsortes beispielsweise an Art. 2 lit. g der Insolvenzverordnung inspirieren.

⁴⁸ Burandt, *FuR* 2013, S. 380; Ders., *Die EU-ErbVO – Das Europäische Erbrecht im Wandel*, Unterlagen des BeckAkademie Seminars «Europäische Erbrechtsverordnung, Erben und Vererben im Ausland – Wirkungen der neuen EU-Erb-VO» am 8.4.2013, in Frankfurt a.M., S. 39.

⁴⁹ Wilke, *RIW* 2012, S. 604

⁵⁰ Kalt/Uhl, *Fn.* 6, S. 114, wonach über eine solche *de minimis*- Schwelle zumindest nachgedacht werden sollte.

10 EuErbVO) in gewissen Fällen eine Zuständigkeitsverlagerung zu den Gerichten des Staates des gewählten Rechts (*forum legis*).⁵¹ Die

successio 2014 S. 163, 171

damit bezweckte Wiederherstellung des Gleichlaufs von *ius* und *forum* ist in folgenden Fällen vorgesehen:⁵²

(a) *Gerichtsstandsvereinbarung (Prorogation)*: Gemäss Art. 5 Abs. 1 EuErbVO können die «betroffenen Parteien» die ausschliessliche Zuständigkeit der Gerichte des Heimatstaates vereinbaren, dessen Recht gewählt wurde.⁵³ Als Folge der Gerichtsstandsvereinbarung erklärt sich das gemäss Art. 4 bzw. Art. 10 EuErbVO angerufene Gericht für unzuständig, und die Gerichte des Heimatstaates sind zwingend zuständig (Art. 6 lit. b und Art. 7 lit. b EuErbVO).⁵⁴ Die Verordnung regelt nicht, wer zum Kreis der betroffenen Parteien zählt. Es ist jedoch davon auszugehen, dass es sich hierbei um die Erben sowie die Vermächtnisnehmer handelt, nicht aber um Nachlassgläubiger.⁵⁵ Ebenso unzulässig wie eine einseitige Zuständigkeitsanordnung durch den Erblasser (wie z.B. nach Art. 87 Abs. 2 IPRG) ist eine Gerichtsstandsvereinbarung durch die Erben, wenn der Erblasser keine Rechtswahl (zugunsten dieses Mitgliedstaates) getroffen hat (vgl. aber Art. 7 lit. c EuErbVO).⁵⁶

Mit Ausnahme der Formvorschriften wird das auf die Gerichtsstandsvereinbarung anwendbare Recht durch die Verordnung nicht bestimmt (Art. 5 Abs. 2 EuErbVO). Zustandekommen und materielle Wirksamkeit solcher Vereinbarungen werden dem gewählten Erbstatut zu unterstellen sein.⁵⁷

(b) *Rügelose Einlassung*: Stellt sich im Verfahren vor einem Gericht, das seine Zuständigkeit aufgrund einer Gerichtsstandsvereinbarung ausübt, heraus, dass nicht alle Parteien dieser Vereinbarung angehören, so bleibt das angerufene Gericht zuständig, wenn sich die nicht durch die Gerichtsstandsvereinbarung gebundenen Parteien auf das Verfahren einlassen, ohne die mangelnde Zuständigkeit zu rügen (Art. 9 Abs. 1 EuErbVO). Bei einer rechtzeitigen Rüge erklärt sich das vermeintlich

⁵¹ Unklar ist, ob eine solche Zuständigkeitsverlagerung auch im Falle einer altrechtlichen, d.h. vor Inkrafttreten der EuErbVO getroffenen, Rechtswahl möglich ist. Während der Wortlaut («Recht, das der Erblasser nach Artikel 22 zur Anwendung auf die Rechtsnachfolge von Kalt/Uhl, Fn. 6, S. 114, wonach über eine solche *de minimis*-Schwelle zumindest nachgedacht werden sollte. Todes wegen gewählt hat») gegen eine solche Interpretation spricht, sollte eine Zuständigkeitsverlagerung aufgrund teleologischer Auslegung dann möglich sein, wenn die nach Art. 83 Abs. 2 EuErbVO übergeleitete Rechtswahl den gesamten Nachlass erfasst, vgl. Schoppe, Die Übergangsbestimmungen zur Rechtswahl im internationalen Erbrecht, in: IPRax 2014, S. 27 ff., S. 32.

⁵² Ausführlich Bajons, Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht in Erbsachen, in: Schauer/Scheuba (Hrsg.), Europäische Erbrechtsverordnung, 2012, S. 34 ff. (zit. Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht); Dies., Die EU-ErbrechtsVO: Gleichlauf und Auseinanderfall von *forum* und *ius* im Wechselspiel mit Drittstaaten, in: FS Rüssmann, 2012, S. 751 ff. (zit. Gleichlauf). Vgl. auch die Zuständigkeitsübersicht bei Müller-Lukoschek, Fn. 9, S. 128 f.

⁵³ Ausführlich Magnus, Gerichtsstandsvereinbarungen im Erbrecht?, in: IPRax 2013, S. 393 ff; Volmer, Rpfleger 2013, S. 427 ff. Dem Wortlaut nach müsste eine solche Gerichtsstandsvereinbarung auch möglich sein, wenn der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt in einem Drittstaat hatte und sich kein Nachlassvermögen in einem der teilnehmenden Mitgliedstaaten befindet, zumal Art. 5 im Gegensatz zu Art. 6 EuErbVO die vormalige Zuständigkeit eines Mitgliedstaatsgerichts nach Art. 4 oder Art. 10 EuErbVO nicht voraussetzt.

⁵⁴ Unklar ist, ob bereits getroffene Entscheidungen des sich später für unzuständig erklärenden Gerichts fortbestehen, vgl. Müller-Lukoschek, Fn. 9, § 2 N 240. Nach Dutta, FamRZ 2013, S. 7 und Keim, Fn. 16, S. 77 spricht einiges dafür, dass das nunmehr zuständige Gericht über den Fortbestand der bisherigen Verfahrenshandlungen zu entscheiden hat.

⁵⁵ Lehmann, DStR 2012, S. 2088; Schauer, Die neue Erbrechts-VO der Europäischen Union – eine Annäherung, in: JEV 2012, S. 78 ff., S. 82; vgl. auch Kunz, GPR 2012, S. 209; Müller-Lukoschek, Fn. 9, § 2 N 236; Volmer, Rpfleger 2013, S. 428.

⁵⁶ Herzog, ErbR 2013, S. 10; Kunz, GPR 2012, S. 209; Lagarde, Rev. Crit. DIP 2013, S. 723. Auch eine Derogation, d.h., der Ausschluss der Zuständigkeit mitgliedstaatlicher Gerichte, wie dies beispielsweise beim Abschluss einer ausschliesslichen Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten konkurrierend zuständiger Schweizer Gerichte vorteilhaft sein könnte, ist nicht vorgesehen, vgl. Magnus, IPRax 2013, S. 395; Geimer, Fn. 6, S. 20. Allenfalls kann über erbrechtliche Gestaltungsmittel (z.B. Auflagen) eine «Pflicht» zum Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung konstruiert werden, vgl. Müller-Lukoschek, Fn. 9, § 4 N 22.

⁵⁷ Dutta, FamRZ 2013, S. 6; Kunz, GPR 2012, S. 210; Müller-Lukoschek, Fn. 9, § 2 N 236.

prorogierte Gericht für unzuständig, und die gemäss Art. 4 bzw. Art. 10 EuErbVO zuständigen Gerichte haben sich mit der Erbsache zu befassen (Art. 9 Abs. 2 EuErbVO).⁵⁸

(c) *Unzuständigerklärung der Gerichte*: Auf Antrag einer der Verfahrensparteien kann sich das gemäss Art. 4 oder Art. 10 EuErbVO zuständige Gericht für unzuständig erklären, wenn seines Erachtens die Gerichte des Mitgliedstaates des gewählten Rechts besser in der Sache entscheiden können (Art. 6 lit. a EuErbVO; Ansatz einer *forum non conveniens*-Regel). Dabei hat das angerufene Gericht die konkreten Umstände der Erbsache zu berücksichtigen, namentlich den gewöhnlichen Aufenthalt der Verfahrensbeteiligten und den Belegenheitsort der Nachlassge-

successio 2014 S. 163, 172

genstände. Zu beachten gilt es, dass es sich hierbei um eine Kann-Vorschrift handelt und die Zuständigkeitsverlagerung im gerichtlichen Ermessen steht.⁵⁹ Es ist indessen davon auszugehen, dass nicht viele Behörden und Gerichte erpicht sein werden, ausländisches Erbrecht anzuwenden, sodass von dieser Möglichkeit der Zuständigkeitsverschiebung in der Praxis oft Gebrauch gemacht werden dürfte.⁶⁰ Ein negativer Kompetenzkonflikt wird vermieden, indem bei Unzuständigerklärung die Gerichte des Heimatmitgliedstaates zwingend zuständig sind (Art. 7 lit. a EuErbVO).

(d) *Ausdrückliche Anerkennung*: Eine Zuständigkeitsverschiebung ist auch dann möglich, wenn die Parteien die Zuständigkeit des angerufenen Gericht des Mitgliedsstaates, dessen Recht gewählt wurde, ausdrücklich anerkennen (Art. 7 lit. c EuErbVO).

(e) *Aussergerichtliche Einigung*: Wurde ein Verfahren durch ein gemäss Art. 4 oder Art. 10 EuErbVO zuständiges Gericht von Amtes wegen eingeleitet, so beendet dieses das Verfahren, wenn die Parteien sich darauf verständigt haben, die Erbsache aussergerichtlich im Staat des gewählten Rechts einvernehmlich zu regeln (Art. 8 EuErbVO).

4. Weitere Zuständigkeits- und Verfahrensvorschriften, insbesondere die Ausscheidung von in Drittstaaten belegenen Vermögenswerten

4.1 Weitere zivilverfahrensrechtliche Bestimmungen

Art. 11 EuErbVO sieht eine Notzuständigkeit (*forum necessitatis*) für den Fall vor, dass kein Gericht eines Mitgliedstaates zuständig ist und die Verfahrenseinleitung oder -durchführung in einem Drittstaat, zu dem ein enger Bezug besteht, nicht zumutbar oder gar unmöglich ist. Vorausgesetzt ist diesfalls ein ausreichender Bezug zum Mitgliedstaat des angerufenen Gerichts. Daneben enthält Art. 13 EuErbVO einen besonderen Gerichtsstand für die Entgegennahme erbrechtlicher Erklärungen bezüglich der Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft, eines Vermächtnisses oder eines Pflichtteils oder der Haftungsbegrenzung für Nachlassverbindlichkeiten.⁶¹ Solche Erklärungen können ausser vor den normalerweise gemäss EuErbVO zuständigen Gerichten auch vor den Gerichten desjenigen Mitgliedsstaates abgegeben werden, in dem der Erklärende seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.⁶²

⁵⁸ Allenfalls können diese jedoch gemäss Art. 6 lit. a EuErbVO die Zuständigkeit wieder dem vermeintlich prorogierten Gericht zuschieben. Zum Schicksal bereits getroffener Verfahrenshandlungen, vgl. Fn. 54.

⁵⁹ Kunz, GPR 2012, S. 209 fordert eine erhöhte Beweismähe der Gerichte des Heimatstaats, damit sich das normalerweise zuständige Gericht für unzuständig erklären kann.

⁶⁰ Lehmann, DStR 2012, S. 2088. Leider steht diese Option der Zuständigkeitsverschiebung nicht zur Verfügung, falls das gewählte Recht ein Drittstaatenrecht ist – selbst dann nicht, wenn sich dieser Drittstaat seinerseits für zuständig erachtet.

⁶¹ Nicht erfasst werden davon Anträge auf gerichtliche Entscheidungen bzw. Anordnungen, etwa ein Verfahren auf Inventarerrichtung, vgl. ErwG 33; Dutta, FamRZ 2013, S. 7 f.

⁶² Zu den Formerfordernissen einer solchen Erklärung s. Art. 28 EuErbVO. Danach ist eine Annahme- oder Ausschlagungserklärung formgültig, wenn sie den Anforderungen des auf die

Weitere Zuständigkeits- und Verfahrensvorschriften gemäss Art. 14 ff. EuErbVO, auf die an dieser Stelle jedoch nicht weiter eingegangen wird, betreffen den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit, die Prüfung der Zuständigkeit von Amtes wegen und der Zulässigkeit der Verfahrenseinleitung, die Rechtshängigkeit, im Zusammenhang stehende Verfahren (Verfahrenssistierung, Unzuständigerklärung) sowie vorsorgliche Massnahmen.

4.2 Die Verfahrensbeschränkung bei Drittstaatenvermögenswerten

Die Bestimmungen der EuErbVO sind in sich geschlossen und regeln Erbfälle, die einzig den Binnenmarkt betreffen, abschliessend. Anders verhält es sich bei Erbfällen, deren Sachverhalt einen Drittstaatenbezug aufweist. Diesfalls kann das in der Erbsache angerufene Gericht gemäss Art. 12 Abs. 1 EuErbVO auf Antrag einer Partei beschliessen, über einen oder mehrere in Drittstaaten belegene Vermögenswerte nicht zu entscheiden, wenn zu erwarten ist, dass die Entscheidung in Bezug auf diese Vermögenswerte im betreffenden Drittstaat nicht anerkannt oder vollstreckt wird («negative Aner-

successio 2014 S. 163, 173

kennungsprognose nach Drittstaatenrecht»⁶³ Vom Prinzip der Nachlasseneinheit wird im Verhältnis zu Drittstaaten somit unter Umständen abgerückt. Die Mitgliedstaatsgerichte sind folglich stets für die unionsweite, nicht aber für die weltweite Nachlassabwicklung zuständig.⁶⁴ Dadurch sollen Kollisionen mit konkurrierend international zuständigen Drittstaaten vermieden werden, die sich insbesondere aufgrund der subsidiären Zuständigkeit (Art. 10 EuErbVO) ergeben können.⁶⁵ Es bleibt darauf hinzuweisen, dass es sich hierbei um eine Kann-Vorschrift handelt, deren Handhabe in den einzelnen Mitgliedstaaten abzuwarten bleibt.⁶⁶

IV. Anwendbares Recht

1. Regelanknüpfung

Gemäss der Grundregel von Art. 21 Abs. 1 EuErbVO untersteht die Rechtsnachfolge von Todes wegen dem Recht des Staates, in dem der Erblasser im Todeszeitpunkt seinen *gewöhnlichen Aufenthalt* hatte (Erbstatut). Das anwendbare Recht gilt

Rechtsnachfolge gemäss Art. 21 oder Art. 22 EuErbVO anwendbaren Rechts oder desjenigen des gewöhnlichen Aufenthaltsstaates des Erklärenden entspricht. Letzteres gilt auch für Erklärende mit gewöhnlichem Aufenthalt in einem Drittstaat, vgl. Volmer, Rpfleger 2013, S. 429. Wie Bonomi/Wautelet- Wautelet, Fn. 47, Art. 13 N 15 ff. zurecht ausführen, könnte mit der Schaffung zusätzlicher Gerichtsstände für die Entgegennahme solcher Erklärungen die Liquidation des Nachlasses verzögert werden: Einerseits sind die für den Nachlass zuständigen Gerichte verpflichtet, in anderen Mitgliedstaaten abgegebene Erklärungen zu berücksichtigen, und andererseits ist in der EuErbVO nicht geregelt, wie die Gerichte des letzten Aufenthaltsortes von der Existenz und dem Inhalt dieser Erklärungen erfahren sollen.

⁶³ Gemäss Bonomi/Wautelet-Bonomi, Fn. 47, Art. 12 N 14 f. können die vom Verfahren ausgenommenen Vermögenswerte jedoch beispielsweise bei der Pflichtteilsberechnungsmasse berücksichtigt werden. So die Praxis nach schweizerischem Recht in den Fällen von Art. 86 Abs. 2 IPRG, vgl. BSK IPRG-Schnyder/Liatowitsch, Art. 86 N 18a; ZK-Heini, Art. 86 IPRG N 8 ff.; Bucher, Das neue internationale Erbrecht, ZBGR 1988, S. 145 ff., S. 147; a.M. Liatowitsch, Ausländische Grundstücke im internationalen und im materiellen Erbrecht der Schweiz, in: Heiss/Schnyder (Hrsg.), Aspekte des internationalen Immobilienrechts, 2011, S. 35 ff., S. 45 ff.

⁶⁴ Bajons, Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht (Fn. 52), S. 35.

⁶⁵ Art. 10 EuErbVO ist lediglich subsidiär zu Art. 4 EuErbVO. Im Verhältnis zu Drittstaaten ist Art. 10 EuErbVO jedoch nicht eine subsidiäre Zuständigkeit, sondern vielmehr eine konkurrierende, vgl. Schwander, Die EU-Erbrechtsverordnung, Auswirkungen auf die Nachlassplanung aus schweizerischer Sicht, in: Tagungsunterlagen St. Galler Erbrechtstag 2013, S. 10; Bonomi/Wautelet-Bonomi, Fn. 47, Art. 10 N 3.

⁶⁶ Die Beschränkung gemäss Art. 12 EuErbVO wird insbesondere bei unbeweglichen Vermögenswerten geboten sein, vgl. Bajons, Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht (Fn. 52), S. 35. Generell für eine zurückhaltende Ermessensausübung Dutta, FamRZ 2013, S. 7.

grundsätzlich für die gesamte Rechtsnachfolge von Todes wegen, sodass eine Nachlassspaltung inskünftig vermieden wird.

Das sog. Errichtungs- bzw. Erbvertragsstatut und das Formstatut unterliegen eigenständigen Regelungen, worauf in Ziff. VI näher eingegangen wird.

1.1 Mehrrechtsstaaten

Verweist die EuErbVO auf das Recht eines Mehrrechtsstaates, so bestimmt das interne Kollisionsrecht dieses Staates, welches Recht massgebend sein soll. Dies gilt sowohl für die interlokale Rechtsspaltung (Art. 36 Abs. 1 EuErbVO), wie sie etwa in Spanien oder den USA praktiziert wird, als auch bei Staaten mit interpersonaler Rechtsspaltung (Art. 37 EuErbVO) wie beispielsweise Israel.⁶⁷ In Ermangelung solcher interner Kollisionsvorschriften gilt bei Staaten mit interlokaler Rechtsspaltung bei Massgeblichkeit des gewöhnlichen Aufenthalts diejenige Teilrechtsordnung, in welcher der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt hatte, bei Massgeblichkeit der Staatsangehörigkeit diejenige Teilrechtsordnung, zu welcher der Erblasser die engste Verbindung hatte, und bei Massgeblichkeit eines sonstigen Anknüpfungspunktes diejenige Teilrechtsordnung, in der sich der einschlägige Anknüpfungspunkt befindet (Art. 36 Abs. 2 EuErbVO). Unterscheidet der Staat erbrechtlich hingegen zwischen verschiedenen Personengruppen, so gilt bei Fehlen interner Kollisionsvorschriften konsequent das Rechtssystem oder das Regelwerk, zu dem der Erblasser die engste Verbindung hatte (Art. 37 EuErbVO).

1.2 Ausweichklausel

Ergibt sich ausnahmsweise aus der Gesamtheit der Umstände, dass der Erblasser offensichtlich eine engere Verbindung zu einem anderen als dem Staat des letzten Aufenthaltes hatte, so untersteht der Nachlass gemäss der in Art. 21 Abs. 2 EuErbVO verankerten Ausweichklausel dem Recht dieses Staates.⁶⁸ Betroffen von dieser Ausweichklausel ist einzig das anwendbare Recht, nicht jedoch die internationale Zuständigkeit, sodass der Gleichlauf von *ius* und *forum* durchbrochen wird.⁶⁹ Aufgrund der Definition des gewöhnlichen Aufenthaltes, der ja gerade eine besonders enge und feste Bindung

successio 2014 S. 163, 174

zu dem betreffenden Staat erkennen lassen soll (s. Ziff. II.2.3), ist jedoch nur schwer ersichtlich, in welchen Fällen diese Ausweichklausel greifen soll, sodass ihr in der Lehre Kritik erwachsen ist.⁷⁰ Allenfalls kann sie herangezogen werden, wenn der Erblasser erst kurz vor seinem Dahinscheiden seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort gewechselt hat oder um für Expats oder Diplomaten eine sachgerechte Lösung zu finden.⁷¹ Die offensichtlich engste Verbindung sollte aber nicht als subsidiärer Anknüpfungspunkt zur Bestimmung des anwendbaren Rechts oder zur Umgehung von Schwierigkeiten bei der Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthaltes dienen.⁷²

⁶⁷ Ausführlich Steinmetz/löber/García Alcázar, Die EuErbVO und ihre Anwendbarkeit im Mehrrechtsstaat Spanien, in: ZEV 2013, S. 535 ff.; Quinzà Redondo/Christandl, Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español, in: InDret 2/2013, S. 1 ff.; zu Grossbritannien Richters, ZEV 2012, S. 578 ff.

⁶⁸ S. auch ErwG 25.

⁶⁹ Gemäss Schauer, JEV 2012, S. 81 soll jedoch Art. 5 EuErbVO (Gerichtsstandsvereinbarung) für Fälle der Ausweichklausel analog anwendbar sein; a.M. Bajons, Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht (Fn. 52), S. 32; Geimer, Fn. 6, S. 17; Volmer, Rpfleger 2013, S. 428.

⁷⁰ Burandt, FuR 2013, S. 382; Dörner, ZEV 212, S. 510; Döbereiner, MittBayNot 2013, S. 362; Fischer-Czermak, Anwendbares Recht, in: Schauer/Scheuba (Hrsg.), Europäische Erbrechtsverordnung, 2012, S. 43 ff. (zit. Anwendbares Recht), S. 44 f.; Geimer, Fn. 6, S. 18; Keim, Fn. 16, S. 70; Müller-Lukoschek, Fn. 9, § 2 N 135 ff.; Sonnentag, EWS 2012, S. 462; Vollmer, ZERB 2012, S. 231; Volmer, Rpfleger 2013, S. 422 f.; Wilke, RIW 2012, S. 605.

⁷¹ Vgl. Fn. 29.

⁷² ErwG 25; Fischer-Czermak, Anwendbares Recht (Fn. 70), S. 44; Kunz, GPR 2012, S. 210; Schauer, JEV 2012, S. 85.

2. Reichweite des Erbstatuts

Um eine einheitliche Auslegung zu gewährleisten, konkretisiert die Verordnung die Reichweite des berufenen Erbstatuts. Gemäss Art. 23 Abs. 2 EuErbVO unterliegen dem anwendbaren Recht insbesondere die Gründe für den Eintritt des Erbfalls sowie dessen Zeitpunkt und Ort (lit. a), die Berufung der Berechtigten,⁷³ die Bestimmung ihrer jeweiligen Anteile und etwaiger ihnen vom Erblasser auferlegter Pflichten sowie die Bestimmung sonstiger Rechte an dem Nachlass, einschliesslich der Nachlassansprüche des überlebenden Ehegatten oder Lebenspartners (lit. b),⁷⁴ die Erbfähigkeit (lit. c),⁷⁵ die Enterbung und die Erbnunwürdigkeit (lit. d), der Übergang der Vermögenswerte, Rechte und Pflichten (lit. e), die Rechte der Erben, Testamentsvollstrecker und anderer Nachlassverwalter, insbesondere im Hinblick auf die Veräusserung von Vermögen und die Befriedigung der Gläubiger (lit. f), die Haftung für Nachlassverbindlichkeiten (lit. g), der verfügbare Teil des Nachlasses, die Pflichtteile und andere Beschränkungen der Testierfreiheit (lit. h), die Ausgleichung und Anrechnung unentgeltlicher Zuwendungen (lit. i) sowie die Teilung des Nachlasses (lit. j).

3. Rechtswahl

Gemäss Art. 22 Abs. 1 EuErbVO kann der Erblasser die Regelanknüpfung ausschliessen, indem er für die Erbfolge von Todes wegen das Recht des Staates wählt, dessen Staatsangehörigkeit er im Zeitpunkt der Rechtswahl oder seines Todes besitzt. Die Rechtswahl gilt jeweils für den gesamten weltweiten Nachlass (Art. 23 Abs. 1 EuErbVO) – eine Teilrechtswahl, wie sie gemäss Art. 87 Abs. 2 IPRG zulässig ist, ist ausgeschlossen.⁷⁶ Trifft der Erblasser trotzdem eine Teilrechtswahl, ist gestützt auf die EuErbVO nicht klar, ob diese als unbeachtlich gilt oder ob sie in eine umfassende Rechtswahl umzudeuten ist. Die Rechtswahl stellt eine Sachnormverweisung dar (Art. 34 Abs. 2 EuErbVO), sodass allfällige Rück- und Weiterverweisungen (dazu Ziff. IV.4.2) der gewählten Rechtsordnung unbeachtlich sind, und schliesst ein Heranziehen der Ausweichklausel (Art. 21 Abs. 2 EuErbVO) aus.

Formulierungsvorschlag Rechtswahl:

«Ich, Max Muster, geb. [...], bin österreichischer Staatsbürger und wähle für die Erbfolge in meinem gesamten Nachlass sowie für Fragen der Wirksamkeit des vorliegenden Testaments das österreichische materielle Recht, unabhängig vom Ort meines gewöhnlichen Aufenthaltes im Zeitpunkt meines Todes. Sollte diese Rechtswahl unwirksam sein, weil mein Todesfall vor dem 17. August 2015 eintritt, soll die Wirksamkeit der sonstigen Verfügungen in diesem Testament unberührt bleiben.»

Die Beratung zur Rechtswahlentscheidung wird bei grenzüberschreitender Nachlassplanung – sowohl innerhalb der EU als auch bei Drittstaatenbezug –

successio 2014 S. 163, 175

⁷³ Dazu Baldus, *Erbe und Vermächtnisnehmer nach der Erbrechtsverordnung*, in: GPR 2012, S. 312 ff.

⁷⁴ Ausführlich zum Erbrecht des überlebenden Lebenspartners Coester, *Das Erbrecht registrierter Lebenspartner unter der EuErbVO*, in: ZEV 2013, S. 115 ff.; Müller-Lukoschek, Fn. 9, § 6.

⁷⁵ Dazu Lagarde, *Rev. Crit. DIP* 2012, S. 707 f.

⁷⁶ DNotI-Report 2012, *Überblick über die Europäische Erbrechtsverordnung*, S. 121 ff., S. 122; Goré, *La professio juris*, in: Defrénois 2012, S. 762 ff.; Kohler/Pintens, *Entwicklungen im europäischen Familien- und Erbrecht 2011-2012*, in: FamRZ 2012, S. 1425 ff., S. 1427; Lagarde, *Rev. Crit. DIP*, S. 721; Mansel/thorn, *Europäisches Kollisionsrecht: Voranschreiten des Kodifikationsprozesses – Flickenteppich des Einheitsrechts*, in: IPRax 2013, S. 1 ff., S. 7; Lehmann, *DStR* 2012, S. 2085; Nordmeier, *Grundfragen der Rechtswahl in der neuen EU-Erbrechtsverordnung – eine Untersuchung des Art. 22 ErbRVO*, in: GPR 2013, S. 148 ff., S. 154; Revillard, *Successions internationales: le règlement du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 en matière de successions*, in: Defrénois 2012, S. 743 ff. zu dem betreffenden Staat erkennen lassen soll

inskünftig Standard werden und rechtsvergleichende Kenntnisse auf dem Gebiet des Erbrechts sowie die Mitberücksichtigung des Güterrechts verlangen.⁷⁷

Die Rechtswahl empfiehlt sich insbesondere, um Rechtssicherheit für die ex-ante-Bestimmung des Erbstatuts zu schaffen, beispielsweise wenn der gewöhnliche Aufenthalt (und damit auch das anwendbare Recht) nach dem Tod nur schwer festzustellen bzw. umstritten sein wird, oder im Sinne einer vorsorglichen Rechtswahl, wenn der Testator Angehöriger seines Aufenthaltsstaates ist und einen Wegzug nicht ausschliessen kann.⁷⁸ Doch kann eine *professio iuris* auch in anderen Fällen empfehlenswert sein, denn nur durch eine Rechtswahl lässt sich eine Prüfung und Klärung der Lebensumstände des Erblassers zur Bestimmung des anwendbaren Rechts vermeiden.⁷⁹ Zu beachten gilt es indessen, dass mit der Rechtswahl auch eine Zuständigkeitsverschiebung einhergehen kann (s. Ziff. IV.3).

Formulierungsvorschlag vorsorgliche Rechtswahl:

«Ich, Max Muster, geb. [...], bin deutscher Staatsbürger und habe meinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland. Für den Fall, dass sich mein gewöhnlicher Aufenthalt im Zeitpunkt meines Todes nicht in Deutschland befindet, wähle ich für die Rechtsnachfolge von Todes wegen sowie für Fragen der Rechtswirksamkeit des vorliegenden Testaments vorsorglich deutsches materielles Recht.»

3.1 Voraussetzungen der Rechtswahl

Gewählt werden kann nur das Recht eines Staates, dessen Staatsangehörigkeit der Erblasser entweder im Zeitpunkt der Rechtswahl oder im Zeitpunkt des Todes besitzt. Unzulässig ist somit insbesondere die Wahl des Rechts des gegenwärtigen Aufenthaltsstaates,⁸⁰ was sich namentlich bei Ausländern empfehlen würde, die einen Wegzug aus ihrem derzeitigen Aufenthaltsstaat nicht ausschliessen können.⁸¹ Es ist hingegen weder erforderlich, dass eine spezielle Bindung zum Heimatstaat des gewählten Rechts besteht, noch dass diese Staatsangehörigkeit «effektiv» ist, sodass Mehrstaatern die Wahl eines beliebigen Heimatrechts offensteht (Art. 22 Abs. 1 UAbs. 2 EuErbVO).⁸² Auch die Wahl einer Teilrechtsordnung – z.B. in Spanien, den USA oder Israel – ist zulässig, wenn es sich hierbei gemäss den internen Kollisionsvorschriften des Heimatstaates um das «Heimatrecht» des Erblassers handelt (s.Ziff. IV.1.1).⁸³

Die Rechtswahl muss zwingend in einer gültigen letztwilligen Verfügung von Todes wegen enthalten sein, die nach dem jeweiligen Formstatut (Art. 27 EuErbVO; s. unten Ziff. VI.1.2) errichtet wurde.⁸⁴ Sie kann aus dieser Verfügung ausdrücklich oder konkludent hervorgehen (Art. 22 Abs. 2 EuErbVO). Während eine ausdrückliche Rechtswahl nur selten zu Auslegungsproblemen führen dürfte, ist weiterhin unklar, wann eine konkludente Rechtswahl angenommen werden muss. Ob eine konkludente

⁷⁷ Vgl. www.succession-europe.eu; Lehmann, DStR 2012, S. 2087; Hösly/Debrunner, Rechtswahl schweizerisch- deutscher Doppelbürger bei der Nachlassplanung unter Berücksichtigung der EU-Erbrechtsverordnung, in: Anwaltsrevue 2013, S. 272 ff.

⁷⁸ Müller-Lukoschek, Fn. 9, § 2 N 137.

⁷⁹ Leitzen, Die Rechtswahl nach der EuErbVO, in: ZEV 2013, S. 128 ff., S. 131; Odersky, notar 2013, S. 7.

⁸⁰ Ausführlich Leitzen, Die Rechtswahl nach der EuErbVO, in: ZEV 2013, S. 128 ff.; Nordmeier, GPR 2013, S. 148 ff.; Müller-Lukoschek, Fn. 9, § 2 N 145; Schauer, JEV 2012, S. 86; Wilke, RIW 2012, S. 605 f.

⁸¹ Vorbehalten bleibt eine gültige Rechtswahl, die aufgrund der Übergangsbestimmung gemäss Art. 83 Abs. 2 EuErbVO auch nach dem Stichtag fortgilt, vgl. Ziff. IV.3.3.

⁸² Keim, Fn. 16, S. 71; Lagarde, Rev. Crit. DIP 2013, S. 719; Leitzen, ZEV 2013, S. 128; Vollmer, ZErB 2013, S. 231.

⁸³ Art. 36 f. EuErbVO. Vgl. Keim, Fn. 16, S. 71; Leitzen, ZEV 2013, S. 128.

⁸⁴ Diese Verfügung kann sich auch auf die blossе Rechtswahl beschränken: Dutta, FamRZ 2013, S. 8; Keim, Fn. 16, S. 71; Leitzen, ZEV 2013, S. 129; Nordmeier, GPR 2013, S. 152 f.; a.M. Kunz, GPR 2012, S. 208, wonach die Rechtswahl «zwingend mit der letztwilligen Verfügung zu verbinden» und eine «isolierte Rechtswahl unwirksam» sei.

Rechtswahl vorliegt, ist europäisch-autonom zu bestimmen.⁸⁵ Grundsätzlich genügen die verwendete Sprache oder rechtliche Begriffe einer Rechtsordnung, die so auch in verschiedenen anderen Rechtsordnungen verwendet werden (z.B. Vermächtnis), nicht zur Annahme einer konkludenten Rechtswahl. Anders verhält es sich jedoch, wenn spezielle Rechtsinstitute bezeichnet werden oder der Erblasser sonstwie eindeutig vor dem Hintergrund seines Heimatrechts testiert.⁸⁶ Jedenfalls sind für die Rechtswahlabsicht konkrete Anhaltspunkte erforderlich.⁸⁷

successio 2014 S. 163, 176

Die Zulässigkeit der Rechtswahl ergibt sich direkt aus der Verordnung.⁸⁸ Das gewählte Recht entscheidet über die materielle Wirksamkeit der Rechtswahl (Art. 22 Abs. 3 EuErbVO), d.h., ob davon auszugehen ist, dass die Person, welche die Rechtswahl getroffen hat, verstanden hat, was dies bedeutet, und dem zugestimmt hat.⁸⁹ Vom gewählten Recht sind auch die Regeln der allgemeinen Rechts geschäftslehre, etwa Willensmängel aufgrund von Täuschung, Nötigung, Irrtum, Höchstpersönlichkeit sowie Fragen der Auslegung, erfasst.⁹⁰ Rechts-, Geschäfts- und Handlungsfähigkeit sind jedoch vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgenommen (Art. 1 Abs. 2 lit. b EuErbVO) und demnach separat anzuknüpfen (Ziff. II.1.3).

3.2 Änderung und Widerruf der Rechtswahl

Die Modifikation der Rechtswahl wird in der Verordnung nur am Rande geregelt. So müssen nach Art. 22 Abs. 4 EuErbVO Änderung (Wahl eines anderen bzw. eines neu erworbenen Heimatrechts) und Widerruf (Rückkehr zum gemäss Art. 21 Abs. 1 EuErbVO anwendbaren Recht) den Formvorschriften für die Änderung oder den Widerruf einer Verfügung von Todes wegen entsprechen (Art. 27 Abs. 2 EuErbVO).⁹¹ Diese Bestimmung setzt die grundsätzliche Zulässigkeit einer Änderung oder eines Widerrufs voraus.⁹² Nicht geregelt ist hingegen, nach welchem Recht die materielle Wirksamkeit der Änderung bzw. des Widerrufs zu beurteilen ist. Aufgrund der Erwägungsgründe ist jedoch davon auszugehen, dass sich die materielle Wirksamkeit der Änderung bzw. des Widerrufs nach dem zuvor gewählten Recht beurteilt.⁹³

3.3 Übergangsrecht

Art. 83 Abs. 2 Alt. 1 EuErbVO bestimmt, dass eine Rechtswahl zugunsten des Heimatrechts auch schon gültig in einem vor dem 17. August 2015 errichteten Testament enthalten sein kann und fortgilt, sofern sie (a) den materiellen und formellen

⁸⁵ Nordmeier; GPR 2013, S. 151 u. 153; a.M. Leitzen, ZEV 2013, S. 129, wonach die Prüfung, ob eine konkludente Rechtswahl vorliegt, aufgrund des unter Umständen gewählten Rechts erfolgen soll, was allerdings zur Folge hätte, dass aufgrund unterschiedlicher Voraussetzungen mehrere Rechte konkludent gewählt sein könnten.

⁸⁶ ErWG 39; Keim, Fn. 16, S. 72; Müller-Lukoschek, Fn. 9, § 2 N 150; Nordmeier, GPR 2013, S. 152; Odersky, notar 2013, S. 5; Dutta, FamRZ 2013, S. 8; Volmer, Rpfleger 2013, S. 425.

⁸⁷ Fischer-Czermak, Anwendbares Recht (Fn. 70), S. 48.

⁸⁸ Dutta, FamRZ 2013, S. 8; Lagarde, Rev. Crit. DIP 2013, S. 721; Nordmeier, GPR 2013, S. 151 u. 153. Es ist demnach nicht erforderlich, dass das gewählte Recht seinerseits die Möglichkeit einer Rechtswahl vorsieht, vgl. Müller-Lukoschek, Fn. 9, § 2 N 152.

⁸⁹ ErWG 40.

⁹⁰ Dörner, ZEV 2012, S. 511; Müller-Lukoschek, Fn. 9, § 2 N 152; Nordmeier, GPR 2013, S. 153. Vgl. auch Art. 26 EuErbVO.

⁹¹ Dazu zählen auch Fragen der Formwirksamkeit konkludenter Rechtswahlwiderrufe oder -änderungen, beispielsweise durch Zerreißen der Urkunde.

⁹² Offen ist, inwiefern eine in einer bindenden Verfügung von Todes wegen getroffene isolierte Rechtswahl von den Bindungswirkung betroffen ist, vgl. Geimer, Fn. 6, S. 37; Leitzen, ZEV 2013, S. 130; Müller-Lukoschek, Fn. 9, § 2 N 176 ff.; Volmer, Rpfleger 2013, S. 423 u. 425.

⁹³ ErWG 40; Nordmeier, GPR 2013, S. 154; weitergehend Müller-Lukoschek, Fn. 9, § 2 N 153; Döbereiner, MittBayNot 2013, S. 363, wonach beim Widerruf das zuvor gewählte Recht massgebend sein soll, während sich die materielle Wirksamkeit der Änderung der Rechtswahl nach dem neuen gewählten Recht richte.

Anforderungen der Verordnung genügt oder (b) nach den zum Zeitpunkt der Rechtswahl geltenden Vorschriften des IPR des Staates, in dem der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, oder in einem Staat, dessen Staatsangehörigkeit er besass, wirksam ist.⁹⁴ Eine solche Rechtswahl wird jedoch ihre Gültigkeit verlieren, wenn der Erblasser später neu testiert, denn dann stehen ihm (ausdrücklich oder konkludent) nur noch die Rechtswahlmöglichkeiten gemäss EuErbVO zur Verfügung.⁹⁵

Art. 83 Abs. 4 EuErbVO beinhaltet eine Rechtswahlfiktion: Wurde eine Verfügung von Todes wegen vor dem 17. August 2015 nach dem Recht errichtet, welches der Erblasser gemäss der EuErbVO hätte wählen können, so gilt dieses Recht als anwendbares gewähltes Recht. Das Tatbestandsmerkmal des «Errichtens nach einem Recht» ist unklar. Da es Sinn und Zweck der Bestimmung ist, Rechtsunsicherheiten durch einen nachträglichen Statutenwechsel zu vermeiden und alten Testamenten nachträglich die Grundlage zu entziehen, ist davon auszugehen, dass hierfür die bisherige Anwendbarkeit einer künftig wählbaren Rechtsordnung genügt, sofern die Verfügung «in Übereinstimmung mit»⁹⁶ einem wählbaren Recht errichtet wurde, d.h. nach dem Staatsangehörigkeitsrecht wirksam ist. Ein bestimmtes Rechtsanwendungsbewusstsein seitens des Testierenden ist nicht vorausgesetzt, kann aber allenfalls zu einer konkludenten Rechtswahl gemäss Art. 83 Abs. 2 EuErbVO führen.⁹⁷ Zu prüfen ist demnach, ob auf den Nachlass des Erblassers sein Staatsangehörigkeitsrecht anwendbar ist und ob der Erblasser eine zulässige Verfügung nach diesem Heimatrecht getroffen hat. Wird dies bejaht, so greift automatisch eine Rechtswahlfik-

successio 2014 S. 163, 177

tion – nicht etwa eine widerlegbare Vermutung – zugunsten ebendieses Heimatrechts, und zwar nicht nur hinsichtlich der betreffenden Verfügung, sondern für den gesamten Nachlass.⁹⁸ Keinen analogen Schutz gibt es für Erblasser, die auf die Errichtung einer letztwilligen Verfügung verzichtet haben, etwa weil sie mit den Bestimmungen des bisher anwendbaren Erbstatuts zufrieden waren.⁹⁹ In der Nachlassplanung ist deshalb bei Angehörigen von Staaten, auf deren Nachlass derzeit ihr Heimatrecht Anwendung findet und die eine letztwillige Verfügung (aber ohne Rechtswahl) getroffen haben, zu prüfen, ob das zukünftig (potenziell) anwendbare Aufenthaltsrecht nicht günstiger wäre. Mitzuberücksichtigen ist auch, dass durch die Rechtswahlfiktion eine Zuständigkeitsverlagerung nach Art. 5 ff. EuErbVO erfolgen kann.¹⁰⁰

3.4 Praxishinweise, namentlich die Möglichkeit einer *confessio iuris*

Von einer «Rechtswahl durch Verschiebung des gewöhnlichen Aufenthalts» ist aufgrund der damit verbundenen Rechtsunsicherheit in den meisten Fällen abzuraten. Einerseits ist eine tatsächliche Verlegung des Lebensmittelpunktes erforderlich, und Auseinandersetzungen unter den Erben und Begünstigten zur Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts sind geradezu vorprogrammiert. Andererseits müsste der Erblasser bei Verlegung des Aufenthalts in einen Drittstaat auch bereit sein, sein gesamtes Vermögen von seinem derzeitigen Aufenthaltsort in einem Mitgliedstaat abzuziehen, um einer konkurrierenden Zuständigkeit in diesem Mitgliedstaat (Art. 10

⁹⁴ Ob dies auch für Testamente aus der Zeit vor dem Inkrafttreten der EuErbVO, d.h. vor dem 16.8.2012, gilt, ist unklar, vgl. Leitzen, ZEV 2013, S. 130 f. Befürwortend Keim, Fn. 16, S. 82; Nordmeier, GPR 2013, S. 154; Odersky, notar 2013, S. 5. In Anbetracht der Rechtsunsicherheit ist jedoch zu empfehlen, eine entsprechende Rechtswahl zu wiederholen.

⁹⁵ Odersky, notar 2013, S. 6.

⁹⁶ Vgl. die anderen Sprachfassungen «in accordance with», «conformément à» oder «in conformità alla».

⁹⁷ Lehmann, DSr 2012, S. 2088; Nordmeier, GPR 2013, S. 155; Dutta, FamRZ 2013, S. 15.

⁹⁸ Bonomi/Wautelet-Wautelet, Fn. 47, Art. 83 N 31 f.

⁹⁹ Lehmann, DSr 2012, S. 2088.

¹⁰⁰ Schoppe, Die Übergangsbestimmungen zur Rechtswahl im internationalen Erbrecht, in: IPRAx 2014, S. 27 ff., S. 32.

EuErbVO) zu entgehen. Handelt es sich beim Staat, dessen Recht durch die Aufenthaltsverschiebung «gewählt» werden soll, hingegen um einen Mitgliedstaat, so greift Art. 10 EuErbVO nicht.

Da der Erblasser nach der EuErbVO nur sein Heimatrecht wählen kann, bleibt ihm namentlich die Wahl des Rechts des gewöhnlichen Aufenthaltsortes versagt. Insbesondere wenn in den erwähnten Grenzfällen (s. Ziff. II.2.3.2) das für eine Rechtswahl zur Verfügung stehende Heimatrecht nicht infrage kommt oder der letzte gewöhnliche Aufenthalt umstritten sein könnte, wird in der Praxis von einer *confessio iuris* Gebrauch zu machen sein. Darunter ist eine Sachverhaltsdarstellung des Erblassers durch nachhaltige und verständliche Dokumentation von Fakten in einer Verfügung von Todes wegen zu verstehen.¹⁰¹ Damit kann der Erblasser zu Lebzeiten dem dereinstigen Rechtsanwender (objektive und subjektive) Anhaltspunkte mitliefern, welche diesem die Entscheidungsfindung bei der Anwendung des massgebenden Anknüpfungskriteriums, vorliegendfalls des gewöhnlichen Aufenthalts des Erblassers, erleichtern können. Selbstredend ist die Sachverhaltsdarlegung des Erblassers für den Rechtsanwender nicht bindend, aber sie kann unter Umständen bei Beweisschwierigkeiten nützlich sein. Diesbezüglich ist es empfehlenswert, bei den darin wiedergegebenen Sachverhaltsinformationen die früheren, derzeitigen und (geplanten) zukünftigen Lebensumstände zu erläutern, da diese im Nachhinein oft nur schwer festzustellen sind. Allerdings muss beachtet werden, dass durch die *confessio iuris* nur die Lebensumstände im Verfügungszeitpunkt wiedergegeben werden, sodass zwischen dieser Verfügung und dem Todesfall einige Zeit vergehen kann und sich die Umstände ändern können. Für die Bestimmung des Erbstatuts ist der letzte gewöhnliche Aufenthalt im Todeszeitpunkt und nicht im Verfügungszeitpunkt massgebend (anders aber beim Errichtungsstatut, welches im Zeitpunkt der Verfügung fixiert wird, vgl. Ziff. VI.1.1).

Formulierungsvorschlag *confessio iuris*:

«Ich, Max Muster, geb. [...], bin deutscher Staatsbürger. Seit 2008 verbringe ich die meiste Zeit in Zürich, wo ich regelmässig Freunde treffe und Besuch empfangen. Meinen Wohnsitz in Hamburg habe ich im August 2011 vollständig aufgegeben. Heute befindet sich mein Lebensmittelpunkt und mein gewöhnlicher Aufenthalt ausschliesslich in Zürich. Diesen will ich auch dauerhaft beibehalten. Auf meinen Nachlass und die Rechtswirksamkeit des vorliegenden Testaments ist somit schweizerisches materielles Recht anwendbar.»

Auch birgt die Zulässigkeit der konkludenten Rechtswahl Gefahren: So könnte eine konkludente Rechtswahl angenommen werden, obwohl der Erblasser eigentlich von der Anwendbarkeit des Rechts seines gewöhnlichen Aufenthaltsortes ausging. In

successio 2014 S. 163, 178

einer Verfügung von Todes wegen sollte deshalb stets klargestellt werden, ob eine Rechtswahl gewünscht ist oder nicht.¹⁰²

Formulierungsvorschlag Verzicht auf Rechtswahl:

«Ich, Max Muster, geb. [...], bin ausschliesslich Schweizer Staatsbürger, habe meinen gewöhnlichen Aufenthalt in Frankreich und möchte diesen auch bis zu meinem Tod beibehalten. Eine Wahl meines derzeitigen Staatsangehörigkeitsrechts wünsche ich ausdrücklich nicht, weder für die Rechtsnachfolge von Todes wegen noch für Fragen der Rechtswirksamkeit des vorliegenden Testaments. Auf meinen Nachlass und auf die

¹⁰¹ Süß, La planification successorale dans les relations entre la Suisse et l'Allemagne, in: Unterlagen zur Tagung «Le Règlement européen sur les successions et la planification patrimoniale en Suisse» vom 25. Januar 2013, in Lausanne; Weiss/Bigler, Deutscher AnwaltSpiegel, Spezial März 2013, S. 28. Anders Kalt/Uhl, Fn. 6, S. 121, welche die *confessio iuris* als Wahl des anwendbaren Erbstatuts auffassen und sie somit einer vorsorglichen Rechtswahl gleichzustellen scheinen.

¹⁰² Müller-Lukoschek, Fn. 9, § 2 N 151 u. § 4 N 26; Leitzen, ZEV 2013, S. 132; Odersky, notar 2013, S. 5 u. 8; von Hinden/Müller, Die Europäische Erbrechtsverordnung, Aktuelle Auswirkungen auf die Nachlassplanung, in: ErbStB 2013, S. 97 ff., S. 100, je mit Formulierungsvorschlägen.

Rechtswirksamkeit meines heutigen Testaments ist somit französisches materielles Recht anwendbar.»

Bei der Wahl des schweizerischen Staatsangehörigkeitsrechts gilt es weiter zu beachten, dass gemäss dem Wortlaut der eidgenössischen Volksinitiative «Millionen-Erbchaften besteuern für unsere AHV (Erbchaftssteuerreform)» die Erbschaftssteuer nicht nur auf dem Nachlass von Erblassern mit letztem Wohnsitz in der Schweiz erhoben wird, sondern auch dann, wenn der Erbgang in der Schweiz eröffnet wird.¹⁰³ Da die Rechtswahl zugunsten des Schweizer Heimatrechts zuständigkeitsbegründend wirkt (Art. 87 Abs. 2 IPRG) und bei schweizerischer Zuständigkeit das Nachlassverfahren im Zeitpunkt des Todes als eröffnet gilt (s. Ziff. VIII.6.1), zieht eine solche Rechtswahl eines Auslandschweizers die Erbschaftssteuerpflicht in der Schweiz nach sich, sofern die Initiative vom Schweizer Stimmvolk angenommen wird.

4. Recht eines Drittstaates

4.1 Universelle Anwendung

Das gemäss EuErbVO bezeichnete Recht ist auch dann anzuwenden, wenn es nicht das Recht eines Mitgliedstaates ist, d.h., wenn es sich um Drittstaatenrecht handelt (Art. 20 EuErbVO). Drittstaatenrecht wird regelmässig bei einer subsidiären Zuständigkeit gemäss Art. 10 EuErbVO Anwendung finden, da sich der gewöhnliche Aufenthalt diesfalls ja gerade ausserhalb der Mitgliedstaaten befand. Dasselbe gilt, wenn der Erblasser Drittstaatenangehöriger war und seinen Nachlass dem Heimatrecht unterstellt hat.

Nicht geregelt ist in der EuErbVO, wie das Drittstaatenrecht zu ermitteln ist, ob die Parteien am Nachweis des fremden Rechts mitwirken dürfen bzw. müssen oder wie der internationale Entscheidungseinklang gewährleistet wird. Ebenso wenig ist festgelegt, welches Recht subsidiär zur Anwendung kommt, wenn das fremde Erbrecht nicht feststellbar ist, was insgesamt zu einiger Rechtsunsicherheit mit Bezug auf die Anwendung des Drittstaatenrechts führt.¹⁰⁴ Allein die potentielle Anwendung von Drittstaatenrecht durch Mitgliedstaatsgerichte vermag somit bereits Anlass dafür zu sein, zufällige und unnötige zuständigkeitsbegründende Berührungspunkte zu einem Mitgliedsstaat zu Lebzeiten zu beseitigen, etwa indem Vermögenswerte aus der EU abgezogen werden.¹⁰⁵

4.2 Renvoi

Bei den Verweisungen in der Verordnung handelt es sich grundsätzlich um Sachnormverweisungen, sodass Rück- und Weiterverweisungen (sog. Renvoi) in der Regel ausgeschlossen sind. Ist somit gemäss Verordnung das Recht eines Mitgliedstaates anwendbar, so ist dies ausschliesslich als Sachnormverweisung zu verstehen.¹⁰⁶ Anders verhält es sich, wenn das Recht eines Drittstaates berufen ist: Die im dortigen Kollisionsrecht enthaltenen Rück- und Weiterverweisungen sind zu berücksichtigen (Art. 34 Abs. 1 EuErbVO), falls sie auf das Recht eines Mitgliedstaates zurück- (lit. a) oder auf Drittstaatenrecht weiterverweisen, das seinerseits diese Verweisung annimmt (lit. b).¹⁰⁷ Der Renvoi ist indessen gemäss Art. 34 Abs. 2 EuErbVO in den Fällen des Art. 22 (Rechtswahl), Art. 21 Abs. 2 (Ausweichklausel), Art. 27 (Form), Art. 28 (Annahme- und Ausschlagungserklärung) sowie Art. 30 EuErbVO (Sondererbfolge) ausgeschlossen. Im Ergebnis wird die Renvoi-Regelung somit insbesondere dann zu beachten sein, wenn ein Gericht aufgrund subsidiärer

¹⁰³ BBl 2011, S. 6459 ff.

¹⁰⁴ Weiss/Bigler, Deutscher AnwaltSpiegel, Spezial März 2013, S. 28. Unter den Mitgliedstaaten gewährt Art. 77 EuErbVO eine minimale Information.

¹⁰⁵ Weiss/Bigler, Deutscher AnwaltSpiegel, Spezial März 2013, S. 28.

¹⁰⁶ Schauer, JEV 2012, S. 87.

¹⁰⁷ Ausführlich Bajons, Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht in Erbsachen (Fn. 52), S. 36 ff.

Zuständigkeit (Art. 10 EuErbVO) mit der Erbsache befasst ist und keine Rechtswahl getroffen wurde.¹⁰⁸ Zu beachten gilt es hierbei, dass als Folge eines Renvoi der Grundsatz der Nachlassseinheit

successio 2014 S. 163, 179

durchbrochen werden kann, wenn das Kollisionsrecht des Verweisungsstaates beispielsweise unterschiedliche Anknüpfungsmerkmale für Immobilien und sonstiges Nachlassvermögen kennt.¹⁰⁹

5. Ausnahmen vom anwendbaren Recht

Die EuErbVO enthält einen Ordre-public-Vorbehalt (Art. 35 EuErbVO), sodass die Gerichte und andere mit Erbsachen befasste Behörden in Ausnahmefällen Bestimmungen eines ausländischen Rechts ausser Acht lassen können, wenn deren Anwendung im konkreten Fall mit der öffentlichen Ordnung des betreffenden Mitgliedstaates offensichtlich unvereinbar wäre.¹¹⁰ Demnach ist der Ordre-public-Vorbehalt in der Regel dann beachtlich, wenn aufgrund einer Rechtswahl, die keine Zuständigkeitsverlagerung nach Art. 5 ff. EuErbVO zur Folge hatte, der Ausweichklausel oder der subsidiären Zuständigkeit *ius* und *forum* auseinanderfallen und es somit zur Anwendung fremden Sachrechts kommt.¹¹¹

Interessanterweise sah der erste Verordnungsentwurf noch einen weiteren Absatz vor, wonach die unterschiedlichen nationalen Pflichtteilsrechte nie am Ordre-public-Vorbehalt scheitern sollten (Art. 27 Abs. 2 des Vorschlags). Der Verordnungstext hat diesen Passus jedoch nicht übernommen. Umstritten ist, was aus diesem Umstand zu schliessen ist. Gemäss herrschender Lehrmeinung ist kein Umkehrschluss zu ziehen, wonach in jedem Fall die nationalen Pflichtteilsrechte zum Durchbruch kommen sollten.¹¹² Die Pflichtteilsproblematik könnte aber allenfalls bei der Wahl von Rechtsordnungen, die keine Pflichtteilsrechte kennen, oder bei bewusster Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts zur Begründung einer für die Berechtigten nachteiligen Rechtsordnung aktuell werden.¹¹³

Gemäss Art. 30 EuErbVO bleiben für die Rechtsnachfolge von Todes wegen besondere Regelungen des Staates, in dem sich Immobilien, Unternehmen oder andere besondere Arten von Vermögenswerten befinden, vorbehalten, welche die Rechtsnachfolge von Todes wegen in Bezug auf diese Vermögenswerte aus wirtschaftlichen, familiären oder

¹⁰⁸ Dörner, ZEV 2012, S. 511 f.

¹⁰⁹ Bonomi, Le nouveau droit européen des successions internationales, in: Observateur de Bruxelles, Januar 2013, S. 8 ff., S. 11; Döbereiner, ZEV 2012, S. 364; Geimer, Fn. 6, S. 14; Janzen, Die EU-Erbrechtsverordnung, in: DNotZ 2012, S. 484 ff., S. 487; Lagarde, Rev. Crit. DIP 2012, S. 706; Odersky, notar 2013, S. 4. Beispielsweise vererbt ein in England wohnhafter Engländer gemäss EuErbVO seine Immobilie in Deutschland nach deutschem Recht, denn das englische Recht verweist für Immobilien auf die *lex rei sitae*. Diesfalls könnte die Anwendbarkeit des deutschen Pflichtteilsrechts durch eine Rechtswahl zugunsten des englischen Heimatrechts – unter Vorbehalt des Ordre public i.S.v. Art. 35 EuErbVO – vermieden werden, vgl. Lehmann, ZErB 2013, S. 30; Keim, Fn. 16, S. 87 f. Nach Ansicht der Autoren sollte der Ordre-public-Einwand in solchen Konstellationen nicht zugelassen werden, da das gewählte Recht zugleich das Aufenthaltsrecht ist.

¹¹⁰ ErwG 58. Gemäss Herzog, ErbR 2013, S. 5 m.V.a. den Bericht vom 6.3.2012, Az.0045/2012 sollte dem Vorbehalt zwischen den Mitgliedstaaten aufgrund der gemeinsamen Rechtsüberzeugung keine Bedeutung mehr zukommen; ähnlich Volmer, Rpfleger 2013, S. 426. Vgl. auch Odersky, notar 2013, S. 6, der ein Ordre-public-Verstoss nur bei einem Verstoss gegen Grundprinzipien oder den übereinstimmenden europäischen Wertekodex zulässt.

¹¹¹ Müller-Lukoschek, Fn. 9, § 2 N 197.

¹¹² Fischer-Czermak, Anwendbares Recht (Fn. 70), S. 54 f.; Odersky, notar 2013, S. 6.

¹¹³ Döbereiner, MittBayNot 2013, S. 364; Dörner, ZEV 2012, S. 511; Everts, ZEV 2013, S. 126; Herzog, ErbR 2013, S. 2 ff., S. 4; Keim, Fn. 16, S. 89 f.; Lagarde, Rev. Crit. DIP 2013, S. 710; Odersky, notar 2013, S. 6; Vollmer, ZErB 2012, S. 233; a.M. Revillard, Defrénois 2012, S. 743 ff. Abzulehnen ist die Position von Grimaldi, Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire, in: Defrénois 2012, S. 755 ff., *passim*, wonach mittels Ordre public auch das französische Verbot von Erbverträgen durchgesetzt werden könne, denn die EuErbVO enthält Spezialanknüpfungen für die Zulässigkeit von Erbverträgen, die allein massgebend sind.

sozialen Erwägungen beschränken oder berühren (Sondererbfolge bzw. sog. *loi d'application immédiate*). Vorausgesetzt ist zudem, dass diese Regelungen nach Massgabe des Rechts des Belegenheitsstaates unabhängig von dem Erbstatut anzuwenden sind. Erfasst von dieser Ausnahme ist beispielsweise die in vielen Rechtsordnungen vorgesehene Spezialerbfolge im Landwirtschaftsbereich. Hingegen ist die in einem Staat geltende kollisionsrechtlich gesonderte Anknüpfung von beweglichen und unbeweglichen Gegenständen (als Ursache für eine Nachlassspaltung) nicht ausreichend.¹¹⁴ Noch nicht

successio 2014 S. 163, 180

geklärt ist die Frage, ob Art. 30 EuErbVO auch im Verhältnis zu Drittstaaten zur Geltung kommt, sodass beispielsweise das Schweizer Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland zu berücksichtigen sein könnte.¹¹⁵

6. Weitere Bestimmungen zum anwendbaren Recht

Im Kapitel III der EuErbVO zum anwendbaren Recht sind ferner Bestimmungen zur Anpassung dinglicher Rechte (Art. 31 EuErbVO),¹¹⁶ zur Komorientenvermutung (Art. 32 EuErbVO)¹¹⁷ und zu erbenlosen Nachlässen (Art. 33 EuErbVO)¹¹⁸ enthalten, worauf an dieser Stelle jedoch nicht weiter eingegangen werden kann.

V. Ausgewählte Auswirkungen der EuErbVO auf den Rechtsverkehr zwischen Mitgliedstaaten und der Schweiz

1. Zusammenfallen von letztem Wohnsitz und letztem gewöhnlichen Aufenthalt

Im schweizerischen internationalen Erbrecht ist der letzte Wohnsitz des Erblassers das zentrale Anknüpfungskriterium und ist als der Ort zu verstehen, an welchem sich der Erblasser zuletzt mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhielt (Art. 20 Abs. 1 lit. a IPRG). So dürfte in den meisten Fällen der letzte gewöhnliche Aufenthaltsort im Sinne der EuErbVO (vgl. oben Ziff. II.2.3) mit dem letzten Wohnsitz im Sinne des IPRG übereinstimmen.¹¹⁹

Ausgehend von dieser Prämisse sollen nachstehende Tabellen eine Übersicht über die Zuständigkeit und das auf internationale Erbfälle anwendbare Recht ab dem 17. August 2015 im Rechtsverkehr zwischen der Schweiz und einem Mitgliedstaat am Beispiel von Deutschland geben und allfällige Gestaltungsmöglichkeiten bzw. -beschränkungen aufzeigen.¹²⁰ Der Einfachheit halber werden in den Übersichtstabellen die

¹¹⁴ ErwG 54; Döbereiner, MittBayNot 2013, S. 364; Dutta, FamRZ 2013, S. 11; Fischer-Czermak, Anwendbares Recht (Fn. 70), S. 48 f.; Simon/Buschbaum, NJW 2012, S. 2396; von Hinden/Müller, ErbStB 2013, S. 101; Wilke, RIW 2012, S. 607 f. Diese Änderung ist etwa für den deutschen Erblasser mit letztem gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland von Interesse, denn bisher konnte der Pflichtteil der Erben durch den Erwerb einer Immobilie in England, den USA oder Australien verringert werden, da diese gemäss der *lex rei sitae* vererbt wurden. Zu einer solchen Pflichtteilsreduzierung wird es im Rahmen der EuErbVO nicht mehr kommen, da die dafür nötige Nachlassspaltung ausgeschlossen ist, vgl. Lehmann, ZErB 2013, S. 29; Everts, ZEV 2013, S. 124 ff.; Keim, Fn. 16, S. 88 f. Zur Frage, ob eine solche Pflichtteilsreduzierung gegebenenfalls durch Art. 12 EuErbVO erreicht werden kann, wenn der Belegenheitsstaat die Entscheidung voraussichtlich nicht anerkennen wird, vgl. Fn. 63.

¹¹⁵ Hierzu Kalt/Uhl, Fn. 6, S. 128.

¹¹⁶ Dutta, FamRZ 2013, S. 12.

¹¹⁷ Dutta, FamRZ 2013, S. 11; Wilke, RIW 2012, S. 607.

¹¹⁸ Ausführlich Nordmeier, Erbenlose Nachlässe im Internationalen Privatrecht – versteckte Rückverweisung, § 29 öst. IPRG und Art. 33 EuErbVO, in: IPRax 2013, S. 418 ff.

¹¹⁹ Weiss/Bigler, Deutscher AnwaltSpiegel, Spezial März 2013, S. 28; Kalt/Uhl, Fn. 6, S. 121.

¹²⁰ Vgl. zum Verordnungsentwurf Pfeiffer, successio 2010, S. 321 ff

Bestimmungen zur Notzuständigkeit (Art. 11 EuErbVO) zur Ausweichklausel (Art. 21 Abs. 2 EuErbVO), zum Ordre public (Art. 35 EuErbVO) und zur Sondererbfolge (Art. 30 EuErbVO) ausgeklammert, wobei diese selbstverständlich in der Praxis ebenfalls zu berücksichtigen sind.

Im Vergleich zur derzeitigen Rechtslage wird es inskünftig aus Schweizer Sicht bei Nachlässen mit EU-Bezug zu weniger Nachlasskonflikten kommen, die bisher aufgrund der unterschiedlichen Anknüpfungskriterien (Wohnsitz vs. Staatsangehörigkeit bzw. Belegenheitsort) häufig waren. In der Praxis werden jedoch beim letzten Wohnsitz des Erblassers in der Schweiz regelmässig positive Kompetenzkonflikte auftreten, insbesondere aufgrund der Belegenheit entsprechender Nachlasswerte in einem Mitgliedstaat und der weiten Zuständigkeitsregelung in Art. 10 EuErbVO. Das durch allfällige Kompetenzkonflikte möglicherweise provozierte *Forum Running* wird aber gedämpft, indem die Gerichte der verschiedenen Staaten regelmässig dasselbe Erbstatut anwenden – vorausgesetzt natürlich, dass dieses Recht auch gleich festgestellt und angewandt wird. Diesbezüglich ist daran zu erinnern, dass die EuErbVO die Feststellung des ausländischen Rechts (vgl. Art. 16 IPRG) nicht regelt (s. oben Ziff. IV.4.1). Aus Schweizer Sicht kann ein Kompetenzkonflikt bei einem Ausländer mit Wohnsitz in der Schweiz allenfalls durch die Rechtswahl zugunsten seines Heimatrechts verbunden mit einer einseitigen Zuständigkeitsanordnung zugunsten der Heimatbehörden verhindert werden (vgl. Fn. 124).

Diesen Umständen ist in der Beratungspraxis Rechnung zu tragen, und eine Anwendung unterschiedlichen Rechts ist soweit möglich (meistens) rechtsgestalterisch zu verhindern. Um eine sorgfältige Nachlassplanung und eine sachgerechte Rechtswahlberatung sicherzustellen, wird insbesondere nach folgenden Informationen zu fragen sein: Staatsangehörigkeit, gewöhnlicher Aufenthalt, allfällig geplante Aufenthaltsverlegung, insbesondere auch unter Berücksichtigung einer möglichen Aufenthaltsverschiebung durch Angehörige (Alters- und Pflegeheime etc.), gewöhnlicher Aufenthalt in den letzten fünf Jahren sowie Vermögenswerte in der EU und diesbezügliche Absichten.

successio 2014 S. 163, 181

a) Schweizer mit letztem Wohnsitz und letztem gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland

	Deutsche Gerichte		Schweizer Gerichte	
Rechtswahl	Zuständigkeit	Anwendbares Recht	Zuständigkeit/Anerkennung	Anwendbares Recht
Keine	Für den gesamten Nachlass ¹²¹ (Art. 4 EuErbVO) Verfahrensbeschränkung möglich (Art. 12 EuErbVO), soweit keine Anerkennung in der Schweiz Evtl. Sistierung gemäss deutschem IPR ¹²²	Deutsches Recht (Art. 21 Abs. 1 EuErbVO)	Bei Zuständigkeitswahl durch Erblasser entweder für den in der Schweiz belegenen Nachlass oder für den gesamten Nachlass (Art. 87 Abs. 2 i.V.m. Art. 86 Abs. 2 IPRG) Ausnahme: Grundstücke, für welche der Belegenheitsstaat die ausschliessliche Zuständigkeit beansprucht (Art. 87 Abs. 2 i.V.m. Art. 86 Abs. 2 IPRG) ¹²³	Schweizer Recht, es sei denn, das deutsche Wohnsitzrecht sei ausdrücklich vorbehalten worden (Art. 91 Abs. 2 IPRG)

¹²¹ Ungeachtet einer Zuständigkeitswahl durch den Erblasser.

Ungeachtet einer Zuständigkeitswahl durch den Erblasser.

¹²² Die Bestimmungen der EuErbVO zur Rechtshängigkeit (Art. 17 EuErbVO) betreffen nur in anderen Mitgliedstaaten hängige Verfahren. Inwieweit in Drittstaaten eröffnete Verfahren Einfluss auf die Zuständigkeit und den Verfahrensablauf gemäss EuErbVO nehmen können, ist ungeklärt, vgl. Magnus, IPRax 2013, S. 395. Es ist jedoch davon auszugehen, dass Art. 17 EuErbVO nicht analog angewandt wird und diesbezüglich weiterhin das nationale IPR der betreffenden Mitgliedstaaten zu konsultieren ist, vgl. Bonomi/Wautelet-Bonomi, Fn. 47, Art. 17 N 7 ff.; Bonomi, Observateur de Bruxelles, Januar 2013, S. 11.

Die Bestimmungen der EuErbVO zur Rechtshängigkeit (Art. 17 EuErbVO) betreffen nur in anderen Mitgliedstaaten hängige Verfahren. Inwieweit in Drittstaaten eröffnete Verfahren Einfluss auf die Zuständigkeit und den Verfahrensablauf gemäss EuErbVO nehmen können, ist ungeklärt, vgl. Magnus, IPRax 2013, S. 395. Es ist jedoch davon auszugehen, dass Art. 17 EuErbVO nicht analog angewandt wird und diesbezüglich weiterhin das nationale IPR der betreffenden Mitgliedstaaten zu konsultieren ist, vgl. Bonomi/Wautelet-Bonomi, Fn. 47, Art. 17



			Keine Anerkennung, soweit der Nachlass der schweizerischen Zuständigkeit unterstellt ist (Art. 87 Abs. 2 IPRG) ¹²⁴ Keine Sistierung (Art. 9 IPRG)	
Zu- gunsten Heimat- recht ¹²⁵	Für den gesamten Nachlass (Art. 4 EuErbVO) ¹²¹ Verfahrens- beschrän- kung möglich (Art. 12 EuErbVO), soweit keine Anerkennung in der Schweiz Evtl. Sistierung gemäss Deutschem IPR ¹²²	Schweizer Recht (Art. 22 Abs. 1 EuErbVO)	Für den gesamten Nachlass (Art. 87 Abs. 2 IPRG) Ausnahme: Grundstücke, für welche der Belegenheitsstaat die ausschliessliche Zuständigkeit beansprucht (Art. 87 Abs. 2 i.V.m. Art. 86 Abs. 2 IPRG) Keine Anerkennung deutscher Entscheide ¹²⁴ Keine Sistierung (Art. 9 IPRG)	Schweizer Recht (Art. 91 Abs. 2 IPRG)

N 7 ff.; Bonomi, Observateur de Bruxelles, Januar 2013, S. 11.

Die Bestimmungen der EuErbVO zur Rechtshängigkeit (Art. 17 EuErbVO) betreffen nur in anderen Mitgliedstaaten hängige Verfahren. Inwieweit in Drittstaaten eröffnete Verfahren Einfluss auf die Zuständigkeit und den Verfahrensablauf gemäss EuErbVO nehmen können, ist ungeklärt, vgl. Magnus, IPRax 2013, S. 395. Es ist jedoch davon auszugehen, dass Art. 17 EuErbVO nicht analog angewandt wird und diesbezüglich weiterhin das nationale IPR der betreffenden Mitgliedstaaten zu konsultieren ist, vgl. Bonomi/Wautelet-Bonomi, Fn. 47, Art. 17 N 7 ff.; Bonomi, Observateur de Bruxelles, Januar 2013, S. 11.

123 Ob die Zuständigkeit gemäss Art. 10 EuErbVO für ein Grundstück eine ausschliessliche Zuständigkeit i.S.v. Art. 86 Abs. 2 IPRG ist, hängt davon ab, ob der Belegenheitsstaat eine schweizerische Zuständigkeit anerkennt oder nicht, vgl. BSK IPRG-Schnyder/Liatowitsch, Art. 86 N 15; CHK-G su/Olano, Art. 86 IPRG N 5; Liatowitsch, Fn. 63, S. 39. Ob Deutschland allerdings eine Entscheidung eines schweizerischen Gerichts anerkennen würde, ist in der EuErbVO nicht geregelt. Wie bei der Rechtshängigkeit (vgl. Fn. 119) beschränken sich die Bestimmungen der EuErbVO zur Anerkennung ausländischer Entscheide auf solche, die in anderen Mitgliedstaaten ergangen sind, und es ist davon auszugehen, dass auch hier auf das nationale IPR zurückzugreifen sein wird, vgl. Schwander, Fn. 65, S. 18. Ob Art. 10 EuErbVO eine ausschliessliche Zuständigkeit i.S.v. Art. 86 Abs. 2 IPRG darstellt, bestimmt sich demnach auch unter dem Regime der EuErbVO nach dem nationalen IPR. Gegebenenfalls kann der Kompetenzkonflikt für im Ausland belegene Grundstücke somit durch deren Ausschluss von der Schweizer Zuständigkeit beseitigt werden.

124 An der ausländischen indirekten Wohnsitzzuständigkeit gemäss Art. 96 Abs. 1 lit.a IPRG fehlt es zum Vorherein, soweit ein Auslandschweizer seinen Nachlass gemäss Art. 87 Abs. 2 IPRG der schweizerischen Zuständigkeit unterstellt hat, vgl. BSK IPRG-Schnyder/Liatowitsch, Art. 96 N 8 m.w.H.; ZK-Heini, Art. 96 IPRG N 10; CHK-G su/Olano, Art. 96 IPRG N 8.

An der ausländischen indirekten Wohnsitzzuständigkeit gemäss Art. 96 Abs. 1 lit.a IPRG fehlt es zum Vorherein, soweit ein Auslandschweizer seinen Nachlass gemäss Art. 87 Abs. 2 IPRG der schweizerischen Zuständigkeit unterstellt hat, vgl. BSK IPRG-Schnyder/Liatowitsch, Art. 96 N 8 m.w.H.; ZK-Heini, Art. 96 IPRG N 10; CHK-G su/Olano, Art. 96 IPRG N 8.

125 Es wird jeweils angenommen, dass eine umfassende und nicht lediglich eine Teilrechtswahl getroffen wurde. Zu beachten gilt es, dass unter Art. 22 Abs. 1 EuErbVO eine Teilrechtswahl ausgeschlossen ist. Dasselbe gilt in der Schweiz für Ausländer (Art. 90 Abs. 2 IPRG bzw. Art. 91 Abs. 1 IPRG i.V.m. Art. 22 Abs. 1 EuErbVO), während Auslandschweizern die Unterstellung nur eines Teils des Nachlasses unter das Heimatrecht ermöglicht wird (Art. 87 Abs. 2 i.V.m. Art. 91 Abs. 2 IPRG).

121 Ungeachtet einer Zuständigkeitswahl durch den Erblasser.
Ungeachtet einer Zuständigkeitswahl durch den Erblasser.

122 Die Bestimmungen der EuErbVO zur Rechtshängigkeit (Art. 17 EuErbVO) betreffen nur in anderen Mitgliedstaaten hängige Verfahren. Inwieweit in Drittstaaten eröffnete Verfahren Einfluss auf die Zuständigkeit und den Verfahrensablauf gemäss EuErbVO nehmen können, ist ungeklärt, vgl. Magnus, IPRax 2013, S. 395. Es ist jedoch davon auszugehen, dass Art. 17 EuErbVO nicht analog angewandt wird und diesbezüglich weiterhin das nationale IPR der betreffenden Mitgliedstaaten zu konsultieren ist, vgl. Bonomi/Wautelet-Bonomi, Fn. 47, Art. 17 N 7 ff.; Bonomi, Observateur de Bruxelles, Januar 2013, S. 11.

Die Bestimmungen der EuErbVO zur Rechtshängigkeit (Art. 17 EuErbVO) betreffen nur in anderen Mitgliedstaaten hängige Verfahren. Inwieweit in Drittstaaten eröffnete Verfahren Einfluss auf die Zuständigkeit und den Verfahrensablauf gemäss EuErbVO nehmen können, ist ungeklärt, vgl. Magnus, IPRax 2013, S. 395. Es ist jedoch davon auszugehen, dass Art. 17 EuErbVO nicht analog angewandt wird und diesbezüglich weiterhin das nationale IPR der betreffenden Mitgliedstaaten zu konsultieren ist, vgl. Bonomi/Wautelet-Bonomi, Fn. 47, Art. 17 N 7 ff.; Bonomi, Observateur de Bruxelles, Januar 2013, S. 11.

Die Bestimmungen der EuErbVO zur Rechtshängigkeit (Art. 17 EuErbVO) betreffen nur in anderen Mitgliedstaaten hängige Verfahren. Inwieweit in Drittstaaten eröffnete Verfahren Einfluss auf die Zuständigkeit und den Verfahrensablauf gemäss EuErbVO nehmen können, ist

successio 2014 S. 163, 182

b) Deutscher mit letztem Wohnsitz und letztem gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland

Deutsche Gerichte			Schweizer Gerichte	
Rechtswahl	Zuständigkeit	Anwendbares Recht	Zuständigkeit/Anerkennung	Anwendbares Recht
Keine/Zugunsten Heimatrecht	Für den gesamten Nachlass (Art. 4 EuErbVO) Keine Verfahrensbeschränkung (Art. 12 EuErbVO), da Anerkennung in der Schweiz (Art. 96 Abs. 1 lit.a IPRG)	Deutsches Recht (Art. 21 Abs. 1 EuErbVO)	Keine Zuständigkeit Entscheide, Erbscheine, ENZ etc. aus Deutschland werden anerkannt (Art. 96 Abs. 1 lit.a IPRG)	–

c) Schweizer mit letztem Wohnsitz und letztem gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz

Deutsche Gerichte			Schweizer Gerichte	
Rechtswahl	Zuständigkeit	Anwendbares Recht	Zuständigkeit/Anerkennung	Anwendbares Recht
Keine/Zugunsten Heimatrecht	Bei Nachlassvermögen in Deutschland (Art. 10 EuErbVO: Für den gesamten Nachlass (Abs. 1), falls CH-D Doppelbürger (lit.a) ¹²⁶ oder gewöhnlicher Aufenthalt in Deutschland innert weniger als 5 Jahren vor Anrufung des Gerichts (lit.) Ansonsten nur für den in Deutschland belegenen Nachlass (Abs. 2) Verfahrensbeschränkung möglich (Art. 12 EuErbVO), da keine Anerkennung in der Schweiz (Art. 96 Abs. 1 IPRG) Evtl. Sistierung gemäss deutschem IPR ¹²²	Schweizer Recht (Art. 21 Abs. 1 EuErbVO - kein Renvoi; Art. 22 Abs. 1 EuErbVO)	Für den gesamten Nachlass (Art. 86 Abs. 1 IPRG) Ausnahme: Grundstücke, für welche der Belegenheitsstaat die ausschliessliche Zuständigkeit beansprucht (Art. 86 Abs. 2 IPRG) Keine Anerkennung deutscher Entscheide (Art. 96 Abs. 1 IPRG), mit Ausnahme von Entscheiden betreffend in Deutschland belegene Grundstücke (Art. 96 Abs. 1 lit.b IPRG) Keine Sistierung (Art. 9 IPRG)	Schweizer Recht (Art. 90 Abs. 1 IPRG)

ungeklärt, vgl. Magnus, IPRax 2013, S. 395. Es ist jedoch davon auszugehen, dass Art. 17 EuErbVO nicht analog angewandt wird und diesbezüglich weiterhin das nationale IPR der betreffenden Mitgliedstaaten zu konsultieren ist, vgl. Bonomi/Wautelet-Bonomi, Fn. 47, Art. 17 N 7 ff.; Bonomi, Observateur de Bruxelles, Januar 2013, S. 11.

¹²⁴ An der ausländischen indirekten Wohnsitzzuständigkeit gemäss Art. 96 Abs. 1 lit.a IPRG fehlt es zum Vorherein, soweit ein Auslandschweizer seinen Nachlass gemäss Art. 87 Abs. 2 IPRG der schweizerischen Zuständigkeit unterstellt hat, vgl. BSK IPRG-Schnyder/Liatowitsch, Art. 96 N 8 m.w.H.; ZK-Heini, Art. 96 IPRG N 10; CHK-G su/Olano, Art. 96 IPRG N 8.

An der ausländischen indirekten Wohnsitzzuständigkeit gemäss Art. 96 Abs. 1 lit.a IPRG fehlt es zum Vorherein, soweit ein Auslandschweizer seinen Nachlass gemäss Art. 87 Abs. 2 IPRG der schweizerischen Zuständigkeit unterstellt hat, vgl. BSK IPRG-Schnyder/Liatowitsch, Art. 96 N 8 m.w.H.; ZK-Heini, Art. 96 IPRG N 10; CHK-G su/Olano, Art. 96 IPRG N 8.

¹²⁶ Vgl. Bonomi/Wautelet-Bonomi, Fn. 47, Art. 10 N 18.

¹²² Die Bestimmungen der EuErbVO zur Rechtshängigkeit (Art. 17 EuErbVO) betreffen nur in anderen Mitgliedstaaten hängige Verfahren. Inwieweit in Drittstaaten eröffnete Verfahren Einfluss auf die Zuständigkeit und den Verfahrensablauf gemäss EuErbVO nehmen können, ist ungeklärt, vgl. Magnus, IPRax 2013, S. 395. Es ist jedoch davon auszugehen, dass Art. 17 EuErbVO nicht analog angewandt wird und diesbezüglich weiterhin das nationale IPR der betreffenden Mitgliedstaaten zu konsultieren ist, vgl. Bonomi/Wautelet-Bonomi, Fn. 47, Art. 17 N 7 ff.; Bonomi, Observateur de Bruxelles, Januar 2013, S. 11.

Die Bestimmungen der EuErbVO zur Rechtshängigkeit (Art. 17 EuErbVO) betreffen nur in anderen Mitgliedstaaten hängige Verfahren. Inwieweit in Drittstaaten eröffnete Verfahren Einfluss auf die Zuständigkeit und den Verfahrensablauf gemäss EuErbVO nehmen können, ist ungeklärt, vgl. Magnus, IPRax 2013, S. 395. Es ist jedoch davon auszugehen, dass Art. 17 EuErbVO nicht analog angewandt wird und diesbezüglich weiterhin das nationale IPR der betreffenden Mitgliedstaaten zu konsultieren ist, vgl. Bonomi/Wautelet-Bonomi, Fn. 47, Art. 17



successio 2014 S. 163, 183

d) Deutscher mit letztem Wohnsitz und letztem gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz

Deutsche Gerichte			Schweizer Gerichte	
Rechtswahl	Zuständigkeit	Anwendbares Recht	Zuständigkeit/Anerkennung	Anwendbares Recht
Keine	Für den gesamten Nachlass bei Nachlassvermögen in Deutschland (Art. 10 Abs. 1 lit. a EuErbVO) Verfahrensbeschränkung möglich (Art. 12 EuErbVO), da keine Anerkennung in der Schweiz (Art. 96 Abs. 1 lit. a IPRG) Evtl. Sistierung gemäss deutschem IPR	Schweizer Recht (Art. 21 Abs. 1 EuErbVO - kein Renvoi)	Für den gesamten Nachlass (Art. 86 Abs. 1 IPRG) Ausnahme: Grundstücke, für welche der Belegenheitsstaat die ausschliessliche Zuständigkeit beansprucht (Art. 86 Abs. 2 IPRG) Keine Anerkennung deutscher Entscheide (Art. 96 Abs. 1 IPRG), mit Ausnahme Entscheide betreffend in Deutschland belegene Grundstücke (Art. 96 Abs. 1 lit. b IPRG) Keine Sistierung (Art. 9 IPRG)	Schweizer Recht (Art. 90 Abs. 1 IPRG)
Zugunsten Heimatrecht	Für den gesamten Nachlass, wenn Nachlassvermögen in Deutschland (Art. 10 Abs. 1 lit. a EuErbVO), bei Gerichtsstandsvereinbarung (Art. 5 EuErbVO) oder rügeloser Einlassung (Art. 9 EuErbVO) Keine Verfahrensbeschränkung (Art. 12 EuErbVO), da Anerkennung in der Schweiz (Art. 96 Abs. 1 lit. a IPRG) Evtl. Sistierung gemäss deutschem IPR	Deutsches Recht (Art. 22 Abs. 1 EuErbVO)	Für den gesamten Nachlass (Art. 86 Abs. 1 IPRG) Ausnahme: Grundstücke, für welche der Belegenheitsstaat die ausschliessliche Zuständigkeit beansprucht (Art. 86 Abs. 2 IPRG) Ausnahme: Wahl der ausländischen Zuständigkeit durch den Erblasser (Art. 87 Abs. 2 IPRG analog) ¹²⁷ Anerkennung deutscher Entscheide (Art. 96 Abs. 1 lit. a IPRG) Sistierung möglich (Art. 9 IPRG)	Deutsches Recht (Art. 90 Abs. 2 IPRG) Ausnahme: Schweizer Recht, wenn der Erblasser CH-D Doppelbürger ist oder wenn ein deutscher Erblasser im Anschluss an die Rechtswahl die Schweizer Staatsangehörigkeit erwirbt (Art. 90 Abs. 2 i.f. IPRG)

successio 2014 S. 163, 184

N 7 ff.; Bonomi, Observateur de Bruxelles, Januar 2013, S. 11.

Die Bestimmungen der EuErbVO zur Rechtshängigkeit (Art. 17 EuErbVO) betreffen nur in anderen Mitgliedstaaten hängige Verfahren. Inwieweit in Drittstaaten eröffnete Verfahren Einfluss auf die Zuständigkeit und den Verfahrensablauf gemäss EuErbVO nehmen können, ist ungeklärt, vgl. Magnus, IPRax 2013, S. 395. Es ist jedoch davon auszugehen, dass Art. 17 EuErbVO nicht analog angewandt wird und diesbezüglich weiterhin das nationale IPR der betreffenden Mitgliedstaaten zu konsultieren ist, vgl. Bonomi/Wautelet-Bonomi, Fn. 47, Art. 17 N 7 ff.; Bonomi, Observateur de Bruxelles, Januar 2013, S. 11.

¹²⁷ Nach der h.L. ist es Ausländern mit letztem Wohnsitz in der Schweiz mittels einer sog. Bilateralisierung von Art. 87 Abs. 2 IPRG erlaubt, ihren Nachlass ausschliesslich den ausländischen Heimatbehörden zu unterstellen, wenn erstens diese Zuständigkeitswahl mit einer Rechtswahl gemäss Art. 90 Abs. 2 IPRG verbunden ist und zweites der Heimatstaat diese Zuständigkeitsverweisung annimmt (BSK IPRG- Schnyder/Liatowitsch, Art. 87 N 16 m.w.H.). Aus Sicht der EuErbVO ist eine einseitige Zuständigkeitsanordnung durch den Erblasser jedoch unbeachtlich (Ziff.III.3), sodass es nicht zu einer eigentlichen Annahme der Zuständigkeitsverweisung kommen kann. Nach Ansicht der Autoren sollte jedoch allein massgeblich sein, ob der Heimatstaat - ungeachtet der Grundlage hierfür sich mit dem gesamten Nachlass befasst oder nicht. Da die deutschen Gerichte bei in Deutschland belegenen Vermögenswerten für den gesamten Nachlass des deutschen Erblassers zuständig sind, ist eine allfällige Wahl der Zuständigkeit der deutschen Behörden aus Schweizer Sicht zu berücksichtigen.

2. Auseinanderfallen von letztem Wohnsitz und letztem gewöhnlichen Aufenthalt

Zu unterschiedlichen Beurteilungen von Wohnsitz im Sinne des IPRG und gewöhnlichem Aufenthaltsort im Sinne der EuErbVO könnte es kommen, weil die EuErbVO objektiven Umständen den Vorrang gibt (s. oben Ziff. II.2.3.1), während das IPRG der subjektiven Absicht grösseres Gewicht zumisst.¹²⁸ Insbesondere in den erwähnten Grenzfällen (s. Ziff. II.2.3.2) ist eine Diskrepanz zwischen letztem Wohnsitz und letztem gewöhnlichen Aufenthalt nicht auszuschliessen.¹²⁹

Nachstehende Tabellen geben eine Übersicht über die Zuständigkeiten und das anwendbare Recht im Rechtsverkehr zwischen der Schweiz und Deutschland, wenn letzter Wohnsitz im Sinne des IPRG und letzter gewöhnlicher Aufenthalt im Sinne der EuErbVO auseinanderfallen. Da sich die Rechtslage aus Sicht der einzelnen betroffenen Staaten indessen oft gleich gestaltet wie beim Zusammenfallen von letztem Wohnsitz im Sinne des IPRG und letztem gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne der EuErbVO, erlauben sich die Autoren – soweit möglich –, in den folgenden Übersichtstabellen entsprechende Verweise nach vorne anzubringen, um unnötige Wiederholungen der bereits in den vorangegangenen Übersichtstabellen aufgezeigten Rechtslage zu vermeiden.

a) Deutscher mit letztem Wohnsitz in der Schweiz und letztem gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland

Rechtswahl	Deutsche Gerichte		Schweizer Gerichte	
	Zuständigkeit	Anwendbares Recht	Zuständigkeit	Anwendbares Recht
Keine	<ul style="list-style-type: none"> Vgl. Ziff. V.1.b (Deutscher mit letztem Wohnsitz und letztem gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland) 	<ul style="list-style-type: none"> Vgl. Ziff. V.1.b (Deutscher mit letztem Wohnsitz und letztem gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland) 	<ul style="list-style-type: none"> Vgl. Ziff. V.1.d (Deutscher mit letztem Wohnsitz und letztem gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz) 	<ul style="list-style-type: none"> Vgl. Ziff. V.1.d (Deutscher mit letztem Wohnsitz und letztem gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz)
Zugunsten Heimatrecht	<ul style="list-style-type: none"> Vgl. Ziff. V.1.b (Deutscher mit letztem Wohnsitz und letztem gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland) 	<ul style="list-style-type: none"> Vgl. Ziff. V.1.b (Deutscher mit letztem Wohnsitz und letztem gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland) 	<ul style="list-style-type: none"> Vgl. Ziff. V.1.d (Deutscher mit letztem Wohnsitz und letztem gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz) 	<ul style="list-style-type: none"> Vgl. Ziff. V.1.d (Deutscher mit letztem Wohnsitz und letztem gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz)

b) Schweizer mit letztem Wohnsitz in der Schweiz und letztem gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland

Rechtswahl	Deutsche Gerichte		Schweizer Gerichte	
	Zuständigkeit	Anwendbares Recht	Zuständigkeit	Anwendbares Recht
Keine	<ul style="list-style-type: none"> Vgl. Ziff. V.1.a (Schweizer mit letztem Wohnsitz und letztem gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland) 	<ul style="list-style-type: none"> Vgl. Ziff. V.1.a (Schweizer mit letztem Wohnsitz und letztem gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland) 	<ul style="list-style-type: none"> Vgl. Ziff. V.1.c (Schweizer mit letztem Wohnsitz und letztem gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz) 	<ul style="list-style-type: none"> Vgl. Ziff. V.1.c (Schweizer mit letztem Wohnsitz und letztem gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz)
Zugunsten Heimatrecht	<ul style="list-style-type: none"> Vgl. Ziff. V.1.a (Schweizer mit letztem Wohnsitz und letztem gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland) 	<ul style="list-style-type: none"> Vgl. Ziff. V.1.a (Schweizer mit letztem Wohnsitz und letztem gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland) 	<ul style="list-style-type: none"> Vgl. Ziff. V.1.c (Schweizer mit letztem Wohnsitz und letztem gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz) 	<ul style="list-style-type: none"> Vgl. Ziff. V.1.c (Schweizer mit letztem Wohnsitz und letztem gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz)

¹²⁸ Ähnlich Schwander, Fn. 65, S. 9.

¹²⁹ Ausführlich Weiss/Bigler, Deutscher AnwaltSpiegel, Spezial März 2013, S. 28 f.

c) Deutscher mit letztem Wohnsitz in Deutschland und letztem gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz

Rechtswahl	Deutsche Gerichte		Schweizer Gerichte	
	Zuständigkeit	Anwendbares Recht	Zuständigkeit	Anwendbares Recht
Keine	<ul style="list-style-type: none"> Für den gesamten Nachlass (Art. 10 Abs. 1 EuErbVO), ausser wenn sich kein Nachlassvermögen in Deutschland befindet 	<ul style="list-style-type: none"> Unklar (Art. 21 Abs. 1 EuErbVO i.V.m. Art. 34 Abs. 1 lit. a EuErbVO und Art. 91 Abs. 1 IPRG)¹³⁰ 	<ul style="list-style-type: none"> Für in der Schweiz gelegenes Vermögen, falls sich die ausländischen Behörden mit dem Nachlass nicht befassen (Art. 88 Abs. 1 IPRG)¹³¹ 	<ul style="list-style-type: none"> Schweizer Recht (Art. 91 Abs. 1 IPRG i.V.m. Art. 21 Abs. 1 EuErbVO)¹³²
Zugunsten Heimatrecht	<ul style="list-style-type: none"> Für den gesamten Nachlassvermögen in Deutschland (Art. 10 Abs. 1 EuErbVO), bei Gerichtsstandsvereinbarung (Art. 5 EuErbVO) oder rügeloser Einlassung (Art. 9 EuErbVO) 	<ul style="list-style-type: none"> Deutsches Recht (Art. 22 Abs. 1 EuErbVO) 	<ul style="list-style-type: none"> Für in der Schweiz gelegenes Vermögen, falls sich die ausländischen Behörden mit dem Nachlass nicht befassen (Art. 88 Abs. 1 IPRG)^{128, 131} 	<ul style="list-style-type: none"> Deutsches Recht (Art. 91 Abs. 1 IPRG i.V.m. Art. 22 Abs. 1 EuErbVO und Art. 34 Abs. 2 EuErbVO)

 Fussnoten zur Tabelle c):^{130, 131, 132}

successio 2014 S. 163, 186

¹³⁰ Da durch Art. 21 EuErbVO auf Drittstaatenrecht verwiesen wird, ist gemäss Art. 34 Abs. 1 lit. a EuErbVO eine Rückverweisung durch das IPRG auf deutsches Recht beachtlich. Art. 91 Abs. 1 IPRG verweist jedoch seinerseits auf das Kollisionsrecht des Wohnsitzstaates, sodass auch aus Schweizer Sicht ein Renvoi zu berücksichtigen ist. Es kommt somit zu einem Hin und Her, welches zugunsten des schweizerischen oder des deutschen Erbrechts abgebrochen werden muss. Grundsätzlich bleibt es den deutschen Behörden überlassen, ob sie den Renvoi gemäss Art. 91 Abs. 1 IPRG in der Schweiz abbrechen und den Nachlass schweizerischem Erbrecht unterstellen wollen oder ob sie diese Bestimmung als Rückverweisung auf deutsches Sachrecht interpretieren möchten, vgl. hierzu BSK IPRG-Schnyder/Liatowitsch, Art. 91 N 19 m.w.H. Die EuErbVO regelt nicht, zugunsten welchen Rechts der ewige Renvoi abzubrechen ist, vgl. Bonomi/Wautelet-Bonomi, Fn. 47, Art. 34 N 17. Nach Ansicht der Autoren bestände eine sachgerechte Lösung darin, Art. 34 Abs. 1 lit. a EuErbVO so auszulegen, dass unter der Rückverweisung auf das «Recht eines Mitgliedstaates» ausschliesslich eine Rückverweisung auf das materielle Erbrecht eines Mitgliedstaates zu verstehen ist. Diese Auslegung wird durch den Wortlaut gestützt, denn ansonsten müsste in Art. 34 Abs. 1 lit. a EuErbVO die Rede von der EuErbVO sein, löst diese doch gerade das internationale Erbkollisionsrecht der Mitgliedstaaten ab. Da Art. 91 Abs. 1 IPRG keine Sachnormrückverweisung ist, wäre die Schweizer Rückverweisung daher unbeachtlich.

¹³¹ Art. 88 Abs. 1 IPRG setzt voraus, dass die *zuständige* ausländische Behörde sich mit dem Nachlass nicht befasst, wobei als zuständig i.S.v. Art. 88 IPRG all jene Behörden gelten, deren Rechtshandlungen nach Art. 96 IPRG anerkannt sind, vgl. BSK IPRG-Schnyder/Liatowitsch, Art. 88 N 3; ZK-Heini, Art. 88 IPRG N 4; CHK-Göksu/Olano, Art. 88 IPRG N 1. In casu, befassen sich die deutschen Gerichte mit dem Schweizer Nachlass, und ihre Zuständigkeit wird aus Schweizer Sicht anerkannt (Art. 96 Abs. 1 lit. a IPRG).

¹³² Gemäss Bajons, Gleichlauf (Fn. 52), S. 761 wird ein Drittstaat Art. 34 Abs. 1 lit. a EuErbVO nicht anwenden, sodass im Ergebnis die Art. 91 Abs. 1 IPRG auf Art. 21 Abs. 1 EuErbVO verweist, ohne jedoch Art. 34 EuErbVO mitzuerfassen. Gemäss Art. 21 Abs. 1 EuErbVO wäre dann Schweizer materielles Erbrecht als Recht des Aufenthaltsstaates anwendbar. Zum gleichen Ergebnis kommt man, wenn Art. 91 Abs. 1 IPRG so verstanden wird, dass eine ausländische Rückverweisung als Sachnormverweisung angesehen werden muss, vgl. hierzu BSK IPRG-Schnyder/Liatowitsch, Art. 91 N 6 m.w.H. Geht man hingegen davon aus, dass die Schweizer Behörden Art. 34 Abs. 1 EuErbVO zu berücksichtigen haben, so wäre gemäss wohl h.L. die *foreign court theory* anzuwenden (vgl. CHK-Göksu/Olano, Art. 91 IPRG N 2 m.w.H.), was allerdings vorliegend zu keinem Ergebnis führt, da unklar ist, wie die deutschen Gerichte das Hin und Her durchbrechen würden.

d) Schweizer mit letztem Wohnsitz in Deutschland und letztem gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz

Rechtswahl	Deutsche Gerichte		Schweizer Gerichte	
	Zuständigkeit	Anwendbares Recht	Zuständigkeit	Anwendbares Recht
Keine	<ul style="list-style-type: none"> Vgl. Ziff. V.1.c (Schweizer mit letztem Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt in Schweiz) 	<ul style="list-style-type: none"> Vgl. Ziff. V.1.c (Schweizer mit letztem Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt in Schweiz) 	<ul style="list-style-type: none"> Vgl. Ziff. V.1.a (Schweizer mit letztem Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland) Für den gesamten Nachlass, soweit sich die ausländische Wohnsitzbehörde mit dem Nachlass nicht befasst (Art. 87 Abs. 1 IPRG)¹³³ 	<ul style="list-style-type: none"> Vgl. Ziff. V.1.a (Schweizer mit letztem Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland)
Zugunsten Heimatrecht	<ul style="list-style-type: none"> Vgl. Ziff. V.1.c (Schweizer mit letztem Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt in Schweiz) 	<ul style="list-style-type: none"> Vgl. Ziff. V.1.c (Schweizer mit letztem Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt in Schweiz) 	<ul style="list-style-type: none"> Vgl. Ziff. V.1.a (Schweizer mit letztem Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland) 	<ul style="list-style-type: none"> Vgl. Ziff. V.1.a (Schweizer mit letztem Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland)

Fussnote zur Tabelle d):¹³³

VI. Sonderanknüpfung für Verfügungen von Todes wegen

Die EuErbVO enthält ferner Kollisionsnormen zur Zulässigkeit, Formgültigkeit, materiellen Wirksamkeit und zu den Bindungswirkungen von Verfügungen von Todes wegen (Art. 24 ff. EuErbVO). Als Verfügungen von Todes wegen gelten Testamente, gemeinschaftliche Testamente sowie Erbverträge (Art. 1 lit. d EuErbVO), wobei unter letzteren Vereinbarungen zu verstehen sind, die mit oder ohne Gegenleistung Rechte am künftigen Nachlass einer oder mehrerer an diesen Vereinbarungen beteiligter Personen begründen, ändern oder entziehen (Art. 1 lit. b EuErbVO).¹³⁴

Bei der Sonderanknüpfung für Verfügungen von Todes wegen ist zwischen Testamenten und einseitigen Erbverträgen einerseits und mehrseitigen Erbverträgen andererseits zu unterscheiden.

1. Testamente und einseitige Erbverträge

1.1 Zulässigkeit, materielle Wirksamkeit und Bindungswirkung

Nach Art. 24 Abs. 1 EuErbVO (Testamente) und Art. 25 Abs. 1 EuErbVO (einseitige Erbverträge) sind die Zulässigkeit,¹³⁵ materielle Wirksamkeit¹³⁶ und gegebenenfalls Bindungswirkung einer Verfügung von Todes wegen betreffend den Nachlass

¹³³ Nach h.L. sind unter «ausländischen Behörden» gemäss Art. 87 Abs. 1 IPRG nur die Wohnsitzbehörden zu verstehen, vgl. BGer 5A_171/2010, E. 4.3; Bucher, ZBGR 1988, S. 150; Kren Kostkiewicz, Grundriss des Schweizerischen Internationalen Privatrechts, 2012, Rz. 1627; BSK IPRG-Schnyder/Liatowitsch, Art. 87 N 7; CHK-Göksu/Olano, Art. 87 IPRG N 5.

¹³⁴ Ausführlich Nordmeier, ZEV 2013, S. 117 ff. Erfasst sind namentlich Erbwendungs- und Erbverzichtsverträge nach Schweizer Verständnis.

¹³⁵ Unter Zulässigkeit ist zu verstehen, ob eine bestimmte Verfügung von Todes wegen generell statthaft ist und als Gestaltungsmittel zur Verfügung steht, nicht aber die inhaltliche Zulässigkeit der in der Verfügung getroffenen Anordnungen, vgl. Döbereiner, MittBayNot 2013, S. 365.

¹³⁶ Dazu gehören gemäss Art. 26 Abs. 1 EuErbVO namentlich Testierfähigkeit, Testierverbote (z.B. Erbunfähigkeit), Stellvertretung und Auslegung. Vor einem Verlust der Testierfähigkeit infolge Statutenwechsel ist der Erblasser gemäss Art. 26 Abs. 2 EuErbVO geschützt; dazu zählt etwa der Verlust aufgrund unterschiedlicher Altersgrenzen, nicht aber infolge geistiger Beeinträchtigung, vgl. Fischer-Czermak, Anwendbares Recht (Fn. 70), S. 50; Kunz, GPR 2012, S. 256.

successio 2014 S. 163, 187

eines einzelnen Erblassers dem Recht unterstellt, das nach den allgemeinen Kollisionsnormen der Verordnung Anwendung fände, wenn dieser Erblasser im Zeitpunkt der Verfügung verstorben wäre. Demnach findet entweder das Recht des Aufenthaltsstaates oder – im Falle einer Rechtswahl nach Art. 22 EuErbVO – des Heimatstaates im Errichtungszeitpunkt Anwendung (sog. hypothetisches Erb- oder Errichtungs- bzw. Erbvertragsstatut). Bei einem Wechsel des Erbstatuts etwa infolge Aufenthaltsverschiebung kommt es demnach zu einem Auseinanderfallen von Erb- und Errichtungs- bzw. Erbvertragsstatut, da letzteres im Verfügungszeitpunkt fixiert wird.¹³⁷ In Fällen, in denen für das Errichtungsstatut keine Rechtswahl getroffen wurde, ist es stets empfehlenswert, die Lebensumstände zum Errichtungszeitpunkt zu dokumentieren, um bei einem allfälligen späteren Wegzug Diskussionen über den damaligen gewöhnlichen Aufenthalt zu vermeiden (*confessio iuris*, s. Ziff. IV.3.5).

Dem Erblasser steht es auch frei, für die Verfügung bzw. deren Zulässigkeit, materielle Wirksamkeit und gegebenenfalls Bindungswirkung eine «isolierte» Rechtswahl zugunsten seines Heimatrechts zu treffen (Art. 24 Abs. 2 und Art. 25 Abs. 3 EuErbVO).¹³⁸ Zu beachten gilt es hierbei, dass von der Rechtswahl nach Art. 24 Abs. 2 oder Art. 25 Abs. 3 EuErbVO lediglich das Errichtungs- bzw. Erbvertragsstatut und nicht auch das eigentliche Erbstatut betroffen ist. Bei testamentarischer Rechtswahl ist deshalb eine Klarstellung empfehlenswert, auf was sich die Rechtswahl beziehen soll.¹³⁹

Für den Widerruf und die Änderung des Testaments gilt Art. 24 Abs. 1 EuErbVO entsprechend, d.h., es ist auf den gewöhnlichen Aufenthalt bzw. die Staatsangehörigkeit im Zeitpunkt des Widerrufs oder der Änderung abzustellen (Art. 24 Abs. 3 EuErbVO).¹⁴⁰ Beim Widerruf und Änderung eines Erbvertrages wird jedoch am hypothetischen Erbstatut zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses anzuknüpfen sein (analog Art. 25 Abs. 2 UAbs. 2 EuErbVO; Art. 25 Abs. 3 EuErbVO) – es kommt also auch diesbezüglich zu einer «Fixierung» des Rechts.¹⁴¹ Wurde eine Rechtswahl nach Art. 24 Abs. 2 bzw. Art. 25 Abs. 3 EuErbVO getroffen, unterliegen Änderung und Widerruf dem gewählten Errichtungs- bzw. Erbvertragsstatut (Art. 24 Abs. 3 EuErbVO i.f.; Art. 25 Abs. 3 EuErbVO).

1.2 Formelle Wirksamkeit

Bezüglich der formellen Wirksamkeit von Testamenten geht das HTestÜ vor (Art. 75 EuErbVO; s. Ziff. II.2.4).¹⁴² Da allerdings einige Mitgliedstaaten und auch die EU diesem Übereinkommen nicht beigetreten sind, enthält Art. 27 EuErbVO eine Bestimmung, die mit dem Haager Übereinkommen im Einklang steht.

Darüber hinaus kommt Art. 27 EuErbVO jeweils direkt zur Anwendung, wenn die Formgültigkeit von Erbverträgen betroffen ist. Die Regeln des HTestÜ werden dadurch auf Erbverträge ausgeweitet. Inhaltlich begünstigen sowohl die EuErbVO und das Haager Übereinkommen die Formgültigkeit letztwilliger Verfügungen im Sinne des

¹³⁷ Lechner, Erbverträge und gemeinschaftliche Testamente in der neuen EU-Erbrechtsverordnung, in: NJW 2013, S. 26 f., S. 27.

¹³⁸ Bei Vorliegen einer Rechtswahl nach Art. 22 EuErbVO zum Verfügungszeitpunkt entspricht das Erbstatut dem Errichtungsstatut, d.h. dem auf die Zulässigkeit, materielle Wirksamkeit und Bindungswirkung anwendbaren Recht, vgl. Döbereiner, MittBayNot 2013, S. 366. Eine isolierte Rechtswahl nach Art. 24 Abs. 2 und Art. 25 Abs. 3 EuErbVO ist also namentlich dann von Bedeutung, wenn für die Verfügung das (weniger strenge) Heimatrecht gelten soll, Erbstatut aber das Recht des Aufenthaltsstaates oder ein anderes Heimatrecht sein soll.

¹³⁹ DNotI-Report 2012, S. 122.

¹⁴⁰ Dutta, FamRZ 2013, S. 10; Müller-Lukoschek, Fn. 9, § 2 N 167; a.M. wohl Döbereiner, MittBayNot 2013, S. 365.

¹⁴¹ Dutta, FamRZ 2013, S. 10; Nordmeier, ZEV 2012, S. 518.

¹⁴² Die Formgültigkeit von mündlichen Verfügungen von Todes wegen ist im HTestÜ nicht geregelt und wird auch vom Anwendungsbereich der EuErbVO ausgenommen (Art. 1 Abs. 2 lit. f EuErbVO).

favor testamenti; eine Verfügung von Todes wegen ist wirksam, wenn sie den Anforderungen der Rechtsordnung des Errichtungsortes, der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts im Errichtungs- oder Todeszeitpunkt oder des Belegenheitsortes, soweit dieses Vermögen betroffen ist, entspricht. Allfällige Rück- und Weiterverweisungen sind nicht zu beachten (Art. 34 Abs. 2 EuErbVO).

2. Mehrseitige Erbverträge

2.1 Zulässigkeit, materielle Wirksamkeit und Bindungswirkung

Einschränkender ist die dispositive Regelung für Erbverträge, welche den Nachlass mehrerer Personen betreffen (Art. 25 Abs. 2 EuErbVO).¹⁴³ Die Zu-

successio 2014 S. 163, 188

lässigkeit eines solchen Erbvertrags ist nur dann gegeben, wenn er bei Vertragsschluss gemäss den jeweiligen hypothetischen Erbstatuten (gewöhnlicher Aufenthalt oder gewähltes Recht) aller beteiligten Erblasser zulässig ist (UAbs. 1).¹⁴⁴ Die materielle Wirksamkeit und die Bindungswirkung des zulässigen Erbvertrages unterliegen hingegen alleine demjenigen der Erbvertragsstatute, zu dem der Erbvertrag die engste Verbindung hat (UAbs. 2).¹⁴⁵ Der damit verbundenen Rechtsunsicherheit kann begegnet werden, indem die Parteien die Zulässigkeit, materielle Wirksamkeit und Bindungswirkungen wiederum mittels «isolierter» Rechtswahl dem Recht unterstellen, das einer der Beteiligten gemäss Art. 22 EuErbVO hätte wählen können, d.h. einem der Heimatrechte der beteiligten Personen (Art. 25 Abs. 3 EuErbVO).¹⁴⁶ Damit ist wohlgemerkt jedoch keine erweiterte Rechtswahlmöglichkeit bezüglich des Erbstatuts verbunden.

Formulierungsvorschlag Rechtswahl zweiseitiger Erbvertrag bei Wohnsitz in Frankreich:

«Ich, Max Muster, geb. [...], bin deutscher und schweizerischer Staatsbürger. Ich, Manuela Muster, geb. [...], bin deutsche Staatsbürgerin. Für die Erbfolge in den gesamten Nachlass wählt ein jeder von uns deutsches materielles Recht, unabhängig vom Ort des jeweiligen gewöhnlichen Aufenthalts im Zeitpunkt des Todes. Für die Wirksamkeit und Bindungswirkungen dieses Erbvertrages soll insgesamt das deutsche materielle Recht gelten. Dies verfügt ein jeder von uns einzeln sowie wir beide gemeinsam und, soweit zulässig, mit erbvertraglicher Bindungswirkung. Die Bindungswirkung soll sich, soweit zulässig, auch auf die Wahl des anwendbaren Rechts erstrecken.»

Für den Widerruf bzw. die Änderung des zweiseitigen Erbvertrages ist – wie beim einseitigen Erbvertrag – auch das Erbvertragsstatut massgebend, d.h. entweder das nach Art. 25 Abs. 2 UAbs. 2 EuErbVO bestimmte oder das nach Art. 25 Abs. 3 EuErbVO gewählte Recht.¹⁴⁷

¹⁴³ Ausführlich Nordmeier, Erbverträge in der neuen EU-Erbrechtsverordnung: zur Ermittlung des hypothetischen Erbstatuts nach Art. 25 ErbRVO, ZErB 2013, S. 112 ff. Ob gemeinschaftliche Testamente im Sinne der §§ 2265 ff. BGB unter Art. 24 oder Art. 25 EuErbVO fallen, ist umstritten, sodass es empfehlenswert sein mag, bis zu einer abschliessenden Klärung auf den Erbvertrag auszuweichen, vgl. DNotI-Report 2012, S. 122.

¹⁴⁴ Müller-Lukoschek, Fn. 9, § 2 N 171; Nordmeier, ZErB 2013, S. 113.

¹⁴⁵ Unklar ist, wie die «engste Verbindung» zu bestimmen ist, vgl. Müller-Lukoschek, Fn. 9, § 2 N 172. Nach Simon/Buschbaum, NJW 2012, S. 2396 und Keim, Fn. 16, S. 78 dürfte zumindest bei beurkundungsbedürftigen Verfügungen von Todes wegen der Abschlussort häufig den Ausschlag für eine der beteiligten Rechtsordnungen geben. Umstritten ist zudem, ob Erbvertragsverbote unabhängig von ihren Gründen unter Art. 25 Abs. 1 und Abs. 2 EuErbVO zu subsumieren sind, so Herzog, ErbR 2013, S. 5; a.M. Nordmeier, ZEV 2012, S. 515 ff.; Simon/Buschbaum, NJW 2012, S. 2396

¹⁴⁶ Fischer-Czermak, Anwendbares Recht (Fn. 70), S. 52; Keim, Fn. 16, S. 79; Lagarde, Rev. Crit. DIP 2013, S. 722; Nordmeier, ZEV 2012, S. 518 f.; a.M. von Hinden/Müller, ErbStB 2013, S. 102, wonach nur ein gemeinsames Heimatrecht gewählt werden kann.

¹⁴⁷ Müller-Lukoschek, Fn. 9, § 2 N 175 f. Zur Frage, ob die Parteien an die Rechtswahl des Art. 25 Abs. 3 EuErbVO gebunden sind oder die Rechtswahl einseitig widerrufen werden kann Keim,



2.2 Formelle Wirksamkeit

Bezüglich der Formgültigkeit von Erbverträgen, die Nachlässe mehrerer Personen betreffen, kann auf das oben zu den einseitigen Erbverträgen Gesagte verwiesen werden (s. Ziff. VI.1.2).

3. Übergangsrecht

Vor dem 17. August 2015 errichtete Verfügungen von Todes wegen bleiben zulässig sowie materiell und formell wirksam, wenn sie entweder die Voraussetzungen des Kapitels III (anwendbares Recht) der Verordnung erfüllen, oder nach den zum Errichtungszeitpunkt geltenden IPR-Vorschriften des Aufenthaltsstaates, des Heimatstaates oder des Mitgliedstaates, dessen Behörde mit der Erbsache befasst ist, zulässig sowie materiell und formell wirksam sind (Bestandsschutz; Art. 83 Abs. 3 EuErbVO).¹⁴⁸

VII. Anerkennung und Vollstreckung

1. Entscheidungen

In Art. 39 ff. EuErbVO ist die Anerkennung und Vollstreckung mitgliedstaatlicher Entscheidungen in Erbsachen geregelt. Die diesbezüglichen Vorschriften orientieren sich weitgehend an der Brüssel I-Verordnung und gelten sowohl für Entscheidungen in streitigen Verfahren als auch für Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit.¹⁴⁹ Erbrechtliche Entscheidungen werden *ex lege*, d.h. automatisch, in den anderen Mitgliedstaaten anerkannt, ohne dass

successio 2014 S. 163, 189

es hierfür eines besonderen Verfahrens bedarf (Art. 39 EuErbVO). Es bestehen nur eingeschränkte Gründe für die Nichtanerkennung, beispielsweise der Verstoss gegen den Ordre public (Art. 40 EuErbVO), und eine Nachprüfung in der Sache ist ausgeschlossen (Art. 41 EuErbVO). Für die Vollstreckung ist ein Exequatur-Verfahren durchzuführen (Art. 43 ff. EuErbVO).

2. Öffentliche Urkunden und gerichtliche Vergleiche

Die EuErbVO enthält zudem Vorschriften zur «Annahme» öffentlicher Urkunden, die in einem anderen Mitgliedstaat errichtet wurden, und zu ihrer Vollstreckbarkeit (Art. 59 f. EuErbVO).¹⁵⁰ Auch die Vollstreckbarkeit gerichtlicher Vergleiche ist geregelt (Art. 61 EuErbVO). Die Vorschriften zur Vollstreckbarkeit von öffentlichen Urkunden und gerichtlichen Vergleichen sind wiederum an die Brüssel I-Verordnung angelehnt.

Fn. 16, S. 80; Odersky, notar 2013, S. 8; sowie Fn. 92.

¹⁴⁸ Beachte die Berichtigung von Art. 83 Abs. 3 EuErbVO (Fn. 2) sowie Fn. 94.

¹⁴⁹ ErwG 59. Dies führt bei einzelnen Bestimmungen zu Verständnisschwierigkeiten. Beispielsweise ist in Art. 40 EuErbVO vom «Beklagten» und den «Parteien» die Rede, vgl. Dutta, FamRZ 2013, S. 13; Müller-Lukoschek, Fn. 9, § 2 N 261

¹⁵⁰ Ausführlich Fitchen, «Recognition», Acceptance and Enforcement of Authentic Instruments in the Succession Regulation, in: Journal of Private International Law 2012, S. 323 ff. Zur Definition der öffentlichen Urkunde s. Art. 3 Abs. 2 lit. i EuErbVO. Umstritten ist, ob auch ausländische Erbnachweise nach Art. 39 und Art. 59 EuErbVO anerkannt bzw. angenommen werden. So Dutta, FamRZ 2013, S. 14; Herzog, ErbR 2013, S. 11; a.M. Buschbaum, ENZ und Annahme öffentlicher Urkunden (Fn. 16); Hertel, Anmerkung zum Beschluss des Hanseatischen OLG Bremen vom 19.5.2011, Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs durch ausländische Erbscheine, in: DNotZ 2012, S. 687 ff., S. 689; Ders., Nachweis der Erbfolge im Grundbuchverfahren – bisher und nach der EuErbVO, ZEV 2013, S. 539 ff., ZEV 2013, S. 541.

Folge der Annahme von in anderen Mitgliedstaaten errichteten öffentlichen Urkunden ist gemäss Art. 59 Abs. 1 UAbs. 1 EuErbVO, dass diesen in einem anderen Mitgliedstaat die gleiche formelle Beweiskraft zukommen soll wie im Ursprungsmitgliedstaat oder die damit am ehesten vergleichbare Wirkung zum Tragen kommen soll.¹⁵¹ Es kommt also zu einer Anerkennung der verfahrensrechtlichen Beweiswirkung gemäss ausländischem Recht.¹⁵² Einer Apostille oder einer Legalisation – einer Echtheitsbestätigung durch den Konsularbeamten des Staates, in dem die Verwendung beabsichtigt ist – von in anderen Mitgliedstaaten ausgestellten Urkunden bedarf es fortan nicht mehr (Art. 74 EuErbVO).

VIII. Europäisches Nachlasszeugnis

Zur Vereinfachung der grenzüberschreitenden Nachlassabwicklung wird in Kapitel VI der EuErbVO mit dem Europäischen Nachlasszeugnis («ENZ») eine EU-weite, einheitliche Bescheinigung in Erbsachen eingeführt. Die Verwendung des ENZ ist indessen nicht verpflichtend, und es tritt nicht an die Stelle der Nachlasszeugnisse der Mitgliedstaaten, sondern neben diese (Art. 62 Abs. 2 u. 3 EuErbVO). Auch greift die Verordnung weder in die Zuständigkeitsvorschriften der Mitgliedstaaten zur Ausstellung des nationalen Zeugnisses, noch in die jeweiligen nationalen Erbnachweisverfahren ein.¹⁵³

1. Zweck

Mit der EuErbVO wird ein Europäisches Nachlasszeugnis eingeführt (Art. 62 ff. EuErbVO), das zur Verwendung durch Erben, durch Vermächtnisnehmer mit unmittelbarer Berechtigung am Nachlass¹⁵⁴ und durch Testamentsvollstrecker oder Nachlassverwalter bestimmt ist, die sich in einem anderen Mitgliedstaat auf ihre Rechtsstellung berufen oder ihre Rechte bzw. Befugnisse ausüben müssen (Art. 63 Abs. 1 EuErbVO).¹⁵⁵ Es handelt sich beim ENZ um ein erbrechtliches Nachweisdokument *sui generis*, dessen Rechtsnatur sich nach der *lex fori* der Ausstellungsbehörde richtet: Je nach Ausgestaltung reicht die Spannbreite von einer einfachen Be-

successio 2014 S. 163, 190

scheinigung über eine öffentliche Urkunde bis hin zu einer gerichtlichen Entscheidung.¹⁵⁶

¹⁵¹ Die ausstellende Behörde kann darum ersucht werden, die formelle Beweiskraft der öffentlichen Urkunde in ihrem Ursprungsland in einem noch zu erstellenden Formblatt zu beschreiben, vgl. UAbs. 2.

¹⁵² So Dutta FamRZ 2013, S. 13 f.; Burandt, FuR 2013, S. 387; Müller-Lukoschek, Fn. 9, § 2 N 284 f.; a.M. Buschbaum, Wegbereiter (Fn. 7), S. 603; Ders., ENZ und Annahme öffentlicher Urkunden (Fn. 16), S. 39 ff., S. 43; Simon/Buschbaum, NJW 2012, S. 2397, die sich aufgrund des Wortlauts «oder die damit am ehesten vergleichbare Wirkung» für eine «Doppelbegrenzung der Beformelten Beweiskraftwirkungen nach dem Recht des Ursprungs- und des Zielmitgliedstaats» aussprechen. Dabei wird jedoch ausser Acht gelassen, dass sich bei dieser Interpretation der Ordre-public-Vorbehalt als überflüssig erweist. Anerkannt wird die formelle Beweiskraftwirkung, nicht aber der rechtliche Inhalt einer Urkunde (*negotium*), vgl. Art. 59 Abs. 3 EuErbVO; Leitzen, ZEV 2012, S. 522; Simon/Buschbaum, NJW 2012, S. 2397.

¹⁵³ Buschbaum, ENZ und Annahme öffentlicher Urkunden (Fn. 16), S. 50 u. 58; Geimer, Fn. 6, S. 20; Hertel, ZEV 2013, S. 541; a.M. Volmer, Rpfleger 2013, S. 430.

¹⁵⁴ D.h. Vindikationslegate, nicht jedoch Damnationslegate, vgl. Schauer, Europäisches Nachlasszeugnis, in: Schauer/Scheuba (Hrsg.), Europäische Erbrechtsverordnung, 2012, S. 73 ff. (zit. ENZ), S. 81.

¹⁵⁵ Ausführlich Schauer, ENZ (Fn. 154), S. 78 ff.

¹⁵⁶ ErwG 69; Buschbaum, Wegbereiter (Fn. 7), S. 599; Ders., ENZ und Annahme öffentlicher Urkunden (Fn. 16), S. 61; Herzog, ErbR 2013, S. 12; Lange, Das geplante Europäische Nachlasszeugnis, in: DNotZ 2012, S. 170; Reynis, Le certificat successoral européen, un acte authentique européen, in: Defrénois 2012, S. 767 ff.

Im Antrag auf Erteilung des ENZ ist der grenzüberschreitende Bezug zu einem anderen Mitgliedstaat zwingend nachzuweisen (Art. 65 Abs. 3 lit. f i.V.m. Art. 63 Abs. 1 EuErbVO).¹⁵⁷ Dies hat einerseits zur Folge, dass das ENZ für rein innerstaatliche Sachverhalte ausscheidet.¹⁵⁸ Andererseits ist aufgrund des Zwecks des ENZ, der im Nachweis in einem anderen Mitgliedstaat besteht, davon auszugehen, dass bei grenzüberschreitenden Erbfällen, in denen sich Nachlassvermögen in Drittstaaten und in lediglich einem Mitgliedstaat befindet, das ENZ ebenfalls nicht zur Verfügung stehen wird.¹⁵⁹

2. Ausstellungsverfahren

Zuständig für die Ausstellung des ENZ ist derjenige Mitgliedstaat, dessen Gerichte gemäss Art. 4, 7, 10, oder 11 der Verordnung zuständig sind (Art. 64 EuErbVO). Das ENZ ist jedoch grundsätzlich nicht auf den im betreffenden Mitgliedstaat belegenen Nachlass beschränkt.¹⁶⁰

Das Verfahren zur Ausstellung des ENZ beginnt mit einem Antrag; eine Ausstellung von Amtes wegen ist nicht vorgesehen.¹⁶¹ Den Antrag können Erben, Vermächtnisnehmer mit unmittelbarer Berechtigung, Testamentsvollstrecker oder Nachlassverwalter stellen (Art. 65 Abs. 1 EuErbVO), wofür dem Antragsteller ein noch zu erstellendes Formblatt zur Verfügung stehen wird (Art. 65 Abs. 2 EuErbVO). Der Inhalt des Antrags ist in Art. 65 Abs. 3 EuErbVO äusserst detailliert geregelt. So hat der Antragsteller etwa Angaben zum Erblasser, zu seiner Person, zum Ehegatten des Erblassers, allfälligen Eheverträgen, zu etwaigen Verfügungen von Todes wegen oder auch zu Ausschlagungen anderer Berechtigter zu machen. Es sind jedoch nur die dem Antragsteller bekannten und zur Erledigung des Antrags bzw. für den Zweck des ENZ erforderlichen Angaben zu machen (Art. 65 Abs. 3 EuErbVO), sodass die Ausstellung des ENZ nicht bereits an der Vielzahl von Angaben scheitern dürfte.¹⁶²

Die Ausstellungsbehörde prüft anschliessend die im Antrag enthaltenen Angaben, Erklärungen, Schriftstücke und sonstigen Nachweise, führt, sofern von der *lex fori* so vorgesehen, von Amtes wegen die für deren Überprüfung erforderlichen Nachforschungen durch oder fordert vom Antragsteller weitere Unterlagen ein (Art. 66 Abs. 1 EuErbVO). Auch im Rahmen des ENZ wird ein Rückgriff auf das nationale Verfahrensrecht somit unumgänglich sein.¹⁶³

Nachdem der zu bescheinigende Sachverhalt festgestellt wurde, stellt die Ausstellungsbehörde das ENZ unverzüglich aus, es sei denn, es sind Einwände gegen den zu bescheinigenden Sachverhalt anhängig oder das ENZ ist mit einer Entscheidung zum selben Sachverhalt unvereinbar (Art. 67 Abs. 1 EuErbVO). Die Ausstellungsbehörde informiert die Berechtigten über die Ausstellung des ENZ (Art. 67 Abs. 2 EuErbVO).

Der Inhalt des ENZ wird in Art. 68 EuErbVO ausführlich geregelt. Wiederum hat das ENZ jedoch nur diejenigen Angaben zu enthalten, die für den Ausstellungszweck erforderlich sind. So kann es zunächst Auskunft geben über die Ausstellungsbehörde und die Herleitung ihrer Zuständigkeit, den Erblasser und die Berechtigten, allfälligen

¹⁵⁷ Simon/Buschbaum, NJW 2012, S. 2397; Buschbaum, ENZ und Annahme öffentlicher Urkunden (Fn. 16), S. 45; Volmer, Rpfleger 2013, S. 430.

¹⁵⁸ Buschbaum, Wegbereiter (Fn. 7), S. 598; Simon/Buschbaum, EuErbVO: Das Europäische Nachlasszeugnis, in: ZEV 2012, S. 525 ff., S. 525; Dies., NJW 2012, S. 2397; Vollmer, ZERB 2012, S. 233.

¹⁵⁹ Beispielsweise ein deutscher Erblasser, der neben seinem Vermögen in Deutschland ein Chalet in den Schweizer Alpen besitzt, vgl. Schauer, ENZ (Fn. 154), S. 79 f.; Müller-Lukoschek, Fn. 9, § 3 N 9.

¹⁶⁰ Müller-Lukoschek, Fn. 9, § 2 N 315; Dutta, FamRZ 2013, S. 14; Simon/Buschbaum, ZEV 2012, S. 526.

¹⁶¹ Schauer, ENZ (Fn. 154), S. 87.

¹⁶² Janzen, DNotZ 2012, S. 492; Schauer, ENZ (Fn. 154), S. 87.

¹⁶³ Buschbaum, Wegbereiter (Fn. 7), S. 598; Ders., ENZ und Annahme öffentlicher Urkunden (Fn. 16), S. 60; Lange, DNotZ 2012, S. 172; Müller-Lukoschek, Fn. 9, § 2 N 317; Schauer, ENZ (Fn. 154), S. 86; Simon/Buschbaum, ZEV 2012, S. 525

Eheverträgen und den ehelichen Güterstand. Weiter enthält das ENZ namentlich Angaben zum anwendbaren Recht, allfällige Ausschlagungen der Erbschaft, den Erbteil jedes Erben, ein Verzeichnis der Rechte bzw. Vermögenswerte, die einem bestimmten Erben oder Vermächtnisnehmer zustehen sowie den Befugnissen von Testamentsvollstreckern und Nachlassverwaltern.

successio 2014 S. 163, 191

3. Wirkungen

Dem ENZ bzw. den beglaubigten Abschriften (s. Ziff. VIII.4) kommen folgende Wirkungen zu (Art. 69 EuErbVO):

(a) *Ex lege Anerkennung*: Wie Entscheide in Erbsachen entfaltet das ENZ seine Wirkung in sämtlichen Mitgliedstaaten, ohne dass es eines besonderen Verfahrens bedarf (Abs. 1).

(b) *Legitimationswirkung*: Das ENZ dient in erster Linie als Ausweis für die darin aufgeführten Personen als Rechtsnachfolger des Erblassers bzw. zum Nachweis der Befugnisse als Testamentsvollstrecker oder Nachlassverwalter.¹⁶⁴

(c) *Richtigkeitsvermutung*: Das ENZ ist kein vollstreckbarer Titel, enthält jedoch eine Vermutung, dass die darin enthaltenen Sachverhalte zutreffend ausgewiesen sind, insbesondere, dass den darin als Erben, Vermächtnisnehmer, Testamentsvollstrecker oder Nachlassverwalter erwähnten Personen die genannte Rechtsstellung zukommt (Abs. 2). Die Beweiskraft des Zeugnisses erstreckt sich aber nicht auf diejenigen Elemente, die nicht durch die Verordnung geregelt werden, etwa die Frage des Eigentums an bestimmten Vermögenswerten.¹⁶⁵

(d) *Gutgläubenswirkung*: Zunächst wird in seinem guten Glauben geschützt, wer auf der Grundlage der im ENZ enthaltenen Angaben einer Person Zahlungen leistet oder Vermögenswerte übergibt, die im ENZ als zur Entgegennahme derselben berechtigt bezeichnet wird (Abs. 3; gutgläubige Leistungsbefreiung bzw. befreiende Wirkung). Sodann ist auch der von einem im ENZ als zur Verfügung über Nachlassvermögen berechtigt bezeichneten Scheinerben erwerbende Dritte geschützt, falls er auf der Grundlage der im Zeugnis enthaltenen Angaben handelt (Abs. 4; gutgläubiger Erwerb).¹⁶⁶ Vorbehalten bleibt jeweils das Wissen sowie das grobfahrlässige Nichtwissen um die inhaltliche Unrichtigkeit des ENZ.¹⁶⁷ Umstritten ist, ob eine tatsächliche Vorlage des ENZ erforderlich ist, damit die Gutgläubenswirkung eintritt,¹⁶⁸ und ob die Bestimmungen der Verordnung über den guten Glauben neben den sachenrechtlichen Gutgläubensschutz treten.¹⁶⁹

¹⁶⁴ Art. 63 Abs. 1 EuErbVO; Schauer, ENZ (Fn. 154), S. 92.

¹⁶⁵ ErwG 71.

¹⁶⁶ Der gute Glaube in die Zugehörigkeit des konkreten Vermögenswerts zum Nachlass wird nicht geschützt, sondern ist aufgrund der sachenrechtlichen Gutgläubensvorschriften zu bestimmen, vgl. Simon/Buschbaum, ZEV 2012, S. 528.

¹⁶⁷ Diese eingeschränkte Gutgläubenswirkung, bei der eine grobfahrlässige Unkenntnis bereits den Gutgläubensschutz entfallen lässt, könnte in der Praxis dazu führen, dass in Mitgliedstaaten mit nationalen Erbscheinen mit weiter gehender Gutgläubenswirkung (z.B. Deutschland) im Rechtsverkehr weiterhin die Vorlage eines solchen nationalen Erbscheines verlangt wird, vgl. Buschbaum, Wegbereiter (Fn. 7), S. 600; Simon/Buschbaum, NJW 2012, S. 2397.

¹⁶⁸ So Schauer, ENZ (Fn. 154), S. 94; Vollmer, ZErB 2012, S. 233, je mit Verweis auf den Wortlaut des ErwG 71 («Der Schutz sollte gewährleistet werden, wenn noch gültige beglaubigte Abschriften vorgelegt werden.»); a.M. Buschbaum, Wegbereiter (Fn. 7), S. 599 f.; Simon/Buschbaum, NJW 2012, S. 2397 f.; Dies., ZEV 2012, S. 528; Müller-Lukoschek, Fn. 9, § 2 N 353.

¹⁶⁹ Müller-Lukoschek, Fn. 9, § 2 N 359, welche dies für § 892 BGB (öffentlicher Glaube des Grundbuchs) und § 932 BGB (gutgläubiger Erwerb beweglicher Sachen) bejaht.

4. Rechtsverkehr und Modifikation

Dem Antragsteller wird lediglich eine beglaubigte Abschrift ausgehändigt, während die Ausstellungsbehörde die Urschrift des ENZ aufbewahrt (Art. 70 Abs. 1 EuErbVO). Die Ausstellungsbehörde hat ein Verzeichnis mit sämtlichen Personen, denen beglaubigte Abschriften ausgestellt wurden, zu führen (Art. 70 Abs. 2 EuErbVO). Zudem unterstehen die beglaubigten Abschriften gewissermassen einem Verfalldatum, denn sie sind grundsätzlich nur für einen begrenzten Zeitraum von sechs Monaten gültig (Art. 70 Abs. 3 EuErbVO).¹⁷⁰

Ist das ENZ inhaltlich unrichtig, so ändert oder widerruft es die Ausstellungsbehörde auf Antrag einer Person, die ein berechtigtes Interesse nachweist, oder, sofern von der *lex fori* vorgesehen, von Amtes wegen (Art. 71 Abs. 2 EuErbVO). Da lediglich befristete Abschriften des ENZ ausgehändigt werden und die Urschrift bei der Ausstellungsbehörde verwahrt wird, ist eine Einziehung und Kraftloserklärung der unrichtigen Abschriften nicht vorgesehen;¹⁷¹ vielmehr hat die Ausstellungsbehörde lediglich die im Verzeichnis aufgeführten Personen, denen eine Abschrift ausgestellt wurde, unverzüglich über die Änderung oder den Widerruf zu unterrichten (Art. 71 Abs. 3 EuErbVO), sodass es möglich ist, dass unrichtige oder einander widersprechende Abschriften zirkulieren.¹⁷² In solchen Fällen

successio 2014 S. 163, 192

ist auf die Möglichkeit des vorläufigen Rechtsschutzes gemäss Art. 73 Abs. 1 EuErbVO hinzuweisen, wonach die Wirkungen des ENZ ausgesetzt werden können.¹⁷³

5. Eintragung in ein Register

Einerseits stellt das ENZ gemäss Art. 69 Abs. 5 EuErbVO ein «wirksames Schriftstück für die Eintragung des Nachlassvermögens in das einschlägige Register eines Mitgliedstaats» dar. Andererseits nimmt Art. 1 Abs. 2 lit. 1 EuErbVO aber «jede Eintragung von Rechten an beweglichen oder unbeweglichen Vermögensgegenständen in einem Register» vom Anwendungsbereich aus. Dies ist so zu verstehen, dass das formelle und materielle Grundbuchrecht vom Anwendungsbereich der EuErbVO ausgeschlossen sind.¹⁷⁴ Beim ENZ handelt es sich demnach nicht um einen Titel mit unmittelbarer Zugangsberechtigung zum Register; vielmehr gilt das ENZ nur als Nachweis des Erbrechts¹⁷⁵ und ist nach Massgabe der *lex rei sitae* lediglich Eintragungsgrundlage.¹⁷⁶ Mit anderen Worten unterliegen die Voraussetzungen für die Eintragung von Rechten dem Recht des Mitgliedstaates, in dem das Register geführt wird (*lex rei sitae*). Dieses bestimmt, welchen gesetzlichen Voraussetzungen die Eintragung untersteht, wie sie vorzunehmen ist und welche Behörden zuständig sind für die Prüfung, ob alle Eintragungsvoraussetzungen erfüllt sind und die vorgelegten oder erstellten Unterlagen vollständig sind bzw. die erforderlichen Angaben enthalten.¹⁷⁷

¹⁷⁰ Simon/Buschbaum, ZEV 2012, S. 526.

¹⁷¹ Nach Volmer, Rpfleger 2013, S. 432 soll jedoch auch ein Rückgabeverlangen möglich sein.

¹⁷² Dies ist insbesondere deshalb problematisch, da unklar ist, ob die Gutgläubenswirkungen des unrichtigen (Erst-)ENZ mit der Erteilung des inhaltlich richtigen (Zweit-)ENZ entfallen, so Simon/Buschbaum, ZEV 2012, S. 526 f. u. 528.; a.M. Müller-Lukoschek, Fn. 9, § 2 N 345.

¹⁷³ Mit dem Aussetzungsentscheid werden die Wirkungen gemäss Art. 69 EuErbVO *per se* suspendiert, selbst wenn noch Abschriften mit nicht abgelaufener Geltungsfrist im Umlauf sind, vgl. Volmer, Rpfleger 2013, S. 432.

¹⁷⁴ Kunz, Nachlassspaltung durch die registerrechtliche Hintertür, in: GPR 2013, S. 293 ff., S. 293.

¹⁷⁵ Hertel, ZEV 2013, S. 540; Kunz, GPR 2012, S. 257.

¹⁷⁶ Buschbaum, Wegbereiter (Fn. 7), S. 599.

¹⁷⁷ ErwG 18.

6. ENZ in der Schweiz

6.1 Anerkennung des ENZ in der Schweiz

Wie bereits erwähnt, ist das ENZ nur auszustellen, wenn es zur Verwendung in einem anderen Mitgliedstaat beabsichtigt ist (s. oben Ziff. VIII.1). Die Frage nach der Anerkennung des ENZ in der Schweiz stellt sich somit insbesondere dann, wenn Bezüge sowohl zu mehreren Mitgliedstaaten als auch zur Schweiz bestehen.¹⁷⁸

Für eine Anerkennung nach Art. 96 IPRG kommen sämtliche Urkunden in Betracht, die nach dem Recht des jeweiligen Errichtungsstaates bestimmt und geeignet sind, eine Person als Rechtsnachfolger des Erblassers auszuweisen.¹⁷⁹ Das ENZ stellt demnach grundsätzlich ein gültiges Anerkennungsobjekt dar. Basiert die Zuständigkeit der Behörden des Mitgliedstaates auf einer Zuständigkeit gemäss Art. 4 EuErbVO, so wird aus Schweizer Sicht die indirekte Wohnsitzzuständigkeit (Art. 96 Abs. 1 lit. a IPRG) regelmässig gegeben sein, da der letzte gewöhnliche Aufenthalt mit dem letzten Wohnsitz in den meisten Fällen übereinstimmen wird.¹⁸⁰ Die indirekte Zuständigkeit der Ausstellungsbehörde ist ebenfalls gegeben, wenn es bei einer Rechtswahl zu einer Zuständigkeitsverlagerung gemäss Art. 5 ff. EuErbVO gekommen ist, denn diesfalls stammt das ENZ aus dem Staat des gewählten Rechts (Art. 96 Abs. 1 lit. a IPRG).¹⁸¹ Im Falle einer subsidiären Zuständigkeit (Art. 10 EuErbVO) liegt eine indirekte Zuständigkeit oft nur dann vor, wenn der Erblasser Angehöriger des entsprechenden Mitgliedstaates war und eine Rechtswahl zugunsten seines Heimatrechts getroffen hat (Art. 96 Abs. 1 lit. a IPRG) oder wenn die subsidiäre Zuständigkeit auf einem ausländischen Grundstück beruht (Art. 96 Abs. 1 lit. b IPRG);¹⁸² im letzteren Fall erfolgt die Anerkennung jedoch nur, soweit das ENZ dieses Grundstück betrifft.

Des Weiteren ist eine Anerkennung bei konkurrierender Schweizer Zuständigkeit ausgeschlossen: Gemäss Art. 27 Abs. 2 lit. c IPRG werden auslän-

successio 2014 S. 163, 193

dische Legitimationspapiere nicht anerkannt, wenn in der Schweiz eine Zuständigkeit besteht und das Verfahren zuerst in der Schweiz eingeleitet wurde. Da das Nachlassverfahren nach schweizerischem Recht im Zeitpunkt des Todes als eröffnet gilt, ist kaum vorstellbar, dass eine ausländische Behörde vor der schweizerischen Nachlassbehörde mit der Erbsache befasst war. Deshalb wird die Anerkennung in solchen Fällen ebenfalls zu verweigern sein.¹⁸³

Im Ergebnis kommt eine Anerkennung des ENZ in der Schweiz nur dann in Frage, wenn keine Nachlasszuständigkeit in der Schweiz gegeben ist, d.h., der Erblasser weder seinen letzten Wohnsitz in der Schweiz hatte noch seinen Nachlass gemäss Art.

¹⁷⁸ Beispielsweise wenn ein Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hatte und sein Nachlassvermögen unter anderem eine Finca auf Mallorca und ein Bankkonto in der Schweiz umfasst.

¹⁷⁹ Kuhn, Anerkennung und Wirkungen ausländischer Erbausweise im schweizerischen Recht, in: SZIER 2002, S. 1 ff., S. 7.

¹⁸⁰ Es sei denn, die indirekte Wohnsitzzuständigkeit wäre aufgrund einer Unterstellung des Nachlasses unter die schweizerische Zuständigkeit (Art. 87 Abs. 2 IPRG) nicht anzuerkennen, vgl. Fn. 124.

¹⁸¹ Beispielsweise wenn ein deutscher Erblasser mit letztem gewöhnlichen Aufenthalt auf Mallorca und einem Bankkonto in der Schweiz seinen gesamten Nachlass deutschem Recht unterstellt hat und die mallorquinischen Gerichte die Zuständigkeit nach Art. 6 lit. a EuErbVO den deutschen Gerichten zuweisen.

¹⁸² Möglich ist aber auch, dass das von der gemäss Art. 10 EuErbVO zuständigen Behörde eines Mitgliedstaates ausgestellte ENZ vom Wohnsitz-Drittstaat anerkannt worden ist und folglich auch in der Schweiz anerkannt werden kann (Art. 96 Abs. 1 lit. a IPRG).

¹⁸³ Kuhn, SZIER 2002, S. 17; Bundesamt für Justiz, Ausländische Erbfolgezeugnisse als Ausweis für Eintragungen im schweizerischen Grundbuch, 2001, S. 8; Emmel, in: Abt/Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 2. Aufl., 2011, Anhang IPR N 119; a.M. Dallafior, Die Legitimation des Erben, Diss. 1990, S. 164 f.

87 Abs. 2 IPRG Schweizer Recht oder Zuständigkeit unterstellt hat, und Bezüge zu mehreren Mitgliedstaaten vorhanden sind.

6.2 Wirkungen der Anerkennung

Nach der Wirkungserstreckungstheorie wäre eine räumliche Beschränkung der Wirkung des ENZ auch in der Schweiz zu beachten.¹⁸⁴ Die Verwendungsabsicht in einem anderen Mitgliedstaat ist zwar Ausstellungsvoraussetzung für das ENZ; daraus ist jedoch nicht abzuleiten, dass dessen Wirkungen, insbesondere der privatrechtliche Vertrauensschutz, ebenfalls räumlich beschränkt sein sollen. Vielmehr findet Art. 69 EuErbVO aus Sicht der EuErbVO unabhängig davon Anwendung, wo – in einem anderen Mitgliedstaat oder einem Drittstaat – das ENZ verwendet wird.¹⁸⁵

Bei einer Anerkennung in der Schweiz kommen dem ENZ demnach folgende Wirkungen zu:

(a) *Legitimationswirkung*: Die Legitimationswirkung, d.h. die Funktion des Zeugnisses, die darin aufgeführten Personen als Rechtsnachfolger des Erblassers auszuweisen, richtet sich nach dem Recht des Ausstellungsstaates.¹⁸⁶ Dem ENZ kommt demnach auch in der Schweiz Legitimationswirkung zu.

(b) *Gutgläubensschutz*: Aus Schweizer Sicht ist bei den Rechtsscheinwirkungen zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen einerseits und Forderungen andererseits zu unterscheiden. Da für erstere ein eigenes Publizitätsmittel besteht, verdrängen die Art. 973 und Art. 933 ZGB allfällige Rechtsscheinwirkungen des Erbscheinstatuts, während sich der Gutgläubensschutz für Forderungen nach dem Erbscheinstatut, vorliegend der EuErbVO, richtet.¹⁸⁷

(c) *Beweiswirkung*: Welcher Beweiswert dem ENZ in der Schweiz zukommt, entscheidet sich nicht nach dem Recht des Ausstellungsstaates, sondern nach schweizerischem Recht, d.h. nach Art. 9 ZGB. Demnach kommt dem ENZ in der Schweiz nur dann Beweiswirkung zu, wenn das ENZ nach ausländischem Recht eine öffentliche Urkunde ist und die Minimalvoraussetzungen erfüllt, die das Bundeszivilrecht an eine öffentliche Urkunde richtet.¹⁸⁸

6.3 ENZ als Ausweis für Eintragungen im schweizerischen Grundbuch

Erfüllt das ENZ die Voraussetzungen für die Anerkennung in der Schweiz, so kommt es nur dann als Ausweis für eine Eintragung im Grundbuch infrage, wenn es inhaltlich und funktionell einer Erbbescheinigung i.S.v. Art. 559 ZGB gleichsteht. Von einer Äquivalenz ist immer dann auszugehen, wenn eine Übereinstimmung in den wesentlichen Wirkungen gegeben ist, das ENZ in vergleichbarer Weise wie eine schweizerische Erbbescheinigung Gewähr dafür bietet, dass keine falsche Eintragung im Grundbuch erfolgt, wobei allerdings keine abschliessende Klarheit über die materielle Rechtslage erforderlich ist, und es die gesetzlichen bzw. eingesetzten Erben aufgrund der vorläufigen Beurteilung der Rechtslage nennt. Auch hat die Ausstellungsbehörde bezüglich Qualifikation und Verfahrensweise einer schweizerischen Eröffnungsbehörde zu entsprechen.¹⁸⁹ Das ENZ erfüllt diese Anforderungen und ist deshalb als Ausweis für Eintragungen im Grundbuch zuzulassen.

¹⁸⁴ Vgl. Kuhn, SZIER 2002, S. 25; Dallafior, Fn. 183, S. 163 u. 192.

¹⁸⁵ Schauer, ENZ (Fn. 154), S. 94 f.

¹⁸⁶ Kuhn, SZIER 2002, S. 20; ZK-Heini, Art. 96 IPRG N 7.

¹⁸⁷ Kuhn, SZIER 2002, S. 22 f.

¹⁸⁸ BSK ZGB-Schmid/Lardelli, Art. 9 N 34; Kuhn, SZIER 2002, S. 24.

¹⁸⁹ Bundesamt für Justiz, Fn. 183, S. 9.