

Andreas Bucher

Neues IPR zum Erbrecht: Der Weg in die Praxis

Es hätte eine harmonische Angleichung an die EU-Verordnung werden sollen. Dem ist nicht so. Es werden mühsame Nachforschungen in verschiedenen Ländern danach verlangt, ob sich dort jemand mit dem Nachlass befasst. Um sichernde Massnahmen zu veranlassen, wird man sich bei Auslandschweizern oft an den Heimatort wenden müssen. Der Erblasser kann auf die schweizerische Zuständigkeit verzichten, doch führt das nur über mehrere Hindernisse, die diesen Schritt nicht angeraten sein lassen, zumal die güterrechtliche Auseinandersetzung nicht einbezogen wird. Die notarielle Arbeit wird wesentlich erschwert.

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: Erbrecht, IPR

Zitiervorschlag: Andreas Bucher, Neues IPR zum Erbrecht: Der Weg in die Praxis, in: Jusletter 17. Februar 2025

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Die subsidiären Zuständigkeiten
 - A. Heimatort (Art. 87)
 - B. Lageort (Art. 88)
 - C. Sichernde Massnahmen (Art. 89)
- III. Die Koordination der Zuständigkeiten
 - A. Die Derogation der schweizerischen Zuständigkeit (Art. 88b)
 - 1. Grundsatz
 - 2. Der Einfluss der EU-Verordnung
 - 3. Wann befassen sich die Heimatbehörden mit dem Nachlass?
 - 4. Vorbehalte
 - 5. Was bringt der Artikel 88b?
 - B. Die Rechtshängigkeit (Art. 88a)
- IV. Die *professio iuris*
- V. Die Nachlassabwicklung (Art. 92)
- VI. Die Verfügungen von Todes wegen (Art. 93–95b)
- VII. Ausländische Entscheidungen und Urkunden (Art. 96)
 - A. Grundsätze
 - B. Offene Fragen
 - C. Vollzug
- VIII. Die Wertschöpfung für die Praxis

I. Einleitung

[1] Jeder neue Blick auf eine Gesetzesrevision beginnt mit dem Übergangsrecht: Was gilt vom ersten Tag an, dem 1. Januar 2025, und mit welchen Fragen kann man noch zuwarten? Der Bundesrat zeigt sich beruhigend und mit dem Blick für die Zukunft: Für das Inkrafttreten sollen die bereits 1907 erlassenen Grundsätze im Art. 16 des ZGB-Schlusstitels gelten, womit man sich auch der EU-Verordnung angleiche¹. Bei näherem Zusehen erkennt man, dass beide Aussagen nicht zutreffen. Gemäss dem neuen Art. 199b IPRG gelten seit dem 1. Januar 2025 die neuen Bestimmungen des 6. Kapitels, einschliesslich der Regelung über die Verfügungsfreiheit. Das gilt aber auch für die Verfügungen von Todes wegen, die bereits vor diesem Datum errichtet wurden, ausgenommen für den Fall, dass sie «nach den vom neuen Recht bezeichneten Bestimmungen ungültig wären». Sind sie nach den Kollisionsnormen des neuen Rechts «gültig», so gelten die neuen Normen. Die beiden anderen Sprachfassungen verwenden deutlicher die Worte «nullo» et «nulla». Nichtige Regelungen des Erblassers sind sehr selten. In der grossen Mehrzahl der kritischen Fälle handelt es sich um anfechtbare Anordnungen, deren Ungültigkeit erst eintritt, wenn sie auf eine erhobene Klage so erklärt worden sind (so nach Art. 519–533 ZGB). Daraus folgt, dass die noch unter dem alten Recht unterzeichneten letzten Verfügungen seit dem Tag des Inkrafttretens grundsätzlich dem neuen Recht unterstehen. Das ist eher überraschend und sollte in der Praxis dazu führen, dass bisher abgefasste Testamente und Erbverträge im Hinblick auf das neue Recht nochmals überprüft werden. Das ist auch deshalb nicht ganz einfach, weil die bis-

¹ BBl 2020 S. 3347. Nach Art. 16 ZGB SchlT gilt das alte Recht für die Verfügungen von Todes wegen, abgesehen von den Klagerechten des neuen Rechts. Bei der EU-Verordnung geht es um Art. 83 Abs. 3, der sich auf den Grundsatz der «lex mitior» stützt (ABl 2012 L 201/107).

her erschienene Literatur² sich noch eng an die wenig vertieften gesetzgeberischen Vorarbeiten anlehnt³.

II. Die subsidiären Zuständigkeiten

[2] Die Reform stützt sich nach wie vor auf die tragenden Pfeiler des 6. Kapitels: Die primäre Zuständigkeit befindet sich für die Regelung des Nachlasses und die sichernden Massnahmen am schweizerischen Wohnsitz des Erblassers (Art. 86 Abs. 1), womit die Anwendung des schweizerischen Rechts (neu Art. 90 Abs. 1) oder bei Ausländern allenfalls das im Wege einer *professio iuris* gewählte ausländische Heimatrecht verbunden ist (Art. 91 Abs. 1). Gewichtige Änderungen betreffen die Zuständigkeit der Behörden am Heimatort (Art. 87) und am Lageort von Vermögenswerten (Art. 88), und im Übrigen auch die Regelung des Zugangs zu sichernden Massnahmen (Art. 89).

A. Heimatort (Art. 87)

[3] Die subsidiäre Heimatzuständigkeit steht den Erben weiterhin zur Verfügung. Allerdings wollte der Gesetzgeber einige Einschränkungen anfügen. Primär zugänglich ist wie bisher die Gerichtsbarkeit am Heimatort des Erblassers, wenn sich die Behörden an seinem ausländischen Wohnsitz mit dem Nachlass oder einem Teil davon nicht befassen wollen. In der Praxis ist dieser Nachweis oft schwierig zu erbringen⁴. Immerhin war bisher von Vorteil, dass dieser Vorbehalt betreffend in der Schweiz notwendige sichernde Massnahmen nicht galt (aArt. 89). Die vorgeschriebene Nachprüfung bezog sich nur auf den Wohnsitzstaat. Das war eine befriedigende Lösung, und die Botschaft meint dazu, dass den Erbinnen und Erben die Bürde erspart bleiben soll, zuerst bei allen anderen Staaten vorstellig zu werden, bevor sie die Zuständigkeit der schweizerischen Behörden in Anspruch nehmen können⁵. Der Vorschlag des Bundesrates, der Gesetz geworden ist, geht in die entgegengesetzte Richtung: Die Behörden sollen im Einzelfall ihre Zuständigkeit auch von der Inaktivität anderer Staaten als desjenigen des letzten Wohnsitzes der verstorbenen

² Vgl. ANDREA BONOMI, La révision du chapitre 6 sur les successions internationales – une meilleure coordination avec l'étranger et plus d'autonomie pour le disposant, SRIEL 34 (2024) p. 467–507; IDEM, Die geplante Revision des schweizerischen Internationalen Erbrechts: Erweiterte Gestaltungsmöglichkeiten und Koordination mit der Europäischen Erbrechtsverordnung, SRIEL 28 (2018) S. 159–182; IDEM, La révision du chapitre 6 LDIP: le droit applicable à la succession à défaut de choix et aux dispositions pour cause de mort, Successio 13 (2019) S. 238–248; GIAN ANDRI CAPAUL, Standortbestimmung und Perspektiven der Parteiautonomie im internationalen Erbrecht der Schweiz, Zürich 2023; BARBARA GRAHAM-SIEGENTHALER/PHILIPP EBERHARD, Entwicklungen und Tendenzen im Internationalen Erbrecht und die damit verbundenen Neuerungen im IPRG: Ein Überblick über die IPRG-Revision des 6. Kapitels, SRIEL 30 (2020) S. 369–390; MICHEL HEINZMANN, La compétence directe en matière de successions internationales: un tour d'horizon de la révision en cours, in: Journée de droit successoral 2023 S. 159–186; IDEM, Le statut successoral – Un tour d'horizon de la révision, in: Journée de droit successoral 2024, Bern 2024, S. 179–206; HANS RAINER KÜNZLE, Das revidierte internationale Privatrecht (Art. 86–96 IPRG) aus der Sicht der Notariate und Grundbuchämter, ZBGR 105 (2024) S. 73–110; THOMAS M. MAYER, Die neuen Bestimmungen des IPRG-Erbrechts, AJP 33 (2024) S. 682–699; CORINNE WIDMER LÜCHINGER, Zur Revision der Art. 86 ff. IPRG: Auswirkungen auf die Nachlassplanung, in: Aktuelle Fragen des internationalen Erbrechts, Zürich 2020, S. 1–48.

³ Eine ausführliche Kommentierung findet sich in: Andreas Bucher/Florence Guillaume (Hrsg.), Commentaire romand, LDIP/CL, 2.A. Basel 2025, S. 821–950.

⁴ Nicht immer einfach ist es zu wissen, wo bei mehreren Heimatorten der Erblasser oder dessen Vorfahren zuletzt das Bürgerrecht erworben haben (Art. 22 Abs. 3 ZGB).

⁵ BBl 2020 S. 3323 f.

Person abhängig machen. Nicht nur können die Erben mit der entsprechenden «Bürde» belastet werden, sondern sie müssen auch mit der Unsicherheit leben, ob ihre Situation für die Behörde zu jenem «Einzelfall» gehört, wozu noch der Nachweis verlangt wird, dass es gilt, «Zuständigkeitskonflikte» zu vermeiden, die nicht definiert worden sind⁶.

[4] Bei näherem Zusehen erkennt man, dass die neue Bestimmung ins Leere läuft⁷. Der Vorrang der im 2. Satz von Art. 87 Abs. 1 aufgezählten Gerichtsstände kann nur Sinn machen, wenn die an diesen Orten ergangenen Entscheide im ausländischen Wohnsitzstaat erkannt werden, wie es am Ende von Art. 96 Abs. 1 lit. d ausdrücklich heisst. Trifft das nicht zu, dann bleibt der 2. Satz von Art. 87 Abs. 1 ohne Wirkung. Erweist sich aber umgekehrt, dass ein in einem solchen Staat ergangener Entscheid im ausländischen Wohnsitzstaat anerkannt wird, dann bedeutet das auch, dass sich dieser Staat mit dem Nachlass befasst, und zwar auf der Grundlage seiner Rechtsordnung, zu der auch das Internationale Privatrecht gehört⁸. Es reicht damit völlig aus, sich wie bisher mit dem 1. Satz von Art. 87 Abs. 1 zu befassen, womit die Zuständigkeit am Heimatort schlicht davon abhängig ist, ob sich der Wohnsitzstaat nicht mit dem Nachlass befasst, sei es direkt oder indirekt über die Anerkennung von Entscheiden von Drittstaaten.

B. Lageort (Art. 88)

[5] Die neue Fassung dieser Bestimmung führt zuerst eine Einschränkung ein, insofern als sich die schweizerischen Behörden am Lageort von Vermögen nur mit dem Nachlass befassen, wenn sich die Behörden des Wohnsitzstaates nicht darum kümmern wollen. Was andere ausländische Staaten anbetrifft, so geht deren Kompetenz vor, «um Zuständigkeitskonflikte zu vermeiden», wenn sich die Behörden eines anderen Heimatstaates oder diejenigen des gewöhnlichen Aufenthalts mit dem Nachlass befassen. Diese letzteren Hypothesen sind selten. Gleich wie bei der entsprechenden Vorschrift in Art. 87 Abs. 1, 2. Satz, kommt diese Bestimmung gemäss Art. 96 Abs. 1 lit. d nur zum Tragen, wenn in einem solchen allenfalls sekundär bedeutsamen Staat ein Entscheid ergeht, der im ausländischen Wohnsitzstaat nach Art. 96 Abs. 1 lit. a anerkannt wird. Trifft das zu, dann kommt der erste Satz zum Zuge, insoweit als sich der betreffende Wohnsitzstaat mit dem Nachlass befasst und damit der schweizerischen Zuständigkeit vorgeht. Ist das nicht der Fall, dann kann die Entscheidung ohnehin in der Schweiz nicht anerkannt werden (Art. 96 Abs. 1 lit. d). Im Ergebnis erweist sich damit der neue 2. Satz von Art. 88 Abs. 1 als bedeutungslos.

⁶ Solche Konflikte werden in der Regel über die Klausel zur Rechtshängigkeit gelöst, die ausdrücklich aufgenommen wurde (Art. 88a), allerdings ohne darzulegen, wie das Verhältnis dieser Bestimmung zum Art. 87 Abs. 1 zu erklären ist. Die speziellere Norm in Art. 87 Abs. 1 geht wohl vor, auch wenn sie zur Folge hat, dass einige allenfalls bereits in der Schweiz erfolgte Massnahmen ihre Wirksamkeit verlieren, was im Parlament bedauert wurde (MÄITRE, AB NR 2023 S. 2206 f.). Anders ist die Antwort allerdings, wenn im betroffenen ausländischen Staat die primäre schweizerische Zuständigkeit respektiert wird.

⁷ Im Nationalrat hiess es, sie sei weder effizient noch wirksam und erst recht nicht rational (MÄITRE, AB NR 2023 S. 2206). BONOMI, supra Fn. 2, SRIEL 2024 S. 499 f., lässt diese Kritik unbeachtet, ebenso wie Art. 96 Abs. 1 lit. d *in fine*.

⁸ Vgl. BGE, 5A_973/2017, vom 4. Juni 2019, E. 3.1, 7.2.

C. Sichernde Massnahmen (Art. 89)

[6] Auf den ersten Blick bringt die Neufassung dieser Bestimmung kaum etwas Neues, geht es doch um die fast selbstverständliche Reserveregeln für den Fall, dass das erbrechtliche Los von in der Schweiz vorhandenen Vermögensteilen zu regeln ist. Es heisst denn auch, dass der Art. 89 nur geringfügig geändert worden sei, wobei darauf hingewiesen wird, dass ein ausländischer Wohnsitz nicht mehr verlangt ist⁹. Es blieb aber nicht bei dieser Kleinigkeit. Der Gesetzgeber hat den Zusatz eingefügt, dass in der Schweiz «keine Zuständigkeit nach den Artikeln 86–88» besteht. Diese Ergänzung darf man nicht unterschätzen, auch wenn sie bisher kaum beachtet worden ist.

[7] Der Vorbehalt der Artikel 86–88 teilt dem Art. 89 im Vergleich zu diesen Bestimmungen eine subsidiäre Funktion zu. Das versteht sich ohne weiteres in Bezug auf die Grundregel von Art. 86 Abs. 1, die ihrerseits bereits die Zuständigkeit zur Anordnung von sichernden Massnahmen miteinschliesst.

[8] Bedeutungsvoll sind die beiden verbleibenden Situationen, nämlich zum ersten der Fall des im Ausland wohnhaften schweizerischen Erblassers, der in der Schweiz Vermögenswerte hinterlassen hat, wobei Art. 87 vorgeht, und zum zweiten all die im Ausland wohnhaften Ausländer, die über Güter in der Schweiz verfügen, für deren Schutz Art. 88 massgebend ist. Damit bleibt für Art. 89 fast nichts mehr übrig. Denn besteht nach Art. 87 oder 88 eine Zuständigkeit in der Schweiz, so haben diese Bestimmungen den Vorrang. Besteht andererseits keine Zuständigkeit nach Art. 87 und 88, dann befasst sich die im betreffenden ausländischen Staat betroffene Behörde mit dem Nachlass, worauf die Schweiz Rücksicht nimmt, auch insoweit als die im Ausland getroffenen Massnahmen in der Schweiz anerkannt werden können (Art. 96 Abs. 1 lit. a, Abs. 3); nur wenn die letztere Voraussetzung nicht erfüllt ist, bleibt Raum für Art. 89.

[9] Die praktischen Auswirkungen einer solchen dem Text getreuen Auslegung sind nicht zu unterschätzen. Man denke etwa an die Banken, die sich gemäss Art. 87 am oft fern gelegenen Heimort des Erblassers vor den Gerichten einfinden müssten, um einem Verfahren zur Sicherung von Konten zu folgen, das bisher durchwegs am Sitz der Bank ablief. Der Bundesrat nimmt in seiner Botschaft den Ausweg, dass solche Vermögenswerte auch durch Art. 10 IPRG geschützt wären. Die Praxis wird diesem Rat folgen wollen. Allerdings ist dieser Weg sehr fraglich, denn es handelt sich bei Art. 89 um eine *lex specialis* im Verhältnis zu Art. 10, und überdies ist das Resultat auch insofern unsicher, als erbrechtliche Massnahmen zwar notwendig sein mögen, aber oft nicht so dringend sind, wie das die Rechtsprechung verlangt¹⁰. Dazu kommt ein wichtiger Unterschied betreffend die lokale Zuständigkeit: Der Vorbehalt in Art. 89 erklärt die Behörden des Heimorts (Art. 87) und diejenigen an jenem Lageort, die zuerst angerufen werden (Art. 88 Abs. 2), für zuständig; beide Gerichtsstände finden sich weder in Art. 89 noch in Art. 10.

[10] Einer engeren Interpretation gilt deshalb der Vorzug. Der Ausdruck «keine Zuständigkeit nach Art. 86–88» im Zusammenhang mit der Thematik des Art. 89 sollte sich nur auf sichernde Massnahmen beziehen. Die Heimatzuständigkeit nach Art. 87 Abs. 1 gilt für den Fall, dass sich die bezeichnete ausländische Behörde «nicht mit dem Nachlass befasst», und die Zuständigkeit am Lageort nach Art. 88 Abs. 1 umfasst «den in der Schweiz gelegenen Nachlass». Daraus ergibt sich die entsprechende Lösung, wie sie bereits in Art. 86 Abs. 1 vorgesehen ist. Sind die schwei-

⁹ Vgl. MAYER, *supra* Fn. 2, AJP 2024, S. 688; KÜNZLE, *supra* Fn. 2, ZBGR 2024, S. 87 f.

¹⁰ Vgl. BGE 134 III 326 ff, 329–331; BGE, 5A_910/2017, vom 6. März 2018, E. 4.2.

zerischen Behörden für die Regelung des Nachlasses gemäss Art. 87 oder Art. 88 zuständig, so erstreckt sich ihre Zuständigkeit auch auf die sichernden Massnahmen; der Vorbehalt in Art. 89 ist wirksam. Im umgekehrten Fall, wenn keine Nachlasszuständigkeit nach diesen Bestimmungen besteht, lässt sich darauf auch keine Zuständigkeit zur Anordnung von sichernden Massnahmen stützen. Es bleibt dann beim Art. 89, einschliesslich dessen Bezeichnung der schweizerischen Behörden am Lageort. Die Massgeblichkeit von Art. 87 und 88 ist wenig überzeugend, doch ist dies die einzige Lösung, wenn man dem Vorbehalt im Art. 89 überhaupt einen Sinn zumessen will. Immerhin kann die Auslegung zu praktisch tragbareren Ergebnissen führen, wenn die betroffene ausländische Behörde zwar Massnahmen trifft, aber keine, die sich auf die Schweiz erstrecken und hier anerkannt und vollstreckt werden können. Das kann gleichwohl bedeuten, dass sie sich «mit dem Nachlass befasst», allenfalls auch mit der Möglichkeit der späteren Anerkennung der diesbezüglich ergehenden Entscheidungen. Die subsidiäre Zuständigkeit im Sinne von Art. 87 Abs. 1 oder Art. 88 Abs. 1 fällt dann weg, womit Art. 89 zum Tragen kommt.

III. Die Koordination der Zuständigkeiten

[11] Die Vereinheitlichung des Zugangs zu Gerichten und Behörden stellt ein zentrales Anliegen der Reform dar, zumindest im Verhältnis zu den EU-Staaten, die der EU-Verordnung zum Erbrecht beigetreten sind¹¹. Man wollte allerdings nicht die Schweizer Bürger daran hindern, die Regelung ihrer Erbschaft ausschliesslich den Schweizer Gerichten und Behörden anzuvertrauen (Art. 87 Abs. 2). Andererseits soll umgekehrt den Ausländern und den Schweizer Doppelbürgern der Weg offenstehen, die schweizerische Zuständigkeit auszuschliessen (Art. 88b). Auch sollen die erstbefassten ausländischen Behörden in ihrer Zuständigkeit geschützt werden (Art. 88a). Andere Methoden zur Koordination erbrechtlicher Zuständigkeiten sind nicht angesprochen worden¹².

A. Die Derogation der schweizerischen Zuständigkeit (Art. 88b)

1. Grundsatz

[12] Die Eigenart dieser neuen Regel besteht darin, dass sie nur die Wegbedingung der schweizerischen Zuständigkeit nach Art. 86 oder 87 beinhaltet, nicht aber die positive Übertragung der Zuständigkeit an einen anderen Gerichtsstand, wie man das als implizit eingeschlossen verstehen könnte¹³. Das bezeichnete ausländische Gericht kann eine solche Wahl akzeptieren, oder es kann aus anderen Gründen ohnehin zuständig sein, wie etwa gestützt auf Art. 10 der EU-Verordnung,

¹¹ Vorbehalten sind allerdings die bilateralen Verträge mit Italien und Griechenland (vgl. EuGH, C-21/22, vom 12. Oktober 2023, OP, Nr. 25–27), die nach Ansicht des Bundesrates «zusammen mit den betroffenen Staaten» zu überprüfen sind (BBl 2020 S. 3322). Weit wird das nicht führen, handelt es sich doch um ein Thema in der Aussenkompetenz der EU-Kommission.

¹² Vgl. dazu BUCHER, Commentaire romand, supra Fn. 3, Art. 88a Nr. 20–43.

¹³ Wie KÜNZLE, supra Fn. 2, ZBGR 2024, S. 85–87, meint. Im gleichen Sinne auch die Hinweise in: BBl 2020 S. 3323, 3328.

womit andererseits auch die Derogation der schweizerischen Zuständigkeit wirksam wird, wenn es sich um das Gericht eines Heimatstaates handelt¹⁴.

[13] Die Wahl muss in einer letztwilligen Verfügung enthalten sein. Die Gültigkeit der Klausel ist unabhängig von der Wahl des ausländischen Heimatrechts. Im Falle eines Erbvertrags (Art. 95 Abs. 2, 4) bleibt Art. 88b unberührt. Diese Bestimmung erwähnt allerdings nicht den Fall, dass mehrere Parteien am Erbvertrag oder zumindest an der Derogationsklausel nach Art. 88b teilhaben, womit sie alle an deren Wirkungen gebunden sind, insoweit als sie alle im gleichen Staat heimatberechtigt sind. Art. 51 lit. a sieht vor, dass eine einseitige Klausel nach Art. 88b den überlebenden Ehegatten für die Auflösung des Güterstands nicht bindet. Analog muss es sich gleich verhalten, wenn dieser Ehegatte den Erbvertrag gutgeheissen hat, ohne auch der Derogationsklausel zuzustimmen.

[14] Die Bezeichnung der ausländischen Heimatbehörden kann sich auf die ganze Erbschaft oder nur einen Teil davon beziehen. Art. 88b sagt nicht, wie ein solcher «Teil» zu bestimmen ist und nach welchem Recht. Die Situation ist besonders unklar, wenn die Erbmassen für die schweizerische Behörde und diejenige vor dem bezeichneten ausländischen Heimatgericht nicht gleich bestimmt werden. Entsprechend ist die Rechtslage unklar, wenn die an der Erbmasse Berechtigten ungleich bestimmt werden. Besitzt der Erblasser mehrere ausländische Nationalitäten, so bestimmt er eine davon. Dieser Heimatstaat bestimmt auch das anwendbare Recht für die Frage, ob sich die betroffenen Behörden mit dem Nachlass befassen. Dieses Recht ist allenfalls nicht das gleiche, wie das, das nach den Regeln des IPRG massgebend wäre.

[15] Der Ausschluss der schweizerischen Zuständigkeit nach Art. 86–88 wird nur wirksam, wenn im betroffenen ausländischen Heimatstaat «dessen Behörden sich mit den betreffenden Nachlasswerten befassen». Damit ist auch die Voraussetzung miteingeschlossen, dass die Entscheidung dieser Behörden in der Schweiz anerkannt werden können (Art. 96 Abs. 1 lit. c). Art. 88b kann seinen Zweck nur erfüllen, wenn der Ausschluss der schweizerischen Zuständigkeit mit der Anerkennung der im ausländischen Heimatstaat (oder in einem Drittstaat) ergehenden Entscheidung kompensiert wird. Diese Frage muss im Zeitpunkt der Unterschrift unter die Gerichtsstandsklausel geprüft werden.

[16] Bezieht sich diese Ausschlussklausel auf den «ganzen» Nachlass, wird der Umfang der Erbmasse nach dem schweizerischen IPR bestimmt, auch wenn das ausländische Heimatgericht nach seinem Recht anderer Meinung ist. Eine ähnliche Schwierigkeit stellt sich, wenn die berechtigten Erben oder anderen Personen in der Schweiz und im ausländischen Heimatstaat nicht die gleichen sind, mit dem Ergebnis, dass ein in diesem Staat ergangener Entscheid in der Schweiz nicht anerkannt werden kann (Art. 96 Abs. 1 lit. c). Diese letztere Bestimmung bezieht sich auf den «Nachlass» und nicht auf eine nur teilweise Wahl der Zuständigkeit oder des anwendbaren Rechts. Auch wenn man dieser Auffassung nicht folgen wollte, so werden sich doch zwei nicht vereinbare Entscheidungen gegenüberstehen, wenn zum Beispiel das Ergebnis der Auflösung des Güterstands nicht dasselbe ist, oder wenn etwa der Pflichtteilsberechtigte in Deutschland als Gläubiger behandelt wird (Art. 1967 Abs. 2 BGB), während er in der Schweiz zur Erbengemeinschaft gehört. Nicht minder problematisch wird es, wenn eine Herabsetzungsklage ansteht, damit der an seinem Pflichtteil berechtigte Schweizer Bürger nach Art. 91 Abs. 1, 3. Satz, zu seinem Erb-

¹⁴ MAYER, *supra* Fn. 2, AJP 2024 S. 687. BONOMI, *supra* Fn. 2, SRIEL 2024, S. 475, meint, dass Art. 88b auf alle Gerichtsstände nach Art. 10 verweist, was nicht zutrifft.

anspruch kommt. Die Auswirkung dieses Vorbehalts im Rahmen der Anerkennung nach Art. 96 Abs. 1 lit. c ist nicht verdeutlicht worden, ebenso wenig wie die Frage, ob der Erblasser via eine Klausel nach Art. 88b Abs. 1 denselben Vorbehalt umgehen kann.

[17] Man könnte meinen, dass sich die Schutznorm des Art. 91 Abs. 1, 3. Satz, nur auf das anwendbare Recht bezieht¹⁵. Das tut sie aber nicht. Es heisst, dass Schweizer Bürger «die Bestimmungen des schweizerischen Rechts über die Verfügungsfreiheit nicht abbedingen» können. Zu diesen Bestimmungen sind auch die Regeln über die Herabsetzungsklage zu zählen (Art. 522–533 ZGB). Der Vorbehalt in Art 91 Abs. 1 umfasst auch dieses jurisdiktionelle Element. Wenn dem nicht so wäre, so könnte die Derogation der schweizerischen Zuständigkeit nach Art. 88b Abs. 1 auch die Herabsetzungsklage erfassen, womit es dem Erblasser ein Leichtes wäre, den Vorbehalt betreffend den Pflichtteil in Art. 91 Abs. 1 zu umgehen. Gleich verhält es sich in Bezug auf Art. 96 Abs. 1 lit. c. Die dort angesprochene Wahl des Heimatrechts kann nur in den Grenzen des Vorbehalts nach Art. 91 Abs. 1, 3. Satz, anerkannt werden.

[18] Der Erblasser kann sich auch konkret mit einem Grundstück im Ausland befassen, wenn er befürchten muss, dass die betroffenen Behörden ein Schweizer Urteil aus anderen als den nach Art. 86 Abs. 2 massgebenden Gründen nicht anerkennen könnten. Die Zuständigkeit dieser Behörden würde dann einseitig festgelegt und die Kompetenz der schweizerischen Behörden entsprechend ausgeschlossen. Das geht nicht ohne Risiko, da es sich nicht um eine Prorogation zugunsten der ausländischen Behörde handelt. Diese Behörde kann nach ihrem eigenen Recht nicht zuständig sein. Wenn das nicht zutrifft, so äussert sich das in aller Regel dadurch, dass die lokale Zuständigkeit als exklusiv deklariert wird; dann gilt aber aus Schweizer Sicht Art. 86 Abs. 2 IPRG. Sollte das nicht zutreffen, weil man etwa aus Schweizer Sicht die Übergabe eines Chalets an die Geschwister den lokalen Börden überlassen will¹⁶, so drängt sich eine Gerichtsstandsbezeichnung nach Art. 88b nicht auf, da die Zuständigkeit der dortigen Behörden nicht über den Art. 10 Abs. 2 der EU-Verordnung hinausgeht, womit die Derogation nach Art. 86–88 keinen Sinn macht. In einem solchen Fall wäre es naheliegender, die Wahl der massgebenden Zuständigkeit den Erben zu überlassen, wobei allenfalls ein Zuständigkeitskonflikt im Wege der Rechtshängigkeitsklausel (Art. 9, 88a) beurteilt werden kann. Im Übrigen dürfte der noch einfachere Weg darin bestehen, dass die zuständige schweizerische Behörde das Ergebnis der Nachlassabwicklung im ausländischen Immobilienstaat inzidenter in die Erbteilung in der Schweiz aufnimmt, sobald genügende Hinweise für eine sinnvolle Regelung vom betroffenen Staat erhältlich sind.

2. Der Einfluss der EU-Verordnung

[19] Ein bedeutender Unterschied zwischen Art. 88b Abs. 1 IPRG und Art. 10 Abs. 1 lit. a der Verordnung besteht darin, dass sich der Ausschluss der schweizerischen Zuständigkeit auf den ganzen oder einen Teil des Nachlasses beziehen kann, während das nach der Verordnung zuständige Heimatgericht über den gesamten Nachlass befindet¹⁷. Trifft dieser letztere Fall nicht zu, so bleibt es bei der schweizerischen Zuständigkeit für den nicht betroffenen Teil des Nachlasses (Art. 86, 87 Abs. 1). Die Nachlasszuständigkeit im europäischen Heimatstaat nach Art. 10 der Verordnung fällt weg. Damit bleibt aber auch der Ausschluss nach Art. 88b Abs. 1 für den vom

¹⁵ So BONOMI, *supra* Fn. 2, SRIEL 2024, S. 476, 480.

¹⁶ So WIDMER LÜCHINGER, *supra* Fn. 2, S. 38.

¹⁷ EuGH, C-55/23, vom 17. Juli 2023, PA, Nr. 25 f.

Erblasser bezeichneten Nachlassteil wirkungslos. Allenfalls kann der Vorbehalt der Rechtshängigkeit (Art. 88a) eine andere Ausnahme eröffnen.

[20] Hat sich der Erblasser in seiner Ausschlussklausel auf den ganzen Nachlass bezogen, so will das allerdings noch nicht heissen, dass die nach Art. 10 Abs. 1 lit. a zuständige Behörde einen Entscheid treffen wird, der in einem Drittstaat wie der Schweiz anerkannt oder vollstreckbar erklärt werden kann. Dazu ist der Art. 12 Abs. 1 der Verordnung einschlägig, auch wenn diese Bestimmung eigenartigerweise in der Botschaft nicht erwähnt wird. Das erstaunt auch deshalb, weil von kompetenter Seite vorgetragen wurde, dass diese Regel besonders nützlich wäre und deshalb der Empfehlung gefolgt werden sollte, die gestützt auf Art. 10 ergangenen Entscheidungen (wie bisher) in der Schweiz nicht anzuerkennen, um damit die europäischen Behörden anzuregen, vom Art. 12 Gebrauch zu machen¹⁸.

[21] Eine Vollstreckbarerklärung ist in ihren Wirkungen auf die EU-Mitgliedstaaten beschränkt; sie wird in der Schweiz nicht anerkannt, wenn es sich um eine Vollstreckungsverfügung handelt, für die die schweizerischen Behörden ausschliesslich zuständig sind (Art. 28 IPRG). Gleich verhält es sich mit sichernden Massnahmen, deren Wirkungen den Raum der Mitgliedstaaten nicht überschreiten können (Art. 19, 43 EU-Verordnung). Die Person, die die Einrede der Unzuständigkeit gemäss Art. 12 Abs. 1 einwirft, kann geltend machen, dass eine nach Art. 10 erlassene europäische Entscheidung mit dem Schweizer Zivilrecht in Konflikt geraten könnte oder mit dem in der Schweiz anerkannten Erbrechten nicht vereinbar sein wird. Es kann sich dabei um unvereinbare Erbansprüche handeln, wenn die betroffenen Erben in Europa oder der Schweiz nicht dieselben sind, oder wenn die Erbmasse nicht die gleiche ist, weil der Anteil am Güterstand oder an Teilen der Erbmasse anders berechnet wird. Konflikte können auch dadurch entstehen, dass in der Schweiz sichernde Massnahmen oder Verwaltungs- oder Liquidationshandlungen vorgenommen wurden, die mit der vom ausländischen Richter angeordneten Erbteilung nicht vereinbart werden können.

3. Wann befassen sich die Heimatbehörden mit dem Nachlass?

[22] Im Unterschied zu den Art. 87 Abs. 1 und 88 Abs. 1 verlangt Art. 88b den positiven Nachweis, dass die bezeichneten Behörden «sich mit den betreffenden Nachlasswerten befassen», während bei den massgebenden Bestimmungen in Art. 87 und 88 der negative Nachweis verlangt ist, dass sich die verwiesenen Behörden mit dem Nachlass «nicht befassen». Der positive Nachweis stellt eine Voraussetzung der Einrede der Unzuständigkeit gestützt auf Art. 86–88 dar. Der massgebende Zeitpunkt ist die Klageeinleitung; daran anschliessend gilt die *perpetuatio fori*. Art. 88b enthält dazu keine Andeutung im Sinne einer Ausnahme.

[23] «Sich mit dem Nachlass befassen» schliesst aus schweizerischer Sicht auch den Umstand mit ein, dass sich die Prognose der Anerkennung in der Schweiz nach Art. 96 bestätigen lässt. Gilt die Wahl des Erblassers für den gesamten Nachlass oder bestimmte Grundstücke, so ist die Frage zu bejahen (Art. 96 Abs. 1 lit. b und c). Hat sich der Erblasser nur über mobile Güter als Teile des Nachlasses geäussert, so ist die Anerkennung nur möglich, wenn der Erblasser seinen letzten

¹⁸ So ANDREA BONOMI, Le Règlement européen sur les successions et son impact pour la Suisse, SJ 136 (2014) II, S. 391–435 (422 : « particulièrement utile »); IDEM, supra Fn. 2, SRIEL 2018, S. 179; GRAHAM-SIEGENTHALER/EBERHARD, supra Fn. 2, SRIEL 2020 S. 388; ANDREA BONOMI/PATRICK WAUTELET, Le droit européen des successions, Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012, 2.A. Brüssel 2016, S. 250/251, mit Hinweis auf Art. 96 Abs. 1 IPRG («instrument formidable»). Vgl. zur Illustration BGE, 5A_43/2021, vom 5. Dezember 2022, E. 3.2, 6.2.

Wohnsitz im Ausland hatte und sich die betroffenen Behörden nicht mit diesen Nachlasswerten befassen (Art. 96 Abs. 1 lit. a). Darüber hinaus gilt auch eine andere Einschränkung: Verlangt wird, dass sich die ausländische Heimatbehörde mit den «betroffenen Nachlasswerten befasst», insofern als sie über die Teilung und Einweisung der Erbgüter entscheidet, und nicht Massnahmen und Verfügungen erlässt, die ohnehin den schweizerischen Behörden vorbehalten sind.

[24] Der Ausschluss der schweizerischen Zuständigkeit kann sich in einigen (eher seltenen) Fällen auch auf die Heimatzuständigkeit nach Art. 87 beziehen. Gilt der Ausschluss dem subsidiären Gerichtsstand am Heimatort für den Fall, dass sich der ausländische Wohnsitzstaat mit dem Nachlass nicht befassen will, so hat die Regelung nach Art. 88b Vorrang. Anders ist die Situation, wenn eine Wahl nach Art. 88b getroffen und zusätzlich mit einer *professio iuris* zugunsten des schweizerischen Rechts verbunden wurde; die exklusive Zuständigkeit von Abs. 2 des Art. 87 geht dann auf der Grundlage von Art. 96 Abs. 1 (Ingress) vor, mit der zusätzlichen Wirkung, dass man nicht mehr bejahen kann, dass sich ein europäischer Gerichtsstand mit dem Nachlass befasst. Der Ausschluss der Zuständigkeit nach Art. 87 Abs. 2 in Art. 88b ist somit sinnlos.

4. Vorbehalte

[25] *Der Gerichtsstand in der Betreuung.* Im Parlament ist hervorgehoben worden, dass Art. 88b durch das Betreibungsforum zugunsten der Gläubiger durch Art. 49 SchKG abgedeckt wird¹⁹. Das ergibt sich insofern, als sich der Ausschluss im Sinne von Art. 88b nur auf die Art. 86–88 bezieht. Indessen ist die Bestimmung eines amtlichen Vertreters der vom Erblasser nach Art. 88b bezeichneten ausländischen Behörde überlassen, was allerdings voraussetzt, dass dieser Vertreter mit der Aufgabe betraut ist, in einer auf schweizerischem Territorium laufenden Betreuung aufzutreten. Analogerweise gehen auch die Regeln zum Schutz der Gläubiger in der Nachlassabwicklung dem Art. 88b vor.

[26] *Die Gerichtsstände des allgemeinen Teils des IPRG.* Der Wortlaut von Art. 88b scheint einfach zu sein: Die Gerichtsstände nach Art. 86–88 sind ausgeschlossen. Würde diese Logik gelten, wären die Zuständigkeiten nach Art. 2, 4, 5 und 6 nicht betroffen. Das gilt nicht für die Art. 2 und 4, die beide zurücktreten müssen, wenn ein Gerichtsstand prorogiert (Art. 5) oder stillschweigend akzeptiert (Art. 6) worden ist. Diese beiden Wahlgerichtsstände sind vom Gesetzgeber nicht vorbehalten worden. Die Erben und andere Berechtigte können noch auf die Wahl des Erblassers zurückkommen und sich auf die Zuständigkeit am letzten schweizerischen Wohnsitz des Erblassers (Art. 86) oder anderswo verständigen. Auch hindert Art. 88b die Erben nicht daran, sich auf einen anderen Gerichtsstand im Ausland zu berufen, sofern dieser in der Schweiz anerkannt ist (Art. 96). Art. 88b berührt auch den Art. 9 nicht, der in Art. 88a ausdrücklich vorbehalten wird. Für das Bundesgericht soll das in zweiter Reihe in der Schweiz an einem unzuständigen Forum befassende Gericht nicht so weit gehen, sich unzuständig zu erklären; es soll nur das Verfahren aussetzen, bis das erstbefassende ausländische Gericht ein Urteil gefällt hat, das in der Schweiz anerkannt werden kann²⁰.

[27] *Sichernde Massnahmen.* Der Ausschluss der schweizerischen Zuständigkeit kann nicht für Entscheide gelten, die sich nicht auf letztwillige Verfügungen beziehen, oder auf Bestimmungen,

¹⁹ AB SR 2022 S. 1358 f.; MAYER, *supra* Fn. 2, AJP 2024, S. 688.

²⁰ BGE 127 III 118 ff, 122. Die Rechtsprechung scheint allerdings nicht gefestigt zu sein; vgl. BGE, 5A_235/2012, vom 31. August 2012, E. 3.

die vom Erbstatut abweichen²¹. Das betrifft insbesondere Massnahmen wie die amtliche Verwaltung und Liquidation des Nachlasses. Art. 88b ist im Art. 89 nicht vorbehalten, was bedeutet, dass er keine Ausnahme an der in Art. 89 vorgesehenen Zuständigkeit der schweizerischen Behörden am Lageort vorsieht. Das würde ohnehin nur Sinn machen, wenn die vom Erblasser bezeichnete Heimatbehörde solche Massnahmen anordnen könnte, die in der Schweiz wirksam und vollstreckbar sind, was nach der EU-Verordnung in beiden Hinsichten nicht zutrifft (Art. 19, 43). In dieser Beziehung ist damit die Möglichkeit, sich mit dem Nachlass auf dem Wege von Schutzmassnahmen zu befassen, zum vornherein ausgeschlossen. Für solche Massnahmen gilt wie bisher die schweizerische Zuständigkeit nach den Art. 86–88, und überdies subsidiär Art. 89. Die zur Sicherung des Erbgangs nötigen Massregeln werden von Amtes wegen getroffen (Art. 551 Abs. 1 ZGB). Man kann sich nicht vorstellen, dass sich der Erblasser diesen zur Sicherung seines Nachlasses erforderlichen Entscheiden aufgrund von Art. 88b entziehen könnte. Entsprechend kann die Zuständigkeit betreffend die Siegelung, das Inventar, die Erbschaftsverwaltung und die Eröffnung der Erbschaft (Art. 551–559 ZGB) nicht ausgeschlossen werden.

[28] *Verwaltung, Teilung und Herausgabe der Erbschaft*. Beim Ausschluss nach Art. 88b geht es darum, gestützt auf eine letztwillige Verfügung oder einen Erbvertrag den Nachlass der Zuständigkeit eines ausländischen Heimatstaates «zu unterstellen», in der Absicht, dass sich die Behörden dieses Staates damit «befassen». Es geht um eine erbrechtliche «Verfügung», nicht um einen Vollzug (Art. 461, 481 ZGB). Sie betrifft Nachlasswerte allgemein, unabhängig von ihrer Lokalisierung. Hingegen kann der Erblasser nicht bestimmen, ob sich die Regelung der erbrechtlichen Verfügungsmacht über die Grenzen des bezeichneten Heimatstaates erstrecken soll, gleich wie er auch die Ausweitung der Verfügungsgewalt der schweizerischen Erbschaftsbehörden nicht über die Grenzen ausdehnen oder innerschweizerisch einschränken kann.

[29] Die amtliche Liquidation gehört nicht zur Verfügung über die Erbschaft. Der Erblasser kann die entsprechende Zuständigkeit nicht wegbedingen. Die Gläubiger können eine solche Massnahme beantragen, und zwar innerhalb der Frist von drei Monaten, die mit der Aufnahme eines Inventars beginnt (Art. 594, 595 ZGB). Das kann nur Sinn machen, wenn alle Nachlasswerte in der Schweiz erfasst werden können. Das gleiche gilt für die amtliche Mitwirkung bei der Teilung (Art. 609 ZGB). Man findet die gleiche Abgrenzung, wenn der Erblasser eine Wahl nach Art. 88b getroffen hat, deren Umsetzung verlangt, dass sich die bezeichnete ausländische Heimatbehörde mit dem Nachlass «befasst». Das tut diese Behörde nicht, wenn es sich um Verwaltungs- oder Vollzugshandlungen handelt, die Güter betreffen, die sich im Ausland befinden, in der Schweiz oder anderswo. Die EU-Verordnung stellt dazu deutlich fest, dass sich die Vollstreckbarkeit von Entscheidungen einer Gerichtsbarkeit in einem EU-Staat nur auf das Territorium dieses Staates beziehen kann (Art. 43), und dass dann, wenn eine solche Vollstreckungserklärung in einem Drittstaat wie der Schweiz nicht zu erhalten wäre, die europäische Gerichtsbarkeit auf die Ausübung ihrer Funktion verzichten kann (Art. 12 Abs. 1).

[30] In verschiedener Hinsicht wird man somit mit der Kombination von Bestimmungen konfrontiert sein, bei denen die einen zum (ausländischen) «Erbstatut» gehören, während die andern zur Vollstreckung und zur Erbverteilung gehören, die nur im Rahmen der Zuständigkeit schweizerischer Behörden und in Bezug auf die in der Schweiz gelegenen Nachlasswerte zum Tragen kommen.

²¹ BBl 2020 S. 3329.

[31] *Die Ausschlagung der Erbschaft.* Der Ausschluss der Zuständigkeiten nach Art. 86–88 bezieht sich auf die Unterstellung der Regelung («sich befassen») betreffend die Nachlasswerte. Die letztwillige Verfügung oder der Erbvertrag hat nichts mit der Erklärung eines Erben zu tun. Dieser ist zwar an dem vom Erblasser verfügbaren Erbteil mitberechtigt, doch kann die Verfügung des Erblassers nicht in das Recht eines Erben eingreifen, die Erbschaft auszuschlagen. Die Möglichkeiten des Erblassers, im Rahmen von Art. 88b über die erbrechtlichen Zuständigkeiten zu verfügen, haben keinen Einfluss auf die Zuständigkeit der Behörden, die Erklärung einer Ausschlagung entgegenzunehmen und zu verurkunden, auch wenn die Voraussetzungen und Wirkungen einer solchen Handlung dem Erbstatut unterstehen.

[32] Ist eine Ausschlagung durch einen Erben im Ausland erklärt worden, so kann sie in der Schweiz anerkannt werden, wenn sie in einem der in Art. 96 bezeichneten Staaten erfolgt ist. Im EU-Rahmen ist zu beachten, dass Erklärungen, die die Erbrechte betreffen, nach Art. 96 in der Schweiz nicht immer anerkannt werden können, wenn sie gemäss Art. 13 der Verordnung im Mitgliedstaat des gewöhnlichen Aufenthalts der betreffenden Person erfolgt sind. Eine solche Erklärung wird in den anderen Mitgliedstaaten gemäss der Verordnung anerkannt und sie kann sich auch vorfrageweise auf die Entscheidung über die Teilung der Erbschaft auswirken. Solange eine solche Wirkung aber nicht bestätigt ist (insbesondere bei einem Erblasser mit letztem Wohnsitz in der Schweiz) und eine Anerkennung nach Art. 96 nicht möglich ist, so kann Art. 88b einem Erben nicht das Recht entziehen, in der Schweiz Erklärungen betreffend seine Rechte an der Erbschaft zu verurkunden, insbesondere eine Ausschlagung, die in der Praxis im Vordergrund steht. Die schweizerische Zuständigkeit ist diesbezüglich besonders wichtig, da die Frist von drei Monaten relativ kurz ist (Art. 567 Abs. 1 ZGB) und nach dem Abschluss des Inventars zu laufen beginnt (Art. 568 ZGB)²². Auch die Annahme unter öffentlichem Inventar muss in der Schweiz möglich sein (Art. 589 ZGB), gleich wie die amtliche, sei es zum Schutz der Erben oder der Gläubiger (Art. 580, 593, 594 ZGB). Die unterschiedlichen Kompetenzen, in der Schweiz und im Ausland, können nicht einfach zu erfassen sein und allenfalls die Anerkennung in der Schweiz unmöglich machen. Das kann auch die an sich zuständige Heimatbehörde in der EU veranlassen, auf die Ausübung ihrer Zuständigkeit zu verzichten (Art. 12 Abs. 1). Ist die Ausschlagung in der Schweiz erfolgt, so entlastet sie den erklärenden Erben von seiner Verantwortung für die Erbschaftsschulden, auch wenn das im Ausland massgebende Recht eine solche Wirkung nicht kennt.

[33] *Das doppelte Erbstatut.* Art. 88b berührt in keiner Weise die Frage des anwendbaren Rechts. Führt die Wahl des Erblassers zum Heimatrecht des Erblassers in einem EU-Staat, so wird die nach Art. 10 Abs. 1 lit. a zuständige Behörde die Kollisionsnormen der Verordnung anwenden, was meistens zum Recht des gewöhnlichen Aufenthalts oder (im Falle einer Rechtswahl) zum Heimatrecht des Erblassers führt. Ist alsdann das Recht eines Drittstaates (ausser der Schweiz) massgebend, so kann das zu einer Aufspaltung des Erbstatuts führen, vor allem wenn sich Grundstücke in verschiedenen Staaten befinden, und die Diversität der Rechte noch durch den Renvoi erweitert wird (Art. 34).

[34] Die Derogation von der schweizerischen Zuständigkeit und damit die Harmonisierung mit der EU-Verordnung tritt dann ein, wenn die Zuständigkeit des vom Erblasser bezeichneten ausländischen Heimatstaats wirksam wird, auf dem Beschwerdeweg oder von Amtes wegen. Von

²² Eine Wiederherstellung der Frist ist denkbar, wenn gute Gründe bestehen, was bei komplexen Situationen mit Nachlassgütern in verschiedenen Ländern der Fall sein kann (vgl. BGE, 5A_823/2023, vom 5. März 2024, E. 3.1.1).

diesem Moment an ist die Zuständigkeit nach den Art. 86–88 «ausgeschlossen». Das hat zur Folge, dass von diesem Zeitpunkt an die Liquidation der Erbschaft den Kollisionsnormen der ausländischen Behörde folgt, hauptsächlich dann, wenn Art. 10 Abs. 1 lit. a der Verordnung massgebend ist und damit die Art. 20–23 zum anwendbaren Recht. Das bedeutet andererseits, dass bis zu diesem Zeitpunkt, das heisst solange als keine Heimatbehörden zuständig sind und sich «mit den betreffenden Nachlasswerten befassen», die Zuständigkeit gemäss den Art. 86–88 IPRG nicht ausgeschlossen ist und dass auch unabhängig vom Einschalten einer schweizerischen Behörde die Kollisionsnormen des IPRG anzuwenden sind. Sind diese Normen verschieden von denjenigen des vom Erblasser bezeichneten ausländischen Heimatstaats, vor allem wenn dieser nicht an der EU-Verordnung teilhat, so ergibt sich ein doppelspuriges Erbstatut, das nicht mit einer Spaltung des Erbstatuts zu verwechseln ist, da die Nachlasswerte sukzessive von verschiedenen Rechtsordnungen erfasst werden. Die Erben und deren Notare werden damit mit einer Unsicherheit über das entscheidende Erbstatut zu leben haben, die erst geklärt sein wird, wenn die ausländische Heimatbehörde mit dem Erbfall konkret befasst ist, allerdings unter dem Vorbehalt, dass die dort hängige Klage nicht zurückgezogen wird oder die betreffende Behörde sich für unzuständig erklärt, mit der Folge, dass das Erbstatut wieder in die Bestimmungen des IPRG zurückfällt. Das bedeutet auch, dass in der Schweiz vollzogene Verfahrenshandlungen nicht immer gültig bleiben, wenn die Erbschaft in der Folge des Ausschlusses der schweizerischen Zuständigkeit nach Art. 88b in eine andere Rechtsordnung übergeht. Der Gesetzgeber hat sich nicht dazu geäußert, was der eigentliche Sinn eines solchen Verfahrenswirrwars sein soll, der die Verwaltung und Auflösung der Erbschaft ausserordentlich unübersichtlich werden lässt.

[35] *Der Zusammenhang mit dem Güterstand.* Art. 88b bezieht sich auch auf verheiratete Erblasser, was die Frage nach der Zuständigkeit für die Auflösung des Güterstands nach sich zieht. Die in Art. 51 lit. a vollzogene Anpassung scheint naheliegend: Es sind die Gerichte oder Behörden zuständig, die für die erbrechtliche Auseinandersetzung zuständig sind (Art. 86–89), aber «unter Ausserachtlassung von Artikel 88b». Die in Art. 88b vorgesehene einseitige Wahl des einen Ehegatten kann sich nicht auf die Vermögenswerte beider Partner beziehen²³. Immerhin muss in Bezug auf die Verteilung des Ergebnisses der güterrechtlichen Liquidation (Art. 216 Abs. 3 ZGB) die Aufteilung vor dem erbrechtlich zuständigen Gericht vorbehalten werden.

Ist Art. 88b anwendbar, so ergibt sich eine Spaltung der Zuständigkeiten. Die Erbschaft untersteht dem vom Erblasser bezeichneten Heimatstaat, während die Auflösung des Güterstandes dem schweizerischen Gericht an seinem letzten Wohnsitz vorbehalten bleibt (Art. 86 Abs. 1). Die Ausnahme von Art. 86 Abs. 2 ist in Art. 51 lit. a nicht vorbehalten und bleibt insofern bestehen. Die subsidiären Gerichtsstände nach Art. 87 Abs. 1 und Art. 88 Abs. 1 sollten auch die güterrechtliche Auflösungsklage erfassen, zumindest als Vorfragen. Auch die schweizerische Heimatzuständigkeit nach Art. 87 Abs. 2 folgt nicht der Ausnahme nach Art. 88b; der Erblasser kann somit über die Zuständigkeit am Heimatort verfügen und dabei den anderen Ehegatten für die Auflösung des Güterstandes miteinbeziehen.

[36] Um die Gleichbehandlung der Ehegatten zu sichern und die erbrechtlichen und güterrechtlichen Gerichtsstände zu vereinen, empfiehlt die Botschaft dem «anderen Ehegatten», der «Zuständigkeitsregelung (Prorogation) nach Artikel 88b» zuzustimmen, die dann auch für die güterrechtliche Auseinandersetzung zu beachten wäre, «sofern die Voraussetzungen von Artikel 5

²³ BBl 2020 S. 3322.

IPRG erfüllt sind»²⁴. Der beidseitige Hinweis auf Art. 88b und Art. 5, die ja nicht gleichzeitig anwendbar sein können, zeigt, dass das nicht so einfach ist. Zunächst kann von einer «Prorogation» in Art. 88b keine Rede sein; es geht nur um den Ausschluss der Zuständigkeiten nach Art. 86–88. Diese Wirkung setzt voraus, dass der Erblasser die Zuständigkeit eines seiner ausländischen Heimatstaaten bezeichnet. Dieser Heimatstaat ist nicht immer auch derjenige des Ehepartners. Anders als die Botschaft meint, kann sich eine Verfügung nach Art. 88b nur auf den Nachlass beziehen; sie erfasst die Auflösung des Güterstandes nicht. Man hätte das in Art. 51 lit. a vorsehen können, doch das ist gerade nicht geschehen. Man kann deshalb dem «anderen Ehegatten» nicht anraten, der «Prorogation» nach Art. 88b zuzustimmen, wenn diese Bestimmung nach Art. 51 lit. a als gar nicht anwendbar bezeichnet wird²⁵. Eine Angleichung könnte nur auf der Grundlage von Art. 5 oder allenfalls Art. 6 IPRG erfolgen. Indessen gibt es nach Art. 5 keine einseitige Erklärung betreffend den Gerichtsstand. Es braucht eine übereinstimmende Willenserklärung beider Ehegatten. Es genügt die Schriftform, während Art. 88b eine letztwillige Verfügung verlangt, die mit Art. 5 nichts zu tun hat.

[37] Die erbrechtlichen Zuständigkeiten nach Art. 86–89 stehen somit für die güterrechtliche Auseinandersetzung offen, auch wenn ihnen die Regelung der Erbschaft entzogen ist. Entsprechend ist in einer Ergänzung zu Art. 58 Abs. 2 eingefügt worden, dass die (indirekte) Anerkennungszuständigkeit nach Art. 96 Abs. 1 lit. c für Entscheidungen über die güterrechtlichen Verhältnisse nicht gilt. Hat die Entscheidung des ausländischen Heimatstaates nicht nur die Regelung der Erbschaft, sondern auch die Auflösung des Güterstandes zum Inhalt, so kann dieser letztere Teil in der Schweiz nicht anerkannt werden. Doch nicht nur das: Auch die Regelung über den Nachlass kann nicht anerkannt werden, insofern als sie von der güterrechtlichen Auseinandersetzung abhängt, da deren Ergebnis unmittelbar auf die Bestimmung der Erbmasse und so auf die Verteilung auf die Erben und anderen Begünstigten Einfluss hat. Die Frage ist nicht selten aktuell, wenn der überlebende Ehegatte mit seinem Partner in die Schweiz eingewandert ist, und dabei davon Nutzen zieht, dass er rückwirkend der schweizerischen Errungenschaftsgemeinschaft untersteht (Art. 54 Abs. 1, 55 Abs. 1).

[38] Allerdings wird es auch oft vorkommen, dass das ausländische Heimatgericht die güterrechtliche Auseinandersetzung nur vorfrageweise beurteilt, um die Erbmasse bestimmen zu können. Die Güterstandsklage nach Art. 51 lit. a steht dann immer noch offen. Ist die Nachlassabwicklung im Ausland von der dort vorgenommenen Güterstandsregelung massgebend geprägt, so dürfte auch in einem solchen Fall die Anerkennung der erbrechtlichen Entscheidungsfindung in der Schweiz nicht eindeutig sein. Das hindert die Erben oder andern Berechtigten nicht daran, das Urteil im Ausland zur Vollstreckung zu bringen. Das könnte alsdann für den überlebenden Ehegatten bedeuten, in der Schweiz nicht zu lange zu warten mit einer Klage auf güterrechtliche Auseinandersetzung, mit der Aussicht auf einen günstigen Anteil an der Auflösung des Güterstands, der im Ausland noch rechtzeitig durchgesetzt werden kann, bevor der Nachlass unter den Erben im Ausland aufgeteilt wird. Die einseitige Wahl des Gerichtsstands gestützt auf Art. 88b ist auch unter diesem Gesichtspunkt nicht ohne Einfluss auf die güterrechtliche Auseinandersetzung.

²⁴ BBl 2020 S. 3323.

²⁵ BBl 2020 S. 3323.

5. Was bringt der Artikel 88b?

[39] Der wesentliche Zweck von Art. 88b besteht darin, die Beurteilung der Erbschaft und deren Teilung der Zuständigkeit ausländischer – vor allem europäischer – Staaten zu unterstellen und die Harmonie der Entscheidungen dadurch zu sichern, dass die Schweiz darauf verzichtet, die Gerichtsbarkeit der eigenen Gerichte auszuüben. Damit dieses Ziel erreicht werden kann, müssen (a) die betroffenen ausländischen Staaten die Ausübung ihrer Zuständigkeit annehmen und (b) deren Entscheidungen in der Schweiz anerkannt werden und sich so den Entscheiden gleichstellen, die die schweizerischen Gerichte ihrerseits treffen könnten. Art. 88b, auch kombiniert mit Art. 96, erreicht diesen zweiten Teil der vom Gesetzgeber in Aussicht gestellten Zielsetzung nicht.

[40] Die Gerichte des Heimatstaates des *de cuius* sind gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. a der EU-Verordnung zugänglich, aber nur für die Nachlassteilung. Die Wahl, dass dies nur für einen Teil des Nachlasses gelten soll, führt ins Leere. Sollte die begrenzte Wahl sich auf einen Grundstücksstaat beziehen, so ist dessen Zuständigkeit in Art. 10 Abs. 2 sehr einschränkend definiert, und zwar so, dass man sich in den meisten Fällen in einer ohnehin nach Art. 86 Abs. 2 anvisierten ausschliesslichen Zuständigkeit des Lagestaates befindet (und nicht in Art. 88b Abs. 2). In der Praxis wird man in eher traditioneller Weise vorgehen: Statt abrupt die schweizerische Zuständigkeit auszuschalten, so wird der schweizerische Richter klugerweise zuwarten, bis die Aufteilung des im Ausland liegenden Grundstücks geregelt ist oder zumindest voraussehbar wird.

[41] Der Erblasser, der die Regelung seines Nachlasses den Behörden eines seiner Heimatstaaten überlassen wollte, sollte sich bewusst sein, dass die Entscheidungsharmonie von der Schweiz nicht ohne einige nicht unbedeutende Hindernisse gewährt werden kann. Das mögliche Auseinanderklaffen der Auflösung des ehelichen Güterstandes, die für die Schweiz in Art. 58 lit. a vorbehalten ist, kann sich unmittelbar auf die Bestimmung der Erbmasse und deren Verteilung auswirken. Auch wenn die Erbschaft nicht direkt betroffen werden sollte, so wird doch dem Umstand Vorschub geleistet, dass innerhalb der EU in der Regel auf das Recht am ersten ehelichen Wohnsitz abgestellt wird, während in der Schweiz die aus der EU Eingewanderten rückwirkend mit dem Ergebnis der Errungenschaftsbeteiligung rechnen können. Man darf in der Praxis auch nicht übersehen, dass mit einer Wahl nach Art. 88b die massgebenden Regeln über die Zuständigkeit der schweizerischen Behörden für ergänzende Massnahmen und die Liquidation des Nachlasses nicht ausgeschaltet werden. Die Koordination mit dem vom Erblasser bezeichneten ausländischen Heimatgericht wird nicht einfach sein, und es ist damit zu rechnen, dass die betroffenen Parteien weder vor noch nach dem Erbfall rechtzeitig darüber aufmerksam gemacht worden sind.

[42] Man wird jedenfalls verstehen, dass die Empfehlung, auf dem Weg des Gesetzgebers im Sinne von Art. 88b vorzugehen, seinen Preis haben wird, vollgefüllt mit Unsicherheiten und Komplikationen und einer Reihe von Ausnahmen. Der mit Voraussicht handelnde Erblasser wird sich nicht darauf einlassen.

B. Die Rechtshängigkeit (Art. 88a)

[43] Der Gesetzgeber wollte im 6. Kapitel eine erweiterte Regel über die Rechtshängigkeit im Sinne von Art. 9 einfügen. Der bekannte Grundsatz soll im internationalen Erbrecht «sinngemäss» auch für das «Nachlassabwicklungsverfahren als Ganzes» gelten. Nach der Botschaft soll Art. 9 auch für das «nicht-streitige Nachlassverfahren» gelten. Das setzt allerdings voraus, dass eine

solche Ausweitung «sinngemäss» («par analogie») denkbar ist. Auffallen muss auch, dass es im schweizerischen Erbrecht keinen Begriff der Rechtshängigkeit gibt, der die Bedeutung hätte, wie sie dem Art. 88a zugerechnet wird (vgl. Art. 28, 62, 263, 269 lit. b ZPO). Man müsste also im Einzelfall wissen, ob es sich um einen internen oder einen internationalen Sachverhalt handelt (Art. 1 Abs. 1 IPRG).

[44] Art. 88a beruht ursprünglich auf der Idee, dass sobald eine Behörde in einem (an der Verordnung beteiligten) Mitgliedstaat der EU mit der Nachlassabwicklung befasst ist, sei es aufgrund einer Vorlage einer Partei oder von Amtes wegen, gestützt auf eine entsprechende Entscheidung oder die Registrierung des Erbfalls (Art. 14), die Schweiz die Priorität dieser Gerichts- oder Behördeninstanz anerkennt, insoweit als sie nicht im Sinne von Art. 12 Abs. 1 das Verfahren beschränkt. In der Folge würden die auf dem Verwaltungsweg eingeleiteten Nachlassverfahren, wie das in Österreich und den Staaten des common law der Fall ist, auf der Grundlage von Art. 88a jede in der Schweiz eingeleitete oder in Aussicht stehenden Nachlassabwicklung zum Stillstand bringen, wenn die ausländische Zuständigkeit auf Art. 7 (infolge *professio iuris* zugunsten des Heimatrechts) oder Art. 10 der Verordnung beruht und damit nach Art. 96 Abs. 1 in der Schweiz anerkannt werden kann.

[45] Der Bundesrat ging davon aus, dass der neue Art. 88a nicht nur auf das «Klageverfahren», sondern auch auf das «Nachlassverfahren» anwendbar sein soll, die durch ein Gesuch eingeleitet wird, wozu auch die Abgabe eines Erbscheins gehöre²⁶. Der Wortlaut bringt allerdings wenig Klarheit, wenn er zum Begriff des «Verfahrens» noch den Ausdruck «als Ganzes» beifügt. Ein solches ganzheitliches Verfahren gibt es nicht. Die Meinung geht eher dahin, dass jeder Verfahrensschritt, der im Laufe des Erbgangs praktisch wird, von Art. 88a erfasst wird. Eine Neuigkeit bringt diese Regelung somit nicht, was auch damit erklärt werden kann, dass analog auf Art. 9 verwiesen wird, nicht aber auf die parallele Bestimmung in Art. 27 Abs. 2 lit. c²⁷.

[46] Art. 9 gründet auf dem Vorliegen einer «Klage», die auf demselben «Gegenstand» beruht wie die im Ausland hängige Klage. Im Erbrecht bezieht sich eine solche Klage auf einem subjektiven Erbenspruch, über den mit materieller Rechtskraft entschieden wird. Die zuerst im Ausland eingeleitete Klage hat somit zur Folge, dass das schweizerische Gericht das Verfahren aussetzen muss, wenn im Ausland mit einer in der Schweiz anerkehbaren Entscheidung zu rechnen ist. Der Zweck besteht darin, «widersprüchliche Urteile» zu vermeiden²⁸. Dazu gehört, dass nur solche Entscheidungen in der Schweiz wirksam sein können, wenn sie die Voraussetzungen von Art. 96 erfüllen und einen «Rechtsstreit» zwischen den gleichen Parteien und über den denselben Gegenstand betreffen, wofür Art. 27 Abs. 2 lit. c massgebend ist, dessen analoge Erweiterung im Sinne von Art. 88a vom Gesetzgeber nicht in Betracht gezogen worden ist.

[47] Eine Klage ist jedoch grundverschieden von einer vorsorglichen oder sichernden Massnahme, die bezweckt, dass die Nachlasswerte in ihrem Zustand und Wert geschützt sind, im Hinblick auf eine noch anstehende Teilung der Erbmasse. Eine Klage wird im Sinne von Art. 9 «hängig» gemacht, nicht aber ein Gesuch um sichernde Massnahmen, welche allenfalls gar von Amtes wegen

²⁶ BBl 2020 S. 3326; MAYER, supra Fn. 2, AJP 2024 S. 686; HEINZMANN, supra Fn. 2, S. 176; BONOMI, supra Fn. 2, SRIEL 2024 S. 501.

²⁷ Der Begriff der Rechtshängigkeit ist in beiden Bestimmungen derselbe; vgl. BGE 4.8.2022, 5A_1015/2021, E. 6.2.1.1.

²⁸ BGE 4.8.2022, 5A_1015/2021, E. 6.2.

getroffen werden können²⁹. Der Unterschied lässt sich auch daran erkennen, dass der Gesetzgeber den Art. 88a zwischen die Regeln über die Erbteilung (art. 86–88) und diejenige über die sichernden Massnahmen (Art 89) eingefügt hat. Der Verweis in Art. 89 auf die Art. 86–88 erfolgt somit unabhängig von der Klausel über die Rechtshängigkeit. Vorsorgliche Massnahmen können deshalb auch dann angeordnet werden, wenn das in zweiter Reihe angesprochene Gericht das Verfahren aussetzen muss³⁰. Die Botschaft meint ebenfalls, dass die gleiche Lösung im Rahmen von Art. 89 gelten müsse, insbesondere wenn eine schweizerische Behörde an sich zuständig wäre, aber das Verfahren infolge einer ausländischen Rechtshängigkeit aussetzen muss³¹. Ganz allgemein gilt ja, dass die Ausnahme der Rechtshängigkeit in Bezug auf vorsorgliche Massnahmen nicht zur Geltung kommt.

[48] Die gleichen Leitlinien gelten auch für das Erbschaftszeugnis, das nicht zum Zweck hat, über die Ansprüche der als Erben bezeichnete Personen zu verfügen. Eine solche Urkunde lässt sich nicht mit einem Urteil gleichsetzen. Die Erstellung und Abgabe eines Erbscheins stellt eine vorsorgliche Massnahme dar, die den Erben erlaubt, über Nachlasswerte zu verfügen, ohne ihnen aber die entsprechenden Rechte endgültig zuzusprechen³². Sichernde Massnahmen, wie diejenigen nach Art. 552–559 ZGB, womit auch die Abgabe eines Erbscheins erfasst ist (Art. 559 ZGB), sind vorsorglicher Natur. Sie haben keine materiellen Rechtswirkungen und können jederzeit geändert werden³³. Wollte man den Erbschein in die Klausel über die Rechtshängigkeit einschliessen, so wäre man in der Schweiz sehr oft mit der Situation konfrontiert, dass eine ausländische Behörde bereits vorgängig eingeschaltet wurde, mit dem Effekt, dass keinerlei Verfügungshandlung in der Schweiz vorgenommen werden könnte, solange der im Ausland beantragte Erbschein nicht erhältlich wird.

[49] Gleich verhält es sich mit der Eröffnung des Testaments (Art. 557 Abs. 2 ZGB). Wird sie beantragt, so wird damit der Verfahrensschritt der Rechtshängigkeit nicht ausgelöst. Wenn man in einem solchen Fall das Verfahren aussetzen sollte, weil das gleiche oder ein anderes Testament bereits im Ausland vorgelegt worden ist, so könnte die schweizerische Behörde die Monatsfrist nach Art. 557 Abs. 1 ZGB nicht einhalten. Sie muss die Eröffnung vornehmen; es werden keine Zuständigkeitskonflikte aktuell, da die Übermittlung des Testaments an die eingeladenen Personen keine definitiven Wirkungen zur Folge hat. Absurd würde diese These vor allem dann, wenn das Testament in der Schweiz eröffnet wird und dabei zum Vorschein kommt, dass der Erblasser eine Zuständigkeitsverweisung im Sinne von Art. 88b getroffen hat, mit der Folge, dass die schweizerische Zuständigkeit zur Testamentseröffnung nachträglich wegfallen würde. Besonders kritisch wird die These, dass Art. 88a auch auf blosse Verfahrenshandlungen anwendbar wird, im Verhältnis zu Österreich und den Staaten des common law, wo das Nachlassverfahren im Zeitpunkt der Mitteilung des Todes von Amtes wegen eingeleitet wird. Das könnte zum *forum running* führen, mit der Folge, dass Erben auf die Priorität der ausländischen Nachlassbehörde pochen und von der in zweiter Linie angesprochenen schweizerischen Behörde verlangen, dass

²⁹ Die Botschaft meint allerdings, dass die Regelung der Rechtshängigkeit voraussetzt, dass ein Gesuch eingereicht wird (BBl 2020 S. 3362).

³⁰ Vgl. BGE 122 III 213 ff.; BGE, 5A/2015, vom 29. Oktober 2015, E. 5.2.

³¹ BBl 2020 S. 3329.

³² BGE, 5A_252/2016, vom 7. Juli 2016, E. 1.2; BGE, 5A_469/2020, vom 28. März 2023, E. 2.1; BGE, 5A_504/2021, 19. Januar 2023, E. 1.2, 4.2, 4.5; BGE, 5A_221/2023, 5. Juli 2023, E. 3.1.

³³ BGE, 5A_763/2012, 18. März 2013, E. 5.2.1; BGE, 5A_418/2022, 14. November 2022, E. 3.2.2.1; BGE, 5A_221/2023 vom 5. Juli 2023, E. 3.1.

sie jeden Schritt der Nachlassabwicklung aussetzt. Die Wirkung von Art. 9 und Art. 88a geht nicht so weit, da die im Konflikt stehende ausländische Massnahme einer schweizerischen Verfahrenshandlung nicht vorgeht, insoweit als sie keinen «Rechtstreit» im Sinne von Art. 27 Abs. 2 lit. c betrifft, und sich sehr oft ohnehin nur auf das Territorium des betroffenen Ursprungsstaats beziehen kann, wie das in der EU-Verordnung illustriert wird (Art. 19 und 45).

IV. Die *professio iuris*

[50] Die Möglichkeit einer *professio iuris* zugunsten des Heimatrechts gehört zur Tradition und überrascht deshalb nicht. Auffällig ist nur die Umkehr der Art. 90 und 91, mit der Folge, dass die Kommentare neu geschrieben werden müssen, wenn man sich nicht auf dem Weg zum Vergleich mit dem alten Recht verlieren will. Die objektive Anknüpfung führt zum Recht am letzten Wohnsitz des Erblassers (Art. 90 Abs. 1). Eine Anpassung dazu hätte sich aufgedrängt, wenn der Entwurf des Bundesrates zur erbrechtlichen Unternehmensnachfolge Gesetz geworden wäre³⁴. Die Vorlage ist im Parlament abgelehnt worden, womit man auch nicht nachdenken musste, wie die Lücke betreffend das IPR hätte gefüllt werden müssen, ähnlich wie in der EU-Verordnung (Art. 30). Die Regel über den Renvoi (leicht verfeinert) und die Massgabe des schweizerischen Rechts für den Fall, dass am ausländischen Wohnsitz nichts geschieht (Art. 90 Abs. 2 und 3) sind geblieben, einschliesslich deren geringe Bedeutung in der Praxis.

[51] Zwei nicht ganz einfache Bestimmungen, die die Wahl der schweizerischen Zuständigkeit (Art. 87 Abs. 2) ergänzen, regeln in Art. 91 die dabei auftretenden Fragen nach dem anwendbaren Recht. Hat der Erblasser eine solche Wahl getroffen und betrifft sie seinen Nachlass «ganz oder teilweise», so gilt sie nach dem Abs. 2 auch als Unterstellung unter das schweizerische Recht, sofern er nichts Gegenteiliges angeordnet hat. Der Ausgangspunkt stellt somit eine Prorogation der schweizerischen Heimatzuständigkeit dar, an die eine Vermutung (nicht eine Wahl) der Massgeblichkeit schweizerischen Rechts anknüpft. Dies ergibt sich bereits aus Art. 87 Abs. 2³⁵, der überdies auch eine solche direkte Rechtswahl vorsieht, worauf sich Art. 91 Abs. 2 nicht bezieht, im Unterschied zur *professio iuris* nach Abs. 1, die allerdings keine Teilrechtswahl erwähnt. Eine solche ist nach Abs. 3 nur zulässig, wenn sie mit einer Prorogation der Zuständigkeit am Heimatort verbunden ist oder eine solche zur Folge hat, wenn nur über die Wahl des schweizerischen Rechts verfügt worden ist. Es ergeben sich so mehrfache Überschneidungen zwischen Art. 87 Abs. 2 und Art. 91, mit denen von der früher üblichen Gesetzgebungslehre kein Lob zu erhalten wäre.

[52] Für die Auslandschweizer fällt im Übrigen die Möglichkeit weg, das Recht ihres letzten Wohnsitzes zu wählen, wie das bis Ende 2024 vom bisherigen Art. 91 Abs. 2 noch vorgesehen war. Es hiess, dass es «fraglich» sei, ob eine solche Wahl noch dem hypothetischen Willen des Erblassers entsprechen könne, zumal damit der Gleichlauf zwischen Zuständigkeit und anwendbarem Recht entfallen würde³⁶. Dem ist nicht immer so, wenn etwa die Absicht bestand, dass ein Schweizer Bürger seinen Nachlass dem (ausländischen) Heimatrecht am gemeinsamen Wohnsitz seines Ehepartners unterstellen soll, damit für beide das gleiche Erbrecht gilt.

³⁴ BBl 2022 1637, 1638.

³⁵ Vgl. CAPAUL, *supra* Fn. 2, S. 65–69, 104.

³⁶ BBl 2020 S. 3332, 3334.

[53] Der Gesetzgeber hat sich nicht um solche Einzelheiten gekümmert, sondern bis zum Schluss die Auseinandersetzung um den Einschnitt in die *professio iuris* zugunsten der Erben von Schweizer Bürgern vertieft. Die Vertreter der Bundesverwaltung haben keine Mühe gescheut, um die unbegrenzte *professio iuris* im Parlament durchzufechten, ohne zu berücksichtigen, dass für den Bundesrat die eingegrenzte Rechtswahl zum Schutz der schweizerischen Pflichtteilsrben durchaus akzeptabel war³⁷. Auf Seiten der Theoretiker hat man Schlagworte wie «Liberalismus», «demographische Fakten», «Toleranz», «Gerechtigkeit des IPR», «Gleichbehandlung» und dergleichen vorgetragen³⁸ – ohne Erfolg. Der Umstand, dass in allen unseren Nachbarstaaten im Rahmen des Vorbehalts des *Ordre public* Ansätze zum Schutz der nächsten Erben anerkannt sind, und dass auch Norwegen kürzlich die schweizerische Lösung übernommen hat, wurde nicht beachtet, auch nicht von den Autoren der bundesrätlichen Botschaft³⁹. Für die Politik stand der Schutz der Erwartungen der Familie im Vordergrund, zumindest im Rahmen der legitimen Interessen der Schweizer Bürger⁴⁰. Der überlebende Ehegatte und die Nachkommen gehören zum engen Kreis der Familie; sie haben, jedes auf seine Art, zur Prosperität der Familie und damit auch zum Vermögen des Erblassers beigetragen. Die Schutzklausel im ehelichen Güterrecht (Art. 215 Abs. 3 ZGB) soll nicht umgangen werden können, indem den Berechtigten im Stadium der Erbfolge der legitime Anspruch auf einen Anteil am elterlichen Vermögen entzogen werden kann. Das im Interesse der Familie angereicherte Vermögen soll zumindest in beschränktem Rahmen im Erbfall im engeren Kreis geteilt werden. Es bleibt aber dabei, dass das für die ehelichen Nachkommen von Ausländern nicht gelten soll, einschliesslich dem dabei auftretenden Wertungswiderspruch: Die Ehegatten können nicht vereinbaren, dass der Vorschlag so aufgeteilt würde, dass er die Pflichtteile nichtgemeinsamer Kinder beeinträchtigen würde. Damit ist gemeint, dass ein solcher Schutz bei den gemeinsamen Nachkommen nicht nötig ist, weil diese im Erbfall so oder anders in ihrem Pflichtteil geschützt sind. Sind die Eltern Ausländer mit Wohnsitz in der Schweiz, so gilt dieser güterrechtliche Grundsatz ebenfalls (Art. 54 Abs. 1, 55 Abs. 1 IPRG). Auf dem Weg zur gerechten Lösung sollte man der Anregung folgen, die erwähnten güterrechtlichen Bestimmungen des ZGB, die deutlich auf den Schutz des Pflichtteils der gemeinsamen Nachkommen verweisen, erbrechtlich zu qualifizieren⁴¹, mit dem Ergebnis, dass mit der *professio iuris* dieser Pflichtteil auch bei Ausländern nicht abbedungen werden kann, wenn der überlebende Ehegatte vereinbarungsgemäss diesen Kindern im Hinblick auf die künftige Erbteilung keine entsprechende Beteiligung am Vorschlag anrechnen musste. Der Rückgriff auf den *Ordre public*, wie er den an der EU-Verordnung beteiligten Staaten offen steht, wäre denkbar, doch müsste dazu das Bundesgericht auf seine Rechtsprechung von vor bald 50 Jahren zurückkommen⁴².

[54] Der Wortlaut des Vorbehalts zur *professio iuris* hat sich gewandelt. Bisher hiess es, dass die «Unterstellung» unter das Heimatrecht des Erblassers «wegfällt» (alt Art. 90 Abs. 2). Die Neu-

³⁷ BR BAUME-SCHNEIDER, AB NR 2023 S. 2207, SR 2023 S. 1138.

³⁸ Vgl. BONOMI/WAUTELET, supra Fn. 16, S. 591–594; CAPAUL, supra Fn. 2, S. 31–33, 152; GAILLARD, supra Fn. 2, S. 226–250, 271, 305, 514; BBI 2020 S. 3332.

³⁹ Vgl. die Angaben in BUCHER, Commentaire romand, LDIP/CL, supra Fn. 3, Art. 91 Nr. 6–8.

⁴⁰ Der Vorbehalt gilt nach seinem Wortlaut für alle Schweizer Bürger, auch diejenigen, die diese Eigenschaft erst nachträglich (meist nach langjährigem Wohnsitz) erworben haben. Die von BONOMI, supra Fn. 2, SRIEL 2024, S. 480/481, vertretene Gegenmeinung widerspricht offensichtlich dem Gesetzestext und der Absicht des Gesetzgebers, der die bisher geltende Regelung in aArt. 90 Abs. 2 gerade bewahren wollte.

⁴¹ BERNARD DUTOIT/ANDREA BONOMI, Droit international privé suisse, 6.A. Basel 2022, Art. 56 Nr. 4; BUCHER, Commentaire romand, LDIP/CL, supra Fn. 3, Art. 56 n° 4.

⁴² BGE 102 II 136 ff.

fassung lautet in erweitertem Umfang dahin, dass Schweizer Bürger die «Bestimmungen des schweizerischen Rechts über die Verfügungsfreiheit nicht abbedingen» können. Mit diesen «Bestimmungen» wird auf alle einschlägigen Regeln des Zivilrechts, die den Pflichtteil betreffen (Art. 470–480), verwiesen, ebenso sehr wie die Art. 522–533 ZGB über die Herabsetzungsklage, die zur konkreten Durchsetzung des Pflichtteils gehört⁴³.

[55] Eigenartigerweise ist weder in der Botschaft noch in den parlamentarischen Beratungen darauf hingewiesen worden, dass sich die ganze Sorgfalt in der Bestimmung des Erbstatuts und dem Schutz des Pflichtteils in Luft auflöst, wenn der Erblasser in seiner letzten Verfügung eine Schiedsklausel eingefügt hat (Art. 178 Abs. 4).

V. Die Nachlassabwicklung (Art. 92)

[56] Die Abgrenzung des Erbstatuts vom Ortsrecht der mit dem Nachlass befassten Behörde bleibt Gegenstand subtiler Auslegungsfragen, was die Rolle des Willensvollstreckers oder Nachlassverwalters anbetrifft. Allerdings hat sich der Blickwinkel gekehrt. Im bisherigen Recht konnte man der Meinung sein, dass der Abs. 2 diesbezüglich zu eng sei, während im neuen Recht umgekehrt gefragt werden kann, ob die Neufassung nicht zu weit geht, wenn sie diesen Vertretern nicht nur Verfahrensfragen, sondern auch die «Berechtigung» am Nachlass und deren «Verfügmacht» nach dem Recht des Forums zuspricht. Die Absicht bestand darin, die Rolle eines «executor» in angelsächsischem Stil oder gleicherweise eines «administrators» sowie eines «Kurator» nach österreichischem Recht in den Rahmen des schweizerischen Rechts zu übertragen, was nach der Botschaft «problemlos» möglich sein soll⁴⁴. Das soll insofern gelten, als dass der Vertreter als Träger von Rechten handelt, die ihm im Erbstatut zugewiesen werden, ohne sich dabei den Rechten der Erben zu widersetzen, die diesen nach dem Erbstatut zugerechnet werden (Abs. 1). Der Willensvollstrecker soll nicht über mehr Rechte verfügen, als ihm nach dem schweizerischen Forumsrecht zustehen, womit er der Rolle eines «personal representative» nach englischem Recht nahe steht⁴⁵. Die amtliche Verwaltung, wie sie dem Willensvollstrecker obliegt, geht nicht weiter als eine sorgfältige Verwaltung des Vermögens, während die amtliche Liquidation ohne die Erben verläuft, hauptsächlich im Interesse der Erben. Der Auftrag des Willensvollstreckers besteht in der Beachtung des Willens des Erblassers und der Regelung von dessen Schulden und Verpflichtungen, bis zur Teilung der Erbschaft (Art. 518 ZGB). Die Rede ist von Pflichten und Aufgaben; damit sind nicht die subjektiven Erbrechte gemeint, die vom Erbstatut bestimmt werden. Das bedeutet im Ergebnis, dass die «Berechtigung» am Nachlass des nach ausländischem Recht ernannten Erbschaftsvertreters nicht weiter geht als die entsprechende Funktion im schweizerischen Recht, und dass er entsprechend auch über die «Verfügmacht» verfügt, die nicht mit der Verfügungsfähigkeit oder -freiheit zu verwechseln ist.

[57] Die Rechtslage ist allerdings eher konfus, wenn man die Botschaft mitberücksichtigt, wo es heisst, dass in denjenigen Fällen, in denen eine ausländische Entscheidung vorliegt, die in der Schweiz anerkannt werden kann (Art. 96), die Rechte und die Verfügungsmacht des Erbschafts-

⁴³ Es geht um alle («l'ensemble») Regeln des schweizerischen Rechts betreffend den Pflichtteil (BR BAUME-SCHNEIDER, AB NR 2023 S. 2207).

⁴⁴ BBl 2020 S. 3335.

⁴⁵ BGE 145 III 205 ff., 207-212.

vertreterers im Erbstatut zu finden sind, was vor allem im Falle einer *professio iuris* zugunsten des Heimatrechts von Bedeutung ist (Art. 96 Abs. 1 lit. c). Abs. 1 würde diesfalls umfassend gelten, und Abs. 2 wegfallen⁴⁶. Das kann indessen insofern nicht zutreffen, als ein solcher Entscheid die Funktion des Erbschaftsvertreterers für Handlungen in der Schweiz aufrechterhält, deren Ausübung nach Art. 92 Abs. 2 der schweizerischen Regelung betreffend die Nachlassabwicklung untersteht.

VI. Die Verfügungen von Todes wegen (Art. 93–95b)

[58] Der wesentliche Zweck des neuen Art. 94 besteht darin, dass die materielle Gültigkeit und Tragweite dem Recht am Wohnsitz des Verfügenden zum Zeitpunkt der Verfügung unterstehen soll, damit er dem Risiko entgeht, dass seine Anordnungen sich nach einem späteren Wohnsitzwechsel nach dem Recht des neuen Wohnsitzes als wirkungslos oder nicht umsetzbar erweisen (Abs. 1). Gleichzeitig ergibt sich allerdings damit eine Spaltung, wird doch das für das Testament massgebende Wohnsitzrecht dem Erbstatut zum Zeitpunkt des Todes (Art. 90) entzogen, mit der Folge, dass zwei verschiedene Rechte nebeneinander anwendbar sein können⁴⁷.

[59] In der eher einfachen Situation können drei Rechtsordnungen aufeinandertreffen: das Erbstatut (Abs. 1 oder 2), das für das Testament gewählte Heimatrecht (Abs. 3) und alternativ das Recht am Verfügungsort für die Form und die Verfügungsfähigkeit (Art. 93). Eine erste Erweiterung ergibt sich daraus, dass das Testamentsstatut dem Wohnsitzrecht zur Zeit der Verfügung untersteht (Abs. 1), während im Übrigen das Erbstatut am Wohnsitz zur Zeit des Todes gilt (Art. 90 Abs. 1). In einem anderen Fall kann der Vorbehalt des schweizerischen Pflichtteilsrechts (Art. 91 Abs. 1, 95b Abs. 2) eine zusätzliche rechtliche Komponente beitragen. Dabei muss es nicht bleiben. Hat der Verfügende mehrere Heimatrechte, so kann er jedes dieser Heimatrechte für je verschiedene Nachlasswerte in den jeweiligen Heimatstaaten berufen, mit der Massgabe, dass er entsprechend verschiedene letztwillige Verfügungen verfasst.

[60] In Art. 95 über die Erbverträge wird wie in Art. 94 klargestellt, dass der Wohnsitz des Verfügenden zur Zeit des Vertragsabschlusses massgebend ist (Abs. 1), während im Falle einer Rechtswahl betreffend den ganzen Nachlass der Zeitpunkt der Verfügung oder derjenige des Todes gelten soll (Abs. 2). Gibt es mehr als einen Verfügenden, so gelten diese Anordnungen für jeden von ihnen separat, auch wenn ihrem Erbvertrag eine gemeinsame Vereinbarung mit Bindungswirkung zugrunde liegt (Abs. 3). Darüber hinaus können die Verfügenden den Erbvertrag oder seinen Nachlassteil dem Wohnsitz- oder Heimatrecht eines der Verfügenden unterstellen, wobei entweder die Staatsangehörigkeit im Zeitpunkt des Vertragsschlusses gilt oder diejenige «im Zeitpunkt des erstversterbenden Verfügenden» (Abs. 4). Bis zum ersten Todesfall kann man diesen Tag nicht kennen.

[61] So lassen sich in einem Einzelfall das Zusammentreffen mehrerer Rechtsordnungen beobachten: die Erbstatute jedes der Verfügenden (Abs. 1 oder 2, Abs. 3), das für den Erbvertrag gewählte Wohnsitz- oder Heimatrecht eines von ihnen (Abs. 4), und alternativ das Recht am Verfügungs-

⁴⁶ BBl 2020 S. 3336. Vgl. GRAHAM-SIEGENTHALER/EBERHARD, supra Fn. 2, SRIEL 2020 S. 383 f.; KINGA M. WEISS/VANSELIS KALAITZIOLAKIS, Berechtigung des ausländischen Willensvollstreckers am Nachlass und seine Verfügungsmacht darüber, in Festschrift für Hans Reiner Künzle, Zürich 2021, S. 387–423 (404, 407, 408, 410 f., 415, 417 f.).

⁴⁷ Kritisch DUTOIT/BONOMI, supra Fn. 40, Art. 94 Nr. 5; BONOMI, supra Fn. 2, successio 2019 S. 243.

ort für die Form und Verfügungsfähigkeit (Art. 93). Gilt das Recht des Wohnsitzes im Moment des Abschlusses des Erbvertrags (Abs. 1), so kann für andere Fragen als diejenigen, die sich im Zusammenhang mit dem Erbvertrag stellen, noch das Erbstatut jedes der Verfügenden im Zeitpunkt des Todes dazu treten. Allenfalls ist noch das Schweizer Recht betreffend den Schutz der Pflichtteilsberechtigten mitzuberücksichtigen (Art. 91 Abs. 1, 95b Abs. 2). Besitzt einer oder beide Verfügenden mehrere Heimatrechte, so ist eine entsprechende Multiplikation der Heimatstatute denkbar. In der Praxis wird kaum jemand daran denken, sich in solchen Optionen zu verlieren.

[62] Dem Art. 95b wird der Praktiker kaum etwas entnehmen können. Die Definitionen in lit. a und b decken sich mit dem weiteren Begriff der materiellen Wirksamkeit in Art. 94 Abs. 1 und 95 Abs. 1. Die Verfügungsfähigkeit gehört nicht hierher (lit. c), da sie in Art. 5 der in Art. 93 verwiesenen Haager Konvention enthalten ist⁴⁸. Die «Anfechtbarkeit» ist kaum zur materiellen Wirksamkeit zu rechnen (lit. d). Allenfalls kann man darin einen Verweis auf die mit den materiellen Erbsprüchen verbundenen Klagerechte sehen; diese Ansprüche sind aber bereits von der Ausgangsdefinition in Art. 94 Abs. 1 und 95 Abs. 1 erfasst, und dass dazu ein Klagerecht gehört, ist selbstverständlich. Zur Zulässigkeit der letztwilligen Verfügung (lit. a) gehört auch die Zulässigkeit der darin enthaltenen einzelnen Anordnungen (lit. e), bzw. zu den «Wirkungen», die wiederum bereits in den Grundsatzregeln in Abs. 1 von Art. 94 und 95 angesprochen werden; sollte eine solche Anweisung Probleme schaffen, so muss man ohnehin auf die Auswirkungen auf die Verfügung als Ganzes zurückgreifen. Schliesslich wird für die Verfügungsfreiheit auf die Art. 90 und 91 verwiesen. Diese wichtige Frage wird damit den Bestimmungen in Abs. 1 entzogen. Überdies gilt auch der Vorbehalt betreffend die *professio iuris* zum Schutz der Schweizer Bürger, und zwar einschliesslich der dort mitverwiesenen Bestimmungen des ZGB. Damit ergibt sich eine Unklarheit in Bezug auf Art. 94 Abs. 2, wo von einer Verfügung über den ganzen Nachlass die Rede ist; eine solche Verfügung kann es nicht geben, wenn sie den Pflichtteil nach schweizerischem Recht nicht abbedingen kann. Naheliegenderweise wird man annehmen müssen, dass Art. 94 Abs. 2 insofern einschränkend zu verstehen ist. Ein Unterschied ergibt sich auch dann, wenn die *professio iuris* keinen Einschnitt erfährt oder gar nicht angeordnet wurde, aber gleichwohl nicht das Recht über die materielle Wirksamkeit zum Zeitpunkt der Verfügung im Sinne von Art. 95b Abs. 1 gilt, weil das Wohnsitz- oder Heimatrecht im Zeitpunkt des Todes für die Verfügungsfreiheit massgebend ist (Art. 90 Abs. 1, 91 Abs. 1). In der Praxis wird man deshalb jeweils abklären, ob und inwieweit die Regelung des Pflichtteils von der Verfügung des *de cuius* abweichen könnte.

VII. Ausländische Entscheidungen und Urkunden (Art. 96)

A. Grundsätze

[63] Die Neufassung von Art. 96 zeigt eine nur wenig bedeutsame Umstrukturierung im Absatz 1, insoweit als die lit. a in ihrem letzten Teil in lit. c abgespalten wurde. Die lit. d ist neu und zielt dahin, die Anerkennung am Ort subsidiärer Zuständigkeiten im Ausland ergangener Entscheidungen zu sichern. Es bleibt bei der Grundregel, dass Entscheidungen und gleichgesetzte Gestaltungsakte, die im Staat am letzten Wohnsitz des Erblassers ergangen sind oder dort anerkannt

⁴⁸ Die gegenteilige Meinung von BONOMI, supra Fn. 2, SRIEL 2024 S. 497, trifft nicht zu.

werden, in der Schweiz anerkannt werden (lit. a), wozu ergänzt wird, dass die gleiche Lösung für Entscheide gilt, die im Staat, wo Grundstücke liegen, getroffen wurden oder dort anerkannt werden (lit. b). Als allgemeiner Vorbehalt kommt hinzu, dass Art. 87 Abs. 2 jeweils vorgeht; die gewählte Heimatzuständigkeit hat damit bei Auslandschweizern durchwegs Vorrang, auch wenn am Heimatort noch kein Entscheid getroffen wurde⁴⁹.

[64] Die parallele Bestimmung für die *professio iuris* ist von lit. a weg- und in der lit. c eingeschoben worden. Zum einen soll damit ein im Heimatstaat ergangener Entscheid, dessen Recht der Erblasser gewählt hat, in der Schweiz anerkannt werden. Dazu hat der Gesetzgeber noch eine Ergänzung sowie eine Einschränkung angehängt. In Erweiterung der bisherigen Regel gilt die Anerkennung auch dann, wenn der Erblasser seinen Nachlass der Zuständigkeit des Heimatstaates unterstellt hat (mit oder ohne *professio iuris*). Andererseits ist der Fall, in dem eine in einem Drittstaat ergangene Entscheidung im Heimatstaat anerkannt wird, aus dem Gesetz gekippt worden.

[65] Die Bestimmung der Erbmasse setzt in vielen Fällen die Auseinandersetzung des ehelichen Güterstands voraus. Das kann im Dispositiv des Urteils über die Verteilung des Nachlasses und insofern den Bestimmungen über die Anerkennung nach Art. 58 folgen. Art. 96 schliesst sich für den erbrechtlichen Teil daran an. In der Regel wird die Auflösung des Güterstands allerdings lediglich vorfrageweise behandelt; es findet insofern keine Anerkennung im Sinne von Art. 96 statt und es gibt keine separate Anerkennung nach Art. 58. Im Streitfall bleibt damit die Frage der Berechtigung am güterrechtlichen Vorschlag offen, wobei die massgebenden Güterstände in der EU und in der Schweiz sehr oft unterschiedlich sind, da in der Schweiz anders als im europäischen Ausland das letzte Wohnsitzrecht rückwirkend gilt. Dem überlebenden Ehegatten wird oft anzuraten sein, das Ergebnis seines Anteils am Vorschlag in der Schweiz zu sichern, in vorsorglicher Weise oder durch eine Klage auf Aufteilung des Güterstands, deren Ergebnis im Ausland anerkannt werden kann. Der Gesetzgeber hat die Problematik im geänderten Abs. 2 von Art. 58 angesprochen, indem Art. 96 Abs. 1 lit. c von den im Übrigen auf das Güterrecht anwendbaren Vorschriften des Art. 96 ausgenommen wurde. Das soll bedeuten, dass der Entscheid betreffend das Güterrecht, der in dem vom Erblasser bezeichneten Heimatstaat gestützt auf Art. 88b Abs. 1 getroffen worden ist, in der Schweiz nicht anerkannt werden kann. Dabei hat man übersehen, dass die Anerkennung immer noch möglich ist, wenn sie im Staat des letzten Wohnsitzes des Erblassers anerkannt wird (lit. a), da die Ausnahme in Art. 58 Abs. 2 hier nicht greift. Immerhin kann man annehmen, dass der Vorbehalt in Bezug auf Art. 96 Abs. 1 lit. c auch dann gilt, wenn die güterrechtliche Auseinandersetzung im ausländischen Erbscheid nur vorfrageweise geregelt ist, wenn sie für die Bestimmung der Erbmasse und der Rechte des überlebenden Ehegatten von tragender Bedeutung war, womit für beide Aspekte die Regel von Art. 96 Abs. 1 lit. c wegfällt.

B. Offene Fragen

[66] Die Bestimmung in lit. d hinterlässt den Eindruck, dass eine Angleichung an Art. 10 der EU-Verordnung angestrebt wird. Im Unterschied zu diesem Art. 10 verlangt die lit. d noch, dass «der betreffende Staat sich nicht mit dem Nachlass befasst». Dabei handelt es sich um den Staat des

⁴⁹ Vgl. BGE, 5P.274/2002, 28. Oktober 2002, E. 4.1; BGE, 5A_653/2020, 2. Februar 2022, E. 2.1.

letzten Wohnsitzes des Erblassers⁵⁰. Diese Voraussetzung überschneidet sich mit der lit. a, die die Anerkennung in der Schweiz autonom bejaht, wenn Entscheide in diesem ausländischen Wohnsitzstaat «anerkannt werden», was bedeutet, dass sich dieser Staat «mit dem Nachlass befasst». Damit fehlt gleichsam definitionsgemäss eine der Voraussetzungen von lit. d. Ähnlich verhält es sich bei Grundstücken im Ausland, deren Nachlassbehandlung über die Bestimmungen von Abs. 1 lit. b und Abs. 2 geregelt ist. Man könnte noch an den Fall von beweglichen Nachlasswerten im Ausland denken, der allerdings in der Praxis ohne Interesse ist. Sollte man das gleichwohl anders sehen, so genügen die subsidiären Zuständigkeiten von Art. 87 Abs. 1 und 88 Abs. 1 voll auf.

[67] Die Regelung der Anerkennung in Art. 96 gilt auch für «Urkunden», die den Nachlass betreffen. Da können im Ausland Zuständigkeiten zur Verfügung stehen, die im Art. 96 nicht angeführt sind. Das gilt vor allem für rechtlich massgebende Erklärungen von Erben oder anderen Berechtigten über die Annahme oder vor allem die Ausschlagung von Erbrechten. Dafür stehen im Rahmen der EU den betroffenen Personen die Behörden im Staat ihres gewöhnlichen Aufenthalts zur Verfügung (Art. 13). Diese Zuständigkeit wird in Art. 96 nicht anerkannt, abgesehen vom Fall, dass sie im ausländischen Wohnsitzstaat des Erblassers anerkannt wird (Abs. 1 lit. a)⁵¹. Die Problematik wird sich vor allem dann stellen, wenn der Erblasser in der Schweiz an seinem letzten Wohnsitz verstorben ist, oder wenn er ausserhalb der EU in einem Staat wohnhaft war, wo die im Ausland am Wohnsitz eines Erben hinterlegte Erklärung nicht anerkannt wird. In Anbetracht der oft ziemlich kurzen Fristen wird man in der Praxis darauf achten, dass der Betroffene mehrere entsprechende Ablehnungen vollziehen soll. In der Schweiz müssen dafür die Zuständigkeiten nach Art. 86–88 zur Verfügung stehen, da mangels Anerkennung in der Schweiz die im Ausland erfolgte Ausschlagung nicht bedeuten kann, dass man sich dort «mit dem Nachlass befasst».

[68] Art. 96 bezieht sich auf ausländische Akte, nicht aber auf Rechte, die sich aus einer letztwilligen Verfügung ergeben, deren Geltung ausschliesslich auf den Art. 93–95b beruht. Die Anerkennung von Entscheidungen und «Rechten» nach Art. 96 kann diesen individuellen Rechten nicht widersprechen, ebenso wenig wie auf eine Herabsetzungsklage, für die in der Regel der Gerichtsstand nach Art. 86 Abs. 1 gilt. Der Schutz des Pflichtteils von Schweizer Erben (Art. 95b Abs. 2) kann zwar in einem ausländischen Heimatstaat umgangen werden, doch scheitert die Anerkennung in der Schweiz am Pflichtteilsschutz, dem der Schweizer Erblasser unterworfen ist⁵².

[69] Ausländische Erbscheine werden im Rahmen der anerkannten indirekten Zuständigkeiten nach Art. 96 ebenfalls anerkannt, wobei allerdings vorausgesetzt ist, dass sich ihr Inhalt in seinen Wirkungen auf die Schweiz erstreckt. Die Frage stellt sich etwa bei der Eintragung eines Erben als Nachfolger in den Rechten an einem Grundstück. Man hätte daran denken können, dass die Harmonisierung mit der EU-Verordnung in erster Linie die Anerkennung des europäischen Zertifikats in der Schweiz klarstellt. Die Unsicherheit besteht insofern, als sich dieses Zertifikat nach der Verordnung nur auf die Wirkungen in einem anderen Mitgliedstaat bezieht (Art. 62 Abs. 1, Art. 69 Abs. 1 und 5). Es hätte sich somit eine Klausel über die Ausdehnung der jeweiligen Wir-

⁵⁰ Obwohl die Syntax nicht ganz klar ist, kann es sich nicht um einen der drei erstgenannten Staaten handeln, denn die Bestimmung geht ja davon aus, dass dort eine Entscheidung getroffen worden ist.

⁵¹ So in der EU: CJUE, C-651/21, vom 30. März 2023, M.Ya.M., Nr. 46–55.

⁵² BBl 2020 S. 3345; BR BAUME-SCHNEIDER, AB NR 2023 S. 2207.

kungen auf die Schweiz aufgedrängt. Die Autoren der Botschaft haben es sich mit der Bemerkung einfach gemacht, dass darauf «nicht weiter eingegangen wird»⁵³.

C. Vollzug

[70] Art. 96 betrifft nur die Anerkennung, nicht aber die Vollstreckung der erwähnten Entscheidungen. Die Vollstreckbarerklärung untersteht den Behörden des betroffenen Staates⁵⁴. Das gilt etwa für die amtliche Liquidation (Art. 593–597 ZGB), einschliesslich des dazugehörenden Inventars. Dieses Verfahren untersteht der Kompetenz der schweizerischen Behörden am letzten Wohnsitz des Erblassers (Art. 86 Abs. 1) oder allenfalls den Behörden am Heimatort (Art. 87) oder am Lageort von Gütern (Art. 88). Hingegen hat die Derogationsmöglichkeit nach Art. 88b diesbezüglich keinen Einfluss. Gleich verhält es sich, wenn die Behörde an Stelle eines Erben an der Teilung teilnimmt (Art. 609 ZGB), wenn sie bei der Bildung der Lose mitwirkt (Art. 611 ZGB), oder wenn es zum Verkauf und anschliessenden Aufteilung des Erlöses unter den Erben kommt (Art. 612, 613 ZGB). Ist dabei mit Schwierigkeiten zu rechnen und ist davon auszugehen, dass allfällige Anordnungen einer europäischen Behörde in der Schweiz nicht durchsetzbar sein können, so kann das allenfalls auf Antrag eines Erben zum Verzicht dieser Behörde führen, sich mit den betroffenen Nachlasswerten zu befassen (Art. 12 Abs. 1 der Verordnung).

VIII. Die Wertschöpfung für die Praxis

[71] Das Gesamtergebnis der Arbeit des Gesetzgebers und der Bundesverwaltung ist wenig ergebnisreich⁵⁵. Eine Überzahl der neuen Bestimmungen ist bedeutungslos (wie Art. 87 Abs. 1, 2. Satz, Art. 88 Abs. 1, 2. Satz, 88a, 95a, 95b, 96 Abs. 1 lit. d), andere tragen beträchtliche praktische Mängel (Art. 89), wieder andere sind komplex und deshalb unklar (Art. 91 Abs. 2 und 3, Art. 92 Abs. 2) oder nicht empfehlenswert (Art. 88b, Art. 94 Abs. 3, 95 Abs. 4). Man spricht vom Bedürfnis der Harmonie zur EU-Verordnung, doch hat man einige auffallende Lücken hinterlassen, wenn man bedenkt, dass man sich nicht um den Art. 12 gekümmert hat, die Möglichkeit der Anerkennung des EU-Erbzertifikats nicht einmal erwogen hat, die *professio iuris* angleichen wollte, ohne zu beachten, dass die EU weder eine Teilrechtswahl noch eine separate Wahl des Statuts letztwilliger Verfügungen kennt, und auch keine Anpassung an die EU-Regelung der Ausschlagung des Erbes am Wohnsitz der Erben in Betracht zog. Wie lässt sich eine Reform des IPR des Erbrechts im Verhältnis zur EU oder gar weltweit auf die Beine stellen, ohne die Fragen der Koordination mit dem internationalen ehelichen Güterrecht einzubeziehen? Der Weg in die Praxis wird zum Hürdenlauf.

[72] Man darf hoffen, dass nach der bescheidenen Reform des 11. Kapitels zum Konkursrecht, der fehlgeleiteten «Toilettierung» des 12. Kapitels zur Schiedsgerichtsbarkeit und dem inhaltslosen

⁵³ BBl 2020 S. 3314. Inzwischen ist auch die EU-Verordnung 2023/2844 über die Digitalisierung der justiziellen Zusammenarbeit vom 12. Dezember 2023 (ABl EU 2023 L 2844, S. 1) zu beachten, die auch die EU-Verordnung zum Erbrecht erfasst (E. 14, 22, Art. 2 Ziff. 1, Anhang I).

⁵⁴ Art. 28, 51 lit. a IPRG, Art. 335–352 ZPO, mit dem Verweis auf das SchKG in Art. 335 und 349. Die gleiche Kompetenzverteilung gilt im Wesentlichen im EU-Raum (Art. 43 der Verordnung).

⁵⁵ Es sollte auch zu denken geben, dass in der Schlussabstimmung im Nationalrat ein Drittel der Mitglieder die Vorlage abgelehnt hat (AB NR 2023 S. 2614).

Euroturbo-Flickwerk am Erbrecht des 6. Kapitels nun Ruhe einkehrt. Die kleineren Arbeiten zur Bestimmung des Geschlechts (Art. 40a), zu den Kinderehen (Art. 45 Abs. 3) und zur Beweishilfe (Art. 11) lassen den fachlichen Überblick vermissen. Der Beizug von Wissenschaft und Praxis tut not, bevor das IPRG nur noch in Bruchstücken lebensfähig bleibt.

ANDREAS BUCHER, Prof.em., Universität Genf.