

Sonderdruck aus

Innovatives Recht

Festschrift für Ivo Schwander

Herausgegeben von Franco Lorandi und Daniel Staehelin

Peter Breitschmid / Ülkü Cibik

**Rechtswahl oder
Rechtsmissbrauch –
Gestaltungsoption oder
«Inländerbenachteiligung»?**

Rechtswahl oder Rechtsmissbrauch – Gestaltungsoption oder «Inländerbenachteiligung»?

PETER BREITSCHMID / ÜLKÜ CIBIK

Inhaltsübersicht

I. Ausgangslage	457
II. Rechtswahl zugunsten des ausländischen Heimatrechts – sog. <i>professio iuris</i>	459
1. Grundsatz	459
2. Grenzen der <i>professio iuris</i> / Pflichtteil und <i>ordre public</i>	460
3. Zulässigkeit der Rechtswahl und Rechtsmissbrauch	461
4. Rechtswahl zugunsten des ausländischen Rechts – eine «Inländerdiskriminierung»?	466
III. Weitere Probleme bei der Anwendung «fremder» oder verschiedener Rechtsordnungen auf einen Nachlass	467
IV. Schluss	469

I. Ausgangslage

1. Internationale Beziehungen gewinnen auch im Erbrecht (als Abbildung der familiären Beziehungen zu Lebzeiten) zunehmend an Bedeutung. Die Internationalität des Sachverhalts bedeutet eine (im Prinzip beliebige) Mehrheit biographisch (und damit rechtlich) relevanter Anknüpfungen – «Tourismus» alleine (von Geld oder Menschen) schafft indes nur vorübergehende und nicht in jedem Falle gleichermaßen relevante Beziehungen. Es stellt sich damit für Planung wie Abwicklung von Nachlässen die Frage, ob und in welchem Umfang welche von mehreren biographisch «gestreiften» Rechtsordnungen den gestalterischen Spielraum erweitern oder ob sich bei einer gesamtbiographisch letztlich «bezugslosen» Rechtswahl nicht doch – wenn auch entgegen BGE 102 II 136 (Hirsch c. Cohen) – die Annahme von Rechtsmissbrauch aufdrängen könnte. Die seinerzeit kontroverse Frage (Ziff. 13) wird aktuell nicht mehr mit gleicher Verve diskutiert (da tatsächlich der Pflichtteil nicht den Kern der Gerechtigkeit ausmacht), und doch gewinnt die Frage des Angehörigenschutzes im Blick auf die Harmonisierungsbestrebungen im Rahmen der EU-Erbrechtsverordnung (Art. 19 Abs. 2 lit. i des Kommissionsentwurfs) wieder an Be-

deutung. Unstreitig scheint nämlich, dass – wie überall – letztlich in bestimmten Konstellationen jegliche (im Prinzip zulässige) Gestaltung rechtsmissbräuchlich werden kann. Ob allenfalls in zweifelhaften Fällen auch Überlegungen möglich und nötig wären, der Mehrschichtigkeit biographisch verflochtener Sachverhalt durch mehrfache bzw. proportional zur Verweildauer quotal mehrfache Anknüpfungen Rechnung zu tragen, kann hier nicht im Detail geprüft werden, sei aber als Anregung einfach in den Raum gestellt. Es wäre dies ganz ohne Zweifel ein recht zweifelhafter «Gewinn» an Komplexität, andererseits aber wohl doch ein realer Gewinn an Gerechtigkeit insofern, als vielfältigeren Bezügen durch eindimensionale Lösungen nicht immer ausgewogen entsprochen werden kann, und in Extremfällen die Ergebnisse unbefriedigend sind.

2. Dies sei anhand des nachfolgenden Sachverhalts skizziert:

Ein Tscheche, geboren am 1. Oktober 1919, migrierte im Jahr 1948 aus der Tschechoslowakei nach England und erwarb fünf Jahre später die britische Staatsbürgerschaft. Bereits im Jahre 1956/57 wanderte er in die Schweiz aus, wo er – ohne jede weitere Beziehung zu Grossbritannien – ununterbrochen über 50 Jahre lang lebte. In der Schweiz heiratete er eine Italienerin, mit der er eine kinderlose Ehe führte. Seine Frau starb 2003, er starb 2007. Er hinterliess einzig eine im Jahr 1949 in der Tschechoslowakei geborene Tochter, mit deren Mutter er nie verheiratet war. Er stand aber immer in Kontakt mit Mutter und Tochter.

Die Tochter des Erblassers, Frau E.M., flüchtete 1968 aus der Tschechoslowakei und lebt seither ebenfalls dauernd in der Schweiz. Der Vater und sie konnten ab da ihre Beziehung vertiefen; er begleitete sie schon bei ihrem Asylgesuch zu den Behörden und gab sich immer als ihr Vater zu erkennen. Auch der in der Schweiz geborene Enkel M.M. weilte häufig bei seinem Grossvater. Es gibt daher nicht nur Korrespondenzen, in denen der Vater sich immer selbst als Vater bezeichnete, sondern er war auch in diversen amtlichen Urkunden seines Wohnsitzkantons als Vater der Tochter E.M. registriert (z.B. 1974 beim Namensänderungsgesuch der Tochter, 1985 im «Atto d'origine» [Heimatschein] der Tochter).

In einem Ehe- und Erbvertrag von 1980 war zu Gunsten der Tochter für den Fall des Nachversterbens des Ehemannes wie folgt verfügt worden: *«Stirbt später der zweite Ehegatte, so wird die dannzumal vorhandene Hinterlassenschaft wie folgt verteilt: a) 2 Drittel gehen an Frau E. M., geb. 1949, staatenlos, wohnhaft in C. Sollte sie diesen Erbgang nicht erleben, so tritt ihr Sohn M.M., geb. 1969, als Erbe an ihre Stelle».*

Der Kontakt zwischen Vater, Tochter E.M. und Enkel M.M. dauerte an, bis die Tochter 1989 (am 70. Geburtstag des Vaters) wünschte, dass ihr Vater die Vaterschaft auch offiziell und in der Tschechei anerkenne. Diesen Wunsch versagte der Vater ihr – offensichtlich hatte dies zu heftigem Streit seitens seiner Ehefrau und deren Familie geführt. Als Folge davon brach der Kontakt zwischen dem Vater einerseits und Toch-

ter sowie Enkel andererseits ab. Der Vater strich seine Tochter in einem Nachtrag vom 13.07.1990 zum Ehe- und Erbvertrag von 1980 als Erbin.

Die Tochter erkämpfte sich gleichwohl die Anerkennung der Vaterschaft gegen den Willen des Vaters vor tschechischem Heimatgericht. Sie hatte damals die schweizerische und tschechische Staatsbürgerschaft. Die Rechtskraftbescheinigung des entsprechenden tschechischen Urteils datiert vom 14. April 2000.

Am 17. Mai 2000 errichtete der Erblasser eine letztwillige öffentliche Verfügung in der Schweiz. Darin widerrief er seine früheren Testamente und unterstellte erstmals den gesamten Nachlass britischem bzw. englischem Erbrecht. Der Vater setzte im Fall des Vorversterbens seiner Ehefrau deren Bruder als Erben ein, zu dem er kaum Beziehungen gepflegt hatte. Über zwei Drittel seines Nachlasses richtete er Vermächtnisse an 11 Personen in Tschechien aus. Der Erblasser und die im Testament bedachten Personen haben keinerlei Bezug zu Grossbritannien. Der Nachlass besteht im Wesentlichen aus Liegenschaftenbesitz, der in der Schweiz liegt.

Nach dem Tod der Ehefrau war der Kontakt zur Tochter und zum Enkel durch den Vater wieder aufgenommen worden. Die Tochter kümmerte sich auch um seine Belange, und der Vater stellte ihr eine General-Vollmacht aus. Er war aber bereits gebrechlich und vergesslich und hatte die Übersicht über seine Angelegenheiten verloren.

3. Erstinstanzlich blieben die Anliegen der klagenden Tochter mit Blick auf BGE 102 II 136 ungehört; einen weiteren Kostenvorschuss hat sie nicht mehr geleistet, und so ist der Nachlass den testamentarisch Begünstigten zugefallen; ob dieses Ergebnis opportun sei, und wie ein solcher Fall zu lösen wäre, sei im Folgenden debattiert.

II. Rechtswahl zugunsten des ausländischen Heimatrechts – sog. *professio iuris*

1. Grundsatz

4. Nach Art. 90 Abs. 2 IPRG haben ausländische Staatsangehörige mit letztem Wohnsitz in der Schweiz das Recht, ihren Nachlass ihrem Heimatrecht (bzw. einem ihrer Heimatrechte) zu unterstellen. Bei mehrfacher Staatsangehörigkeit erweitert sich die Wahloption (der Grundsatz der effektiven Staatsangehörigkeit i.S.v. Art. 23 Abs. 2 IPRG gilt im Rahmen von Art. 90 Abs. 2 IPRG nicht); sie gilt aber nicht für Schweizer, die zusätzlich über eine ausländische Staatsangehörigkeit verfügen. Die-

se Rechtswahlmöglichkeit steht *nur* dem ausländischen Erblasser zu – der schweizerisch- ausländische Doppelbürger ist von dieser Privilegierung ausgenommen.¹

5. Die Rechtswahl bedarf keiner anderen Voraussetzung – insbesondere hat der sein Wahlrecht ausübende Ausländer nicht seine Verbindung zu seinem Heimatstaat aufrecht zu erhalten – als der Einhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Form (letztwillige Verfügung oder Erbvertrag). Nach dem Bundesgericht wäre im Übrigen das Erfordernis einer solchen Verbindung «ausserordentlich schwer zu überprüfen und mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit nicht vereinbar.»² Und ebenso spielt es nach der Meinung des höchsten schweizerischen Gerichts keine Rolle, ob das gewählte Recht vergleichbare Institute (mithin: einen «ähnlichen Qualitätsstandard») kennt.

6. Richtig ist ohne Zweifel, dass die schweizerische Wohnsitzregel nicht per se als Ausdruck des *ordre public* betrachtet werden kann; sonst wäre die Möglichkeit einer *professio* wirkungslos (BGE 102 II 136, 140 f. E. 4.a). Das bedeutet allerdings nicht, dass jedes Ergebnis unter jeglichen Umständen diskussionslos hinzunehmen wäre³. Nicht das schweizerische Pflichtteilsrecht ist das Mass aller Dinge⁴, aber Rechtswahlfreiheit bedeutet nicht, dass man sich «sein» Recht wählen könnte, sondern man muss ein bestimmtes Recht wählen, das als in sich geschlossenes System zur Anwendung gelangen muss.

2. Grenzen der *professio iuris* / Pflichtteil und *ordre public*

7. Eine Grenze dieser grundsätzlich voraussetzungslosen Rechtswahl stellt zwar der *ordre public* dar, aber: «Das Pflichtteilsrecht nach Art. 470 f. ZGB hat nicht Ordre public-Charakter» – so die Regeste zu Erw. 4 von BGE 102 II 136 (Hirsch c. Cohen); es

¹ Ebenfalls ausgenommen sind Staatenlose und Flüchtlinge, die Anknüpfung erfolgt bei ihnen am Wohnsitz, vgl. BSK IPRG-SCHNYDER/LIATOWITSCH (2. A. 2007), Art. 90 N 23.

² BGE 102 II 136, 138.

³ Zu Recht weist TOBIAS PFUNDSTEIN (Pflichtteil und *ordre public*, Angehörigenschutz im internationalen Erbrecht, Diss. München, Münchener Universitätschriften Bd. 231, München 2010, 99, Rz 181 mit Anm. 685) in seiner kritischen Analyse von BGE 102 II 136 darauf hin, dass methodisch unzulänglich ist, wegen praktischer Schwierigkeiten jegliche gerichtliche Wertung auszublenken – Rechtssicherheit besteht nicht nur in der Vorhersehbarkeit der Ergebnisse, sondern auch in der Gewissheit, dass trotz gewisser Unwägbarkeit bei Kontroversen im gerichtlichen Verfahren einigermassen ausgewogene Ergebnisse eintreten.

⁴ Heute weniger als damals: Immerhin ist die Diskussion um das Pflichtteilsrecht oder zumindest den Umfang von Pflichtteilsquoten aufgekommen, worüber die Diskussion an anderem Orte geführt wird (s. etwa ANNE RÖTHEL [Hrsg.], Reformfragen des Pflichtteilsrechts, Köln/Berlin/München, 2007, bzw. dies., Gutachten A zum 68. Deutschen Juristentag, Ist unser Erbrecht noch zeitgemäss, München 2010, A18 ff.) – für den vorliegenden Zusammenhang bestätigt sich nur, dass Pflichtteile nicht «unberührbar» sind.

darf mithin (ist ein sog. «pflichtteilloses»⁵ Recht wählbar) keine «qualitative» Prüfung dieses ausländischen Rechts durch schweizerische Gerichte erfolgen. Zu prüfen ist aber sehr wohl (was auch in BGE 102 II 136 zu prüfen war, dortige Erw. 3), ob die Rechtswahl als solche unter den gegebenen Umständen des konkreten Einzelfalls rechtsmissbräuchlich sei⁶.

8. Angemerkt sei, dass die Möglichkeit der Wahl eines Heimatrechts generell zu respektieren ist (weil es sonst keine Wahl wäre, die eben nur Wahl ist, wenn sie im Prinzip «voraussetzungslos» erfolgen darf); und doch bleibt die Frage, wie es sich bei Wahl einer Rechtsordnung verhält, die in fundamentaler Weise gegen Grundprinzipien der Menschlichkeit verstösst: Es ist zwar das Erbrecht als Teil des Eigentums ein vorab wirtschaftliches Grundrecht (wie insbesondere das deutsche Grundgesetz deutlich macht: Art. 14 Abs. 1), doch knüpft es an persönliche Nähe an, die entweder auf emotionalen oder zivilstandsregisterlichen Verhältnissen beruht; würde eine Rechtsordnung ermöglichen, Menschen aufgrund ihrer Religion, sonstigen Lebenshaltung, ihres Geschlechts oder anderer um der Menschenwürde und der Nicht-Diskriminierung willen zentraler Gründe (s. insbes. Art. 8 BV) vom Erbrecht auszuschliessen, so würde nicht die verhandelbare wirtschaftliche Beteiligung, sondern der grundlegende Respekt vor der betroffenen Person verletzt, was aus Sicht des schweizerischen *ordre public* nicht hinzunehmen wäre⁷.

3. Zulässigkeit der Rechtswahl und Rechtsmissbrauch

9. Zwar werden von der Praxis auch nicht-explicite Rechtswahlerklärungen grosszügig angenommen (durch Auslegung des von Laien oft unzulänglich formulierten Willens: z.B. BGE 125 III 35⁸). Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Frage, ob die *professio* inhaltlich möglich und zulässig sei, durchaus ernsthaft zu prüfen ist: In diesem Punkt geht es eben gerade nicht um die Verwirklichung des erblasserischen Willens, sondern um die Prüfung, ob der erblasserische Wille mit der Rechtsordnung vereinbar sei.

⁵ S. dazu allerdings unten Ziff. 14.

⁶ Statt aller BSK IPRG-SCHNYDER/LIATOWITSCH (2. A. 2007), Art. 90 N 19. SCHWANDER (Einführung in das internationale Privatrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 3.A., St. Gallen/Lachen 2000, Rz 233) signalisiert allerdings, dass die Rechtswahl insbesondere ein Aspekt der Vertragsfreiheit ist («Insbesondere im Schuldvertragsrecht ...») – mithin Bestimmungen, welche die Freiheit beschränken (wie eben das Pflichtteilsrecht oder auch zwingende Normen etwa von Konsumentenverträgen) einer etwas strengeren Beobachtung unterliegen könnten.

⁷ Vgl. IVO SCHWANDER, zit. hinten Anm. 21.

⁸ Es dürfen dem Rechtsunkundigen, der – ohne Bewusstsein für die Notwendigkeit einer Rechtswahl – ganz einfach in den «Denkstrukturen» und Termini seines Heimatrechts testiert, keine formalen Hürden in den Weg gelegt werden, welche die Umsetzung seines Willens hindern.

10. Die massgebliche Doktrin billigt durchaus den Grundsatz von BGE 102 II 136, differenziert und nuanciert diesen allerdings⁹. In einer globalisierten Welt ist einer migrierenden Bevölkerung nicht zuzumuten, sich strikt an den Normen des (oft zufälligen) letzten Wohnsitzes auszurichten, der zudem möglicherweise gar nicht als letzter Wohnsitz geplant war, sondern als biographische «Durchgangsstation». Andererseits bildet die jeweilige nationale Rechtsordnung doch die Vorstellungen dieses lokalen Raumes ab, die für diesen Raum Geltung beanspruchen; regelmässig weisen westliche-industrialisierte Rechtsordnungen auch in den «Pflichtteilszonen» einen beträchtlichen und tendenziell zunehmend erweiterten Gestaltungsspielraum auf.

11. Bei der Abwägung, ob und wie weit das hiesige oder eben ein fremdes Recht zur Anwendung gelangen soll, ist allerdings geboten, die im Zeitpunkt der massgeblichen Lebensphase bestehenden Beziehungen zum lokalen, zu Dritt- oder zu Heimatrechten abzuwägen¹⁰. Die Möglichkeit einer *professio* will nicht Ungleichheit zwischen «reisefreudigeren-mobileren» und eher «stationären» Bevölkerungsgruppen schaffen, sondern die Bezugnahme auf die unterschiedlichen Bezugspunkte ermöglichen; das setzt aber voraus, dass nicht nur formale Bezugspunkte vorliegen, sondern diesen im konkreten Fall sachlich Bedeutung zukommt.

12. Die Frage nach der Zulässigkeit einer konkreten *professio* kann mithin nicht einheitlich entschieden werden, sondern bedingt eine konkrete Würdigung der massgeblichen Elemente des einzelnen Falls, was nicht lehrbuchmässig-abstrakt, sondern nur durch das Gericht im Einzelfall erfolgen kann (Art. 4 ZGB). Anzumerken ist zudem, dass das Prinzip von BGE 102 II 36 ohne Zweifel zutrifft, der Entscheid aber noch in Anwendung von Art. 22 NAG ergangen war und diese Bestimmung eher mechanisch umgesetzt hatte – nämlich so, wie sie in der eher minimal divergierenden (etwa bezüglich des Umfangs der Pflichtteile bzw. der Geschwisterpflichtteile) interkantonalen Praxis vor in Kraft treten des ZGB durchaus vertretbar funktioniert hatte¹¹. Insofern ist der Rahmen von Art. 90 Abs. 2 IPRG ein anderer und erfordert eine einlässlichere Prüfung.

⁹ Zu nennen sind (betont kritisch) ANDREAS BUCHER, Das neue internationale Erbrecht der Schweiz, ZBGR 69/1988, 146 ff., 149 f.; HANS HANISCH, *Professio iuris, réserve légale und Pflichtteil*, in: FS Flattet, Lausanne 1985, 473 ff.; HEINZ HAUSHEER, ZBJV 114/1978 193 f.; PIERRE LALIVE, SJIR 33/1977 338 ff., DERS., Un anachronisme en droit international privé? L'ATF Hirsch c. Cohen Revisited, in: *Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du professeur Alain Hirsch*, Genf 2004, 443 ff., VISCHER, General Course on Private International Law/Cours général, Académie de La Haye, 1991 IV 114 ff. (auch zur Entstehungsgeschichte von Art. 90 IPRG).

¹⁰ Vgl. über die in Anm. 9 genannte Publikation hinaus BREITSCHMID/KÜNZLE, Länderbericht Schweiz, in: *Grenzenloses Erbrecht – Grenzen des Erbrechts*, Köln/Zürich 2004. Länderbericht Schweiz, 72; in diesem Sinne auch PraxKomm Erbrecht/GRAHAM-SIEGENTHALER (2. A. Basel 2011), Anhang IPR, N 90 (S. 2019).

¹¹ S. von den in Anm. 9 genannten Autoren insbes. HAUSHEER, ZBJV 1978 194.

13. Eine Rechtswahl *kann* mithin rechtsmissbräuchlich sein (Art. 2 ZGB; BGE 102 II 136, 137 f. E. 3). Rechtsmissbrauch ist nicht zu vermuten, multinationales Schnäppchenjägertum aber auch nicht zu fördern¹². Nach dem Prinzip: «Wer reist, hat mehr vom Leben» können ohne sachliche Gründe ausgeübte Rechtswahloptionen als Gestaltungsbeschränkung gegenüber rein inländischen Sachverhalten erscheinen und damit eine «Inländerbenachteiligung» auslösen¹³.

Im konkreten Fall fällt in Betracht, dass der (ursprünglich) tschechische Erblasser sich nach dem 2. Weltkrieg lediglich interimistisch in England aufgehalten¹⁴ und nach der Spaltung von Europa die sich ihm bietende Chance angenommen hatte, eine «westliche» (hier: die englische) Staatsbürgerschaft zu erwerben, dann aber ausschliesslich in der Schweiz Wohnsitz und hier Immobilienbesitz erworben hatte, mit einer Angehörigen eines ebenfalls dem kontinentalen Modell verhafteten Staats (Italien) verheiratet war, und lediglich im Zuge einer in Etappen (und zunächst nach hiesigem Recht) erfolgten Nachlassplanung in genau *dem* Moment Tochter-benachteiligend zum englischen Recht «übergelaufen» war, als diese Tochter eine rechtliche Selbstverständlichkeit – nämlich die Vaterschaftsanerkennung – nach erfolglosen Bemühungen einvernehmlicher Art gerichtlich eingefordert hatte. Der Erblasser hat nicht das englische Recht als das für ihn massgebliche, ihm näher stehende, ihm biographisch verbundene Recht gewählt, sondern davon «profitiert», dass sich momentaner Ärger über die Tochter so in eine «voraussetzungslose Enterbung» ummünzen liess. Nicht nur im Todeszeitpunkt¹⁵, sondern bereits seit einem halben Jahrhundert bestand ausser der damals biographisch zufällig erworbenen und nur über kurze Zeit vorübergehend effektiv gelebten englischen Staatsbürgerschaft kein Bezug zum dortigen Rechtskreis. Während das Bundesgericht in BGE 102 II 136, 139

¹² Kurt SIEHR (Das internationale Privatrecht der Schweiz, Zürich 2002, 164) schreibt im Zusammenhang mit schweizerisch-ausländischen Doppelbürgern (denen die Option von Art. 90 Abs. 2 IPRG nicht zusteht), es sei ihnen weder verboten auszuwandern noch die (schweizerische) Staatsbürgerschaft aufzugeben, um die Möglichkeit der *professio* zu erlangen – wer andere opfere, müsse selbst auch Opfer bringen. Irgendein «Opfer» hatte aber der Erblasser im konkreten Fall nicht zu erbringen, sondern er konnte im Dreieck CZ-GB-CH durchaus die erhöhten Schwierigkeiten der Vaterschaftsfeststellung in Tschechien, die Vorteile des hiesigen Wohnsitzes und der «billigen» englischen Enterbung ausspielen. – Dass das, was früher quasi-lateinisch edel als *forum shopping* bezeichnet wurde, dem Trend zur «Aldisierung» unterliegt, zeigt ein Aufsatztitel wie: «Erbrecht-Shopping»: Wie man mit liechtensteinischen Stiftungen und Trusts am besten vererbt und enterbt (GASSER, Private 4/2007 48 ff.).

¹³ Es wird hier mit dem politischen Schlagwort kokettiert – indes: Ob der Gestaltungsbedarf bei einer internationalen Biographie wirklich grösser sei, kann mit Fug diskutiert werden, wenn die Internationalität dieser Biographie im Rahmen der «consecutio temporum» ein in der Vergangenheit abgeschlossener Vorgang war und die aktuellen Gegebenheiten nicht mehr berührt. Dann kann (in Umkehr der bundesgerichtlichen Argumentation: oben bei Anm. 2) mit der Option Rechtswahl auch Unsicherheit geschaffen werden.

¹⁴ *Cohen* war bereits in den 30er Jahren nach England geflüchtet und hatte dort seine beruflich aktiven Jahre verbracht: BGE 102 II 136 Sachverhalt lit. A.

¹⁵ A. BUCHER, ZBGR 69/1988, 150.

E. 3.c, ein vom Erblasser erwecktes Vertrauen auf Achtung des hiesigen Rechts verneint hatte¹⁶, erweckte das Verhalten im konkreten Fall (Behördengänge mit der 1968 in die Schweiz geflüchteten Tochter, ehe- und erbvertragliche Ordnung; s. den Sachverhalt in Ziff. 2) durchaus den Eindruck eines rein kontinentalen Denkens.

14. Die Missbrauchskomponente wird konkretisiert, wenn die konkrete Planung nur punktuelle Bezüge zur ausländischen Ordnung schafft und diese nicht integral – nämlich ihrem System und ihren Wertungen folgend – umsetzt. Das Klischee, dass das englische Recht keine Pflichtteile kenne, ist verbreitet. Richtig betrachtet kennt es mit der *family provision* aber durchaus pflichtteilssubstituierende Elemente von zentraler Bedeutung¹⁷. Gelingt im Rahmen einer *professio*, nicht den Bezug zum ausländischen Rechtssystem, sondern schnäppchenjägermässig isoliert nur zu dessen eigennützig vorteilhaften Bereichen zu schaffen, so tritt aus Sicht der inländischen Würdigung die Missbrauchsproblematik in den Vordergrund: Es ist dann Aufgabe des schweizerischen Wohnsitz- und Nachlassgerichtsstands, die Verantwortung für diese Gesamtwertung zu übernehmen; es darf nicht geschehen, dass durch Rechtswahl die Minimalgarantien sowohl der einheimischen als auch der prorogierten Ordnung umgangen werden¹⁸. Das wäre qualifiziert zweckwidrig und fällt damit in den Anwendungsbereich von Art. 2 ZGB¹⁹.

15. Diese Perspektive wird durch die international-grundrechtlichen Wertungen der EMRK gestützt. Mit ECHR 3545/04, 28.5.2009²⁰, ist die erbrechtlich-vermögensrechtliche Stellung bei unklaren Familienverhältnissen gestützt auf Art. 8 EMRK aufge-

¹⁶ Durchaus diskutabel, ob es darauf überhaupt ankommen kann.

¹⁷ Diese Selbstverständlichkeiten sind hier nicht im Detail zu rekapitulieren: Siehe allg. RÖTHEL (zit. Anm. 4) A23 f. sowie ODERSKY, in: SÜSS (Hrsg.), Erbrecht in Europa, 2. Aufl. Angelbachtal 2008, 732 N 35 ff., 49 ff.: Die englische Konzeption geht davon aus, dass der Erblasser Abkömmlinge während ihrer Unmündigkeit umfassend betreut und wirtschaftlich zur Selbständigkeit gefördert hat (entsprechend den Vorstellungen von Art. 276 f. ZGB); hat er dies versäumt, so besteht eine Klagemöglichkeit, allerdings nur für in Grossbritannien wohnhafte Erben dort verstorbener Erblasser, da das englische Recht dem *common-law*-typischen Prinzip der Nachlassspaltung folgt und mit Ausnahme der *immovables* sich bei ausländischem *domicile* des Erblassers (welches hier ganz ohne Zweifel vorliegt) nicht kümmert.

¹⁸ LALIVE, FS Hanisch, 446: Er moniert den «bizarre «conflit négatif», der «une sorte de vide juridique» provoziere – einen rechtsleeren Raum. Auf diesen Aspekt weist auch PFUNDSTEIN (zit. Anm. 3, 342 Rz 586) hin, der eine Notzuständigkeit zur Wahrung des pflichtteilsrechtlichen *ordre public* fordert; eher als dieser Rückzug auf nationales Recht wäre allerdings anzustreben, dass die pflichtteilsähnlichen Regeln der prorogierten Ordnung einzuhalten sind, was in Anwendung dieses fremden Rechts zu erfolgen hat (Art. 16 IPRG).

¹⁹ Darauf bezieht sich denn auch die einhellige Kritik an BGE 102 II 36 in den in Anm. 9 ff. genannten Publikationen: Es geht nicht um eine Abwägung von schweizerischem und ausländischem Recht (die öfter als angemessen dazu tendieren könnte, die vertraute nationale als die «bessere» Ordnung zu bevorzugen), sondern um eine Gesamtwürdigung statt reiner Einzelinteressenwertung.

²⁰ ECHR 3545/04, 28.5.2009, *Brauer c. Deutschland*, u.a. in FamRZ 2009 1293 f., mit zustimmender Bem. HENRICH.

wertet worden. Mit diesem Urteil hat das Strassburger Gericht die deutsche intertemporalrechtliche Ordnung, welche vor 1949 geborene aussereheliche Kinder von der gesetzlichen Erbfolge im Nachlass ihres Vaters ausschloss, als diskriminierend qualifiziert; der Gerichtshof mass dem Umstand Bedeutung zu, dass die dortige (freiwillig anerkannte) Beschwerdeführerin (als Folge der Spaltung der beiden deutschen Staaten) sowohl bezüglich ihres emotionalen Kontakts zum Vater als auch in der wirtschaftlichen Gleichstellung benachteiligt werde und im Nachlass ihres Vaters nur mit Verwandten untergeordneter Ordnung konkurrierte. – Nichts anderes kann gelten, wenn die Diskriminierung Folge des Ärgers über die Feststellung der (an sich unbestrittenen) Vaterschaft ist und das nationale Recht (bzw. dessen Handhabung durch die Gerichte) diese Diskriminierung ermöglicht²¹: Die Möglichkeit verwandtschaftliche Stellung bzw. die daraus fließenden vermögensrechtlichen Ansprüche zu verhindern im Umfeld einer Gesellschaft, welche dem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung (und der damit verknüpften wirtschaftlichen Folgen: dazu ECHR 3545/04) beachtlichen Stellenwert einräumt, verträgt sich nicht mit den menschenrechtlichen Grundwerten (was zugleich den zivilrechtlichen Rechtsmissbrauch belegt). Zwar ist der Erblasser frei, ungeliebte Personen in ihren Ansprüchen im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten zu beschränken; dafür steht aber die Pflichtteilssetzung, gegebenenfalls auch die Enterbung²², nicht aber die Rechtswahl zur Umgehung der strikten Enterbungsvoraussetzungen, als «Strafe» für die Ausübung eines selbstverständlichen Grundrechts, zur Verfügung.

16. Aus nationaler Sicht kommt ein weiterer Gesichtspunkt hinzu: Faktisch ist eine Enterbung erfolgt, die (da missbräuchlich²³: Reaktion auf die Ausübung eines selbstverständlichen Rechts der Tochter, nämlich die Anerkennungsklage) nach schweizerischem Recht ohne jeden Zweifel ungültig wäre. Das Verhalten, das zur Enterbung führte, war hier allerdings durch die offenkundige nachträgliche Versöhnung (bis hin zur Ausstellung einer Generalvollmacht) verziehen worden²⁴. Ist die Enterbung durch

²¹ Es ist das Verdienst von IVO SCHWANDER, schon früh darauf hingewiesen zu haben, dass der *ordre public* insbesondere dann tangiert ist, wenn die Persönlichkeit von Beteiligten verletzt wird oder diskriminierende Ungleichbehandlungen vorliegen: SCHWANDER, Einführung in das internationale Privatrecht, Zweiter Band: Besonderer Teil, 2. Aufl., St.Gallen/Lachen 1998, Rz 366.

²² Deren Voraussetzungen auch nicht im Ansatz vorliegen – nach keiner der beteiligten Rechtsordnungen (auch nicht nach den – hier an sich nicht massgeblichen – reduzierten Anforderungen der aktuellen deutschen Erbrechtsreform) wären die Enterbungsvoraussetzungen gegeben.

²³ Soeben Ziff. 15.

²⁴ Vgl. (mit umfassenden Nachweisen) BSK ZGB II-BESSENICH, Art. 477 N 9. Auch wenn zu prüfen wäre, ob der Erblasser bezüglich der Ausstellung einer Generalvollmacht an die Tochter noch urteilsfähig war, so ist sein gesamtes Verhalten (Pflege des Kontakts mit der Tochter nach dem Tod der Ehegattin) auf der insofern massgeblichen *emotionalen* Ebene (an welche – im Gegensatz zu den vermögensrechtlichen Anordnungen grundlegender Art – bezüglich der Urteilsfähigkeit *geringere* Anforderungen zu stellen sind: Relativität der Urteilsfähigkeit, S. BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 467/468, N 8 ff., N 12 f.) klarerweise Verzeihung. Insbesondere liegt kein

(formlose) Verzeihung hinfällig, ist der konkludente Widerruf einer Rechtswahl (die auch nur konkludent hätte geäußert werden müssen²⁵ und die einzig der Enterbung diene) durch Verzeihung beachtlich: Was dem Erblasser im Zuge der seinerzeitigen Anordnung der Rechtswahl Beraterisch empfohlen worden war, war zumindest nach dem Tode seiner Gattin nicht mehr sein Wille.

4. Rechtswahl zugunsten des ausländischen Rechts – eine «Inländerdiskriminierung»?

17. Die Möglichkeit einer *professio iuris* soll an sich *nicht* die Gestaltungsfreiheit *erweitern*, sondern eine *Abstimmung* auf die individuellen Verhältnisse, die nicht an Landesgrenzen Halt machen, *erleichtern*. Während die Testierfreiheit Beliebigkeit bedeutet, ist die Rechtswahlfreiheit eher organisatorischer Natur. Die Freiheit zur Rechtswahl ist ein typisches Merkmal der schweizerischen Rechtsordnung; weniger «freiheitliche» Konzepte (wie etwa Art. 25 Abs. 2 EGBGB) stellen nach wie vor die Wertung des lokalen Rechts, auf das man sich durch Wohnsitzwahl gewissermassen «eingelassen» hat, in den Vordergrund. Ausgehend davon, dass Internationalität mittlerweile eine Variante von Normalität ist, kann an nationalen Exklusivitäten zunehmend weniger festgehalten werden, soweit nicht einfach trotzige Abschottung gegenüber allem «Fremden» das (letztlich nicht durchsetzbare) Ziel ist. Die *technische Multifunktionalität* der Rechtswahlfreiheit wird auch durch den Vorschlag des Max Planck-Instituts abgebildet, welches im Zuge der EU-Erbrechtsverordnung vom «alles oder nichts»-Grundsatz abrücken und eine Teil-Rechtswahl bzw. die Wahl mehrerer Rechtsordnungen ermöglichen möchte²⁶. Es geht nicht um die absolut freie Wahl, sondern darum, dass das «Vehikel» der Nachlassplanung auf jedem Untergrund, in allen Territorien, Zeit- und Klimazonen «funktioniert». Rechtswahl hat also weniger etwas «Beliebiges» als etwas «Funktionales» in sich.

18. Und so darf in einem Fall wie dem eingangs dargestellten nicht übersehen werden, dass Mehrstaater durchaus im biographischen Verlauf lokal assimiliert sein können und eigentlich nicht (mehr) auf eine Rechtswahl angewiesen sind, indes dank biographisch gesehen «historischer» Staatsbürgerschaften zusätzliche Planungsoptionen geniessen. Darin liegt letztlich eine Benachteiligung reiner «Binnenbiographien», welche nicht auf solche zusätzliche Optionen ausweichen können. Das

«Kurswechsel» in schon (allenfalls) prä-dementem Stadium, sondern Rückkehr zur ursprünglichen, langfristig konzipierten Ordnung vor (BREITSCHMID a a.O., N 14).

²⁵ S. oben Ziff. 9.

²⁶ Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession, *RabelsZ* 2010, S. 524 ff., Rz 134 ff.

soll hier nicht als «Inländerdiskriminierung» beklagt werden, doch kann eine Ungleichbehandlung nicht übersehen werden (letztlich mag mancher Schweizer lange im Ausland gelebt haben und dem dortigen Kultur- und Rechtskreis durchaus verbunden gewesen sein, ohne dass er deswegen eine Wahloption hätte): In einer globalisiert-migrierenden Welt ist nicht mehr so sehr die Staatsangehörigkeit als der schlichte Bezug zu verschiedenen (u.U. sogar gleichzeitigen) Orten des gewöhnlichen Aufenthalts von Belang. Dies muss Anlass geben, die im schweizerischen Recht traditionell grosszügig eingeräumte *professio* dort (und nur unter Rechtsmissbrauchs Gesichtspunkten) kritisch zu hinterfragen, wo die Rechtswahl ohne jeglichen Bezug zum gewählten Recht lediglich eine Gestaltung ermöglichen soll, die dem eigentlich massgeblichen Recht fremd ist.

19. *Zusammenfassend* müsste man sagen, dass weniger die Pflichtteilsverletzung (die angesichts tendenziell konvergierender Rechtsordnungen eher in den Hintergrund tritt, wenn der Erblasser den seinen Angehörigen insgesamt geschuldeten Unterhalts- und Versorgungspflichten nach einer der berührten Rechtsordnungen genügt hat) als der ohne ausreichenden sachlichen Grund ungleiche Gestaltungsspielraum zwischen rein nationalen und kaum (mehr) internationalen Fällen zu störenden Ergebnissen führen kann.

III. Weitere Probleme bei der Anwendung «fremder» oder verschiedener Rechtsordnungen auf einen Nachlass

20 Das schweizerische Recht stand der *professio* seit je her (und zu Recht) freundlich gegenüber. Das war unbewusst-zwangsläufige Folge der engräumig verzahnten kantonalen Rechte, die sich zwar nach lokalem Empfinden bisweilen markant unterscheiden mochten (so bestand bis zur anfangs 1988 in Kraft getretenen Ehwirkungsreform kantonal divergierendes Recht bezüglich eines möglichen Geschwisterpflichtteils, worüber 1912 kein Konsens gefunden worden war bzw. eine bundeseinheitliche «Zwangs»-Ordnung das «Projekt ZGB» gefährdet hätte), aber letztlich in den Grundzügen doch weitestgehend kongruent waren. Die absehbare EU-Erbrechtsverordnung und die Einordnung «fremden» Rechts innerhalb dieses Rechtsraums dürfte wegen des (Pflichtteils-)Grabens zwischen *Common* und *Civil Law* nicht in gleichem Masse unproblematisch sein. Das zwingt, die Systeme in ihrem weiteren Kontext zu vergleichen. Wie bereits angemerkt, tendieren die EU-Harmonisierungsbestrebungen dazu (dem Geist eines durchlässigen gemeinsamen Wirtschafts- und Bewegungsspielraums von Menschen und Vermögen folgend), die Rechtswahloption innerhalb der EU möglichst zu vereinheitlichen (immerhin und

überhaupt: Rechtswahl zuzulassen), jedenfalls zu Gunsten des Heimatrechts des Erblassers zuzulassen (Art. 17 des Entwurfs²⁷).

21 Zieht man aus der «Betroffenheit» mehrerer Rechtsordnungen die Konsequenz, so dürfte zunehmend von «monotheistischen» Begrifflichkeiten abzukommen sein: Zunehmend mehr Menschen werden sich nicht mehr nach der Regel von Art. 23 ZGB verhalten und nur mehr den einen und einzigen Wohnsitz haben, weil sie es vermeiden, um einen (Lebens-)«Mittelpunkt» zu kreisen; «Pendeln» ist nicht mehr nur Arbeitsweg, sondern ein Lebensprinzip²⁸. Es wäre dann nicht mehr Steuerflucht und Schnäppchenjägertum, wenn *multiple* Bezüge allenfalls sogar *quota* berücksichtigt werden. Heute werden Spuren zu einem Hauptwohnsitz verwischt und steuer- oder nachlassplanerisch zweitrangige Bezüge monopolisiert. Die *professio* passt perfekt zum *expatriate*, der zwar nach hiesiger Vorstellung hier Wohnsitz haben mag, weil er trotz Management-Karussell eine einstweilige Absicht dauernden Verbleibens hat (nach arbeitsvertraglicher Loyalitätspflicht haben *muss*, wobei von ihm zugleich Mobilität gefordert wird), aber doch keine private Bindung zum hiesigen Kontext entwickelt und (deshalb) den Bezug zur Heimat bewahrt hat; bezüglich der Frage aber, ob durch *professio* in Fällen einer Mehrheit von Beziehungen *eine* monopolisiert werden soll, ist damit noch nichts gesagt, da zumindest die am letzten Wohnsitz entstandenen Schulden nach dem Recht dieses Wohnsitzes zu tilgen sind. Insofern besteht aber noch ein beträchtlicher Harmonisierungsbedarf, der hier nicht umfassend aufgezeigt werden kann, aber einer Bereinigung harret.

22. So legt etwa LEUPIN zutreffend dar, dass mit der Rechtswahl und insbesondere gegebenenfalls einer Nachlassspaltung Nachteile entstehen, die über Quotennuancen hinausgehen, sondern das *Prinzip der Universalsukzession* (und damit der Nachfolge auch in die erblasserischen Schulden) berühren: Es ist *nicht nur nach dem Pflichtteil und dem ordre public zu fragen, sondern auch nach den Rechten von Gläubigern!* Darauf kann hier nicht näher eingegangen werden²⁹, aber es zeigt sich, dass durch unausgewogene Gestaltungsvarianten Prinzipien ins Wanken geraten können, die dem *ordre public* weit näher liegen als der Pflichtteil, nämlich die Mechanik der

²⁷ Zu den sich unvermeidlich aufdrängenden weiteren Überlegungen s. die Stellungnahme des MPI in Anm. 26.

²⁸ Nach § 7 Abs. 2 BGB kann der *Wohnsitz* gleichzeitig an *mehreren Orten* bestehen. Einen solchen «Doppelwohnsitz» kennt das schweizerische Recht nicht (vgl. Art. 23 Abs. 2 ZGB). Diese unterschiedliche Auffassung des Wohnsitzbegriffes kann u.U. im Erbfall problematisch werden, da sich je nach Wohnsitz ein anderes anwendbares Recht auf den Nachlass ergibt (vgl. VPB 39 (1975) S. 55 f.).

²⁹ S. im Detail YVAN LEUPIN, La prise en compte de la masse successorale étrangère en droit successoral suisse, Diss. Lausanne 2010, 378 ff. bzw. 384 ff.

Universalsukzession, die Schuldentilgung (und einen «*faveur d'une synergie entre les masses*») bedingt³⁰.

IV. Schluss

23. Zusammenfassend: Internationale Sachverhalte sind bei internationalen Biographien längst eine Selbstverständlichkeit. Internationalität meint allerdings eine *gelebte* Mehrpoligkeit und nicht bloss steuerersparenden Scheinwohnsitz, Schuldentilgungsoptimierung oder billige Enterbung.

³⁰ Vgl. YVAN LEUPIN, Les effets de la scission successorale en droit suisse, successio 2011, S. 150 ff., 158 ff.

