

# **Internationale Ehegüter- und Erbrechtsfragen in der schweizerischen Notariatspraxis**

*Referat von Prof. Ch. Brückner, Notar in Basel,  
gehalten am 2. Schweizerischen Notarenkongress vom 23.11.2012  
im Zentrum Paul Klee, Bern*

## **INHALT**

- A. Einleitung
- B. Drei Fallbeispiele
  - 1. Ausländisches Ehepaar in der Schweiz
    - a) Ausgangslage
    - b) Überblick über die internationale Pflichtteilslandschaft
    - c) Materielles Recht und Verfahrensrecht sollen übereinstimmen
  - 2. Inländer mit Grundbesitz im Ausland
  - 3. Inländer vor der Übersiedelung ins Ausland
- C. Einzelfragen
  - 1. Universalsukzession der Erben oder temporärer Nachlassbesitz des Executors
  - 2. Mehrheit von Testamenten
  - 3. Willensvollstreckung
  - 4. Vollmachten
  - 5. Trusts
- D. Hilfestellung bei der Abwicklung ausländischer Nachlässe
- E. Ein Erlebnisbericht

## A. Einleitung

Meine Damen und Herren

Ich freue mich, Ihnen einige Worte zum internationalen Ehegüter- und Erbrecht, insbesondere also zum ehe- und erbrechtlichen Handlungsbedarf und zu den Gestaltungsmöglichkeiten von *Ausländern in der Schweiz* und von *Inländern mit Grundbesitz im Ausland* sagen zu dürfen. Vorweg möchte ich meinem Büro-Senior, Professor Frank Vischer, dem Redaktor des schweizerischen IPRG, meinen Dank aussprechen. Er hat mir bei der Vorbereitung des Referats tatkräftig geholfen.

Für viele unserer Klienten hat die *Steuervermeidung* einen hohen Stellenwert. Aber wir Urkundspersonen sind nicht die Spezialisten für dieses Thema, und meist ist ohnehin nicht viel zu machen. Denn nur wenige Menschen können ihren Wohnsitz frei dort wählen, wo die Lebensqualität hoch und die Erbschaftssteuern tief sind. Beide Voraussetzungen sind im Ausland etwa an Plätzen wie *Venedig*, *Monaco* und *Vancouver* erfüllt. Auch die *Schweiz* war bis vor kurzem ein begehrter Alters- und Sterbeort, hat in jüngster Zeit aber Glanz verloren wegen der Erbsteuerinitiative und wegen der aufkommenden Missgunst gegenüber Steuerpauschalierungen. In den USA und andernorts gibt es Möglichkeiten, mit Trustkonstruktionen und ähnlichen Vehikeln Erbschaftssteuern zu sparen oder aufzuschieben. Auf solche fiskalische Kunstgriffe werde ich heute aber nur am Rande eingehen.

Zur ehe- und erbrechtlichen Nachlassplanung über Landesgrenzen hinweg will ich Ihnen etwas Theorie und einige praktische Ratschläge anhand von *drei Fallbeispielen* nahebringen.

## B. Drei Fallbeispiele

### 1. Ausländisches Ehepaar in der Schweiz

#### a) Ausgangslage

Denken Sie an einen 55-jährigen deutschen Professor an der ETH, der seit zehn Jahren mit seiner Frau in der Schweiz lebt. Das Ehepaar beabsichtigt, auch nach der Pensionierung in der Schweiz zu bleiben. - Die älteste Tochter macht Kummer. Sie wohnt in Hamburg, ist drogenabhängig und meidet den Kontakt mit den Eltern. Die beiden jüngeren Kinder studieren in Göttingen und in Berlin.

Die Klienten möchten die Tochter in Hamburg auf den Pflichtteil setzen und verhindern, dass sie in der Erbteilung mit den jüngeren Geschwistern Schwierigkeiten machen kann. Zudem wünschen die Klienten, dass die Nachkommen so spät wie möglich in den Besitz des Erbes kommen.

Welchen Rat gibt die schweizerische Urkundsperson?

Die Fall-Lösung beginnt mit dem IPR. Welches Recht ist anwendbar, wenn die Klienten *keine* Rechtswahl treffen?

Die Frage ist für das Ehegüterrecht und für das Erbrecht getrennt zu beantworten. Für das *Ehegüterrecht* knüpft Art. 54 Abs. 1 lit. a IPRG primär an das Wohnsitzrecht an. Die Klienten unterstehen dem schweizerischen Eherecht, solange sie in der Schweiz wohnen.

Gemäss Art. 52 Abs. 2 IPRG könnten die Klienten statt dessen das Heimatrecht wählen, in unserem Fall also das deutsche Ehegüterrecht.

Im *Erbrecht* werden *Erbstatut* und *Eröffnungsstatut* auseinandergelassen. Unter "*Erbstatut*" versteht man jene Rechtsordnung, der die Erbfolge (gesetzliches Erbrecht, Pflichtteilsschutz, Erbenhaftung u.a.) untersteht (Art. 92 Abs. 1 IPRG). Unter "*Eröffnungsstatut*" versteht man die Rechtsordnung, der die Nachlassabwicklung in prozeduraler Hinsicht untersteht (Art. 92 Abs. 2 IPRG).

Die *erbrechtliche Fragestellung* beginnt in unserem Beispiel mit Art. 90 IPRG: Von Gesetzes wegen gilt das schweizerische Recht für beides, Erbstatut und Eröffnungsstatut, wenn die Klienten mit letztem Wohnsitz in der Schweiz sterben. Wiederum besteht die Möglichkeit, als *Erbstatut* das Heimatrecht zu wählen, d.h. das deutsche Recht (Art. 90 Abs. 2 IPRG). Die Wahl des ausländischen Heimatrechts heisst im Erbrecht - nicht jedoch im Ehegüterrecht - "*professio iuris*". Die *professio iuris* ist ein Unikat des schweizerischen IPRG. Im Ausland gibt es diese Möglichkeit praktisch nirgends, abgesehen von einer beschränkten Rechtswahlmöglichkeit in Deutschland.

Man kann die *professio iuris* nur für den *Gesamtnachlass* machen. Man kann sie also nicht auf einen Teil desselben beschränken - etwa für den in Deutschland gelegenen Nachlass das deutsche Heimatrecht, für den Rest das schweizerische Wohnsitzrecht.

Hier mache ich einen Exkurs: Wenn *Amerikaner mit Wohnsitz in der Schweiz* ihr Heimatrecht als Erbstatut wählen, so müssen sie mit ihrer *professio iuris* auf den *Gliedstaat* verweisen, in dem sie ihren letzten Wohnsitz hatten. Eine Rechtswahl zugunsten des "amerikanischen Rechts" ist wirkungslos, weil das Erbrecht in den USA *State Law* ist, nicht *Federal Law*.

Das deutsche Ehepaar in Zürich steht vor der Wahl, seine Gestaltungswünsche unter dem schweizerischen Wohnsitzrecht zu implementieren oder statt dessen für das deutsche Heimatrecht zu optieren.

Die Gestaltung ist einfacher und weniger störanfällig, wenn Güterrecht und Erbgang dem gleichen nationalen Recht unterstehen. Theoretisch könnte man auch auf zwei Gleisen fahren.

Unter dem schweizerischen Recht gibt es verschiedene Alternativen. Ich beschränke mich hier auf eine einzige Variante: Güterrechtlich wird nichts gemacht, d.h. die Klienten belassen es bei der Errungenschaftsbeteiligung.

Erbrechtlich wenden sich die Ehegatten gegenseitig die Nutzniessung gemäss Art. 473 Abs. 1 ZGB zu, ferner zusätzlich die verfügbare Quote gemäss Art. 473 Abs. 2 ZGB, d.h. einen Viertel des Nachlasses des Erstversterbenden.

Die Klienten stehen vor der Wahl, ob sie sich mit dieser 473er-Gestaltung zufrieden geben oder ob sie zusätzlich die Möglichkeiten abklären lassen möchten, die ihnen das deutsche Recht bietet, insbesondere ob dort der Pflichtteilsschutz der Nachkommen weniger weit geht als in der Schweiz. Statt einer Vertiefung der der Rechtslage in Deutschland soll nachfolgend ein knapper Überblick gegeben werden.

## b) Überblick über die internationale Pflichtteilslandschaft

Die *kontinentaleuropäischen Länder* und die Civil-Law-Staaten in Amerika kennen den *Pflichtteilsschutz* von Ehegatten und Nachkommen. Die *anglo-amerikanischen Länder* (England, USA, Kanada, Australien) kennen keinen Pflichtteilsschutz.

Wenn die Klienten in unserem Beispiel Amerikaner wären, so könnten sie mit einer *professio iuris* klarerweise eine grössere Gestaltungsfreiheit bekommen als nach schweizerischem Wohnsitzrecht. Da sie aber Deutsche sind, laufen sie mit der *professio iuris* in den Pflichtteilsschutz des deutschen Rechts hinein - vielleicht vom Regen in die Traufe, vielleicht auch umgekehrt. Das wäre abzuklären.

Zur Ausschaltung des schweizerischen Pflichtteilsschutzes durch eine *professio iuris* gibt BGE 102 II 136 i.S. Hirsch / Cohen ein eindrückliches Beispiel. Ein in Genf domizilierter Engländer setzte mittels einer *professio iuris* seine Lebensgefährtin als Alleinerbin ein. Die gesetzliche Erbin focht das Testament erfolglos an. Das Bundesgericht verneinte eine Verletzung des schweizerischen *ordre public*. Ein späterer Vorstoss im Parlament, das IPRG in diesem Punkt zu korrigieren, fand keine Gefolgschaft.

## c) Materielles Recht und Verfahrensrecht sollen übereinstimmen

Wenn die Gestaltungsmöglichkeiten nach schweizerischem Recht einigermassen befriedigen, wird man sich im gezeigten Fallbeispiel die Abklärung von Alternativen unter deutschem Recht wohl ersparen aus der Einsicht heraus, dass eine Nachlassabwicklung in der Schweiz nach deutschem Recht kompliziert und damit störungsanfällig ist. Aus praktischen Gründen ist es wünschbar, dass Erbstatut und Eröffnungsstatut wenn immer möglich übereinstimmen.

Das gilt erst recht im Streitfall: Prozesse geben mehr Rechtssicherheit, wenn die Gerichte das ihnen vertraute materielle Recht des eigenen Landes anwenden können. Wird nämlich nach einem fremden Recht gestritten, so stehen sich nicht nur unterschiedliche Sachverhaltsbehauptungen gegenüber, sondern oft auch gegensätzliche Rechtsgutachten zum ausländischen Recht. Dann ist das Chaos vollkommen. Der Prozessausgang wird zur Lotterie.

In IPR-Debatten wird zuweilen locker von der Anwendung dieses oder jenes ausländischen Rechts geredet, ähnlich wie Köche vom Anrichten des Salats mit italienischer oder französischer Sauce reden. Demgegenüber ist zu bedenken: Die Rechtsordnung eines Landes ist eine komplexe Summe von geschriebenen und ungeschriebenen Normen, Gewohnheiten und kulturellen Prägungen. Wer als Jurist in einer Rechtsordnung nicht täglich lebt und praktiziert, bleibt bei der Anwendung ihres Rechts immer mehr oder weniger ein Blindflieger. Insofern ist die Anwendung eines ausländischen Rechts immer etwas Missliches.

## 2. Inländer mit Grundbesitz im Ausland

Mein zweites Fallbeispiel dreht sich um eine inländische Klientschaft mit Grundbesitz im Ausland. Solche Klienten stehen zuweilen vor der praktischen Frage, was mit dem Grundbesitz im Todesfall geschieht, d.h. mit welchen Formalitäten zu rechnen ist, um den Grundbesitz auf die Erben oder Vermächtnisnehmer umzuschreiben, und welche Steuern und Gebühren dabei anfallen.

Urkundspersonen, die mit einem bestimmten Land regelmässig zu tun haben, kennen gewisse Antworten aus eigener Berufserfahrung vielleicht zuverlässig. Andernfalls muss man sich vor Ort erkundigen. Mit einer blossen Bibliotheks- oder Internet-Recherche darf man es nicht bewenden lassen. Ein Buch aus dem Jahr 2003 (CHRISTIAN H. KÄLIN, Internationales Immobilienhandbuch, Zürich 2003) gibt Aufschluss über die Rechts- und Steuerverhältnisse in 17 Ländern, allerdings in einer etwas zufälligen Auswahl: Die 14 europäischen Länder umfassen Malta und Kroatien, nicht jedoch Deutschland, die 3 aussereuropäischen sind Bahamas, Florida und Kanada. Am Schluss jedes Länderberichts findet sich die Adresse des jeweiligen Verfassers zuhanden von Lesern, denen die unverbindliche Orientierung im Buch nicht genügt, weil sie konkrete Transaktionen im Sinne haben und dazu verbindliche Rulings brauchen.

Bei Grundbesitz im Ausland begegnet man zuweilen dem Phänomen der *Nachlass-Spaltung*. Ich will das illustrieren an einem schweizerischen Familienvater mit einem Ferienhaus in Südfrankreich. Nach schweizerischem IPR unterstehen die güterrechtliche Auseinandersetzung und der Erbgang dem Wohnsitzrecht, d.h. unserem ZGB.

Das schweizerische IPR geht von der *Nachlass-Einheit* aus. Damit ist gemeint: Das gleiche Erbstatut erfasst alle zum Nachlass gehörenden Rechtsgüter ohne Rücksicht auf deren Art und Lage. Diesem Modell folgen auch Deutschland, Oesterreich und Italien.

Frankreich sowie die meisten anglo-amerikanischen Länder folgen dem Modell der *Nachlass-Spaltung*. Damit ist gemeint: Für die dort liegenden Grundstücke gilt zwingend die *Lex rei sitae*. Der Mobiliarnachlass wird hingegen in aller Regel dem Recht des letzten Wohnsitzes unterstellt.

Der Begriff der Nachlass-Spaltung meint nicht eine Spaltung des physischen Nachlasses, sondern die *Anwendung unterschiedlicher Normen auf unterschiedliche Teile* des Nachlasses.

Der Schweizer mit Grundbesitz in Frankreich muss also akzeptieren, dass die Vererbung dieses Grundbesitzes zwingend nach französischem Recht erfolgt. Das ist nicht dramatisch, weil das französische materielle Privatrecht vom schweizerischen nicht wesentlich abweicht. Testamente und Erbverträge, die in der Schweiz nach hiesigen Regeln abgeschlossen wurden, werden in Frankreich in Bezug auf französische Grundstücke anerkannt, soweit sie inhaltlich nicht zwingendem französischem Recht widersprechen (vgl. dazu Kälin, a.a.O., S. 143).

Neuerdings gibt es die Richtlinie des Europarats vom 4.07.2012 in Erbschaftssachen. Diese Richtlinie bekennt sich in Art. 1 zur Nachlass-Einheit, toleriert in Art. 30 aber weiterhin die Nachlass-Spaltung für Grundstücke, wenn ein Mitgliedstaat das so regelt. Also nichts Neues. Die Richtlinie erlaubt in Art. 22 übrigens auch die *professio iuris*.

Am Beispiel von Frankreich lassen sich sodann gewisse *steuerrechtliche* Überlegungen gut illustrieren. Grundstücke in Frankreich unterliegen der französischen Erbschaftssteuer. Sie kostet für Ehegatten und Kinder progressiv bis maximal 40 Prozent (vgl. Kälin, a.a.O., S. 148).

In Frankreich kann man diese Steuer vermeiden, wenn man das Grundstück indirekt, d.h. durch eine Immobilien-Gesellschaft, hält. Aktien gelten als bewegliches Vermögen. Stirbt der Aktionär in der Schweiz, so löst dies in unserem Beispiel keine französische Erbschaftssteuer aus. In der Literatur wird empfohlen, dies vor Ort mittels einer *Société Civile Immobilière* (SCI) zu bewerkstelligen. Als schweizerische Urkundsperson sollte man vorsichtigerweise

darauf verzichten, die Klientschaft allzu enthusiastisch in der Hoffnung zu unterstützen, dass eine solche Konstruktion im Zeitpunkt des Erbgangs den Zweck auch wirklich erfüllt.

### 3. Inländer vor der Übersiedelung ins Ausland

Das letzte Fallbeispiel betrifft ein junges Brautpaar in der Schweiz, das demnächst nach England übersiedeln will. Der Bräutigam ist ein Amerikaner ohne nennenswertes Vermögen. Er hat in England eine Stelle in Aussicht. Die Braut ist einzige Tochter wohlhabender Eltern in der Schweiz. Die Brauteltern möchten sicherstellen, dass der künftige Schwiegersohn nicht eines Tages die Hand auf das Familienvermögen legen kann.

Unter schweizerischem Recht wird der besagte Wunsch am besten erfüllt durch eine Gütertrennung, kombiniert mit dem gegenseitigen Erbverzicht der Brautleute.

Will man diesen Wunsch mit grösstmöglicher Erfolgsaussicht verwirklichen, dann empfiehlt sich die Beurkundung eines entsprechenden Ehe- und Erbvertrags in den Muttersprachen beider Parteien, also auch auf Englisch, damit keine Partei später behaupten kann, sie habe den Inhalt nicht gekannt, und damit der Vertrag im Falle seiner Anwendung in England von den dortigen Behörden unmittelbar verstanden wird. Schlecht wäre, wenn eine Partei zum Abschluss genötigt worden wäre mit der Drohung, dass andernfalls die Hochzeit abgesagt und die aus dem Ausland angereisten Gäste heimgeschickt würden. Allemal wäre eine Erkundigung im Zielland - hier in England - nützlich, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Ehe- und Erbvertrag schweizerischer Provenienz dort überhaupt anerkannt wird. Art. 52 Abs. 2 des schweizerischen IPRG sieht zwar ausdrücklich vor, dass man in der Schweiz einen Ehevertrag abschliessen kann, um den schweizerischen Güterstand gewissermassen im Reisegepäck ins Ausland mitzunehmen. Aber ob das Zielland den Ehevertrag anerkennt, ist damit nicht gesagt. Im Gegensatz zu Testamenten, die weltweit im Gebrauche sind und überall anerkannt werden, haben Eheverträge und Erbverträge international gesehen ein relativ beschränktes Verbreitungsgebiet.

## C. Einzelfragen

### 1. Universalsukzession der Erben oder temporärer Nachlassbesitz des Executors

Bezüglich der Vermögensübertragung im Erbgang folgen die *kontinentaleuropäischen Länder* dem Prinzip der *Universalsukzession*. Das ganze Vermögen des Erblassers fällt im Zeitpunkt des Todes unmittelbar ins Gesamteigentum der Erben.

Der *angloamerikanische Rechtskreis* folgt hingegen der Vorstellung, dass der Nachlass zunächst an den im Testament bezeichneten Willensvollstrecker - den "*Executor*" - oder (mangels eines Testaments) an den behördlich ernannten *Administrator* fällt. Dieser wird vorübergehend zum Besitzer des Nachlasses. Er bezahlt die Nachlassschulden und Steuern und liefert den Nachlass anschliessend an die Erben und Vermächtnisnehmer aus.

### 2. Mehrheit von Testamenten

Liegen die Nachlassaktiven voraussichtlich verstreut in verschiedenen Jurisdiktionen, dann ist es unter Umständen zweckmässig, mehrere Testamente vorzubereiten.

Damit sich zwischen den mehreren Testamenten keine Widersprüche einschleichen, ist es zweckmässig, *ein Haupttestament* zu machen und für jede Jurisdiktion in gültiger Testaments-

form eine *Übersetzung* des Haupttestaments oder einen *Auszug* daraus zu beurkunden, und zwar in der örtlichen Amtssprache und unter Verwendung der lokalen juristischen Terminologie und der lokalen Formalien. Das erleichtert den Umgang mit den zuständigen Behörden vor Ort.

### 3. Willensvollstreckung

Die Handlungsfähigkeit der Erbengemeinschaft setzt Einigkeit und gute Kommunikation voraus. Andernfalls erfolgt die Abwicklung des Nachlasses schleppend. Dann ist eine Willensvollstreckung zweckmässig.

Erst recht ist dies so, wenn wichtige Aktiven in Ländern des anglo-amerikanischen Rechts liegen. Die dortigen Behörden sind gewohnt, nur mit Willensvollstreckern umzugehen - nicht mit Erbengemeinschaften.

Auch bei einer Lokalisierung des künftigen Nachlasses in verschiedenen Jurisdiktionen ist die Einsetzung *eines einzigen* Willensvollstreckers zu empfehlen. Die Einsetzung mehrerer Willensvollstrecker, die in den verschiedenen Ländern jeweils den dort gelegenen Teil des Nachlasses abwickeln, ist zwar möglich, führt aber zu Verzögerungen und zu einer Kostenexplosion. Denn die verschiedenen Willensvollstrecker haben typischerweise die Tendenz, keine raschen Einzelentscheidungen zu treffen, sondern sich in periodischen Sitzungen untereinander abzustimmen. Das zieht die Sache in die Länge. Noch schlimmer ist es, wenn sie diese Tendenz nicht haben, sondern unabgestimmt gegeneinander agieren.

Als Willensvollstrecker eignen sich in erster Linie rechtskundige Personen am letzten Wohnsitz des Erblassers.

### 4. Vollmachten

Vollmachtenregelungen können zweckmässig sein, entweder anstelle der Willensvollstreckung oder zusätzlich dazu. Vollmachten können die Verfügung über bestimmte Nachlassaktiven erleichtern - insbesondere im Zusammenhang mit ausländischen Bankguthaben an Orten, wo sich die Banken mit der Freigabe von Nachlass-Konten schwer tun. Da einzelne Banken bei Abhebungen, die aus der gewohnten Routine herausfallen, insbesondere aber beim Saldieren von Konten eine aktuelle Zustimmung des Kontoinhabers verlangen, kann es empfehlenswert sein, die Bestände nicht schlagartig insgesamt, sondern in mehreren kleinen Schritten abzuziehen. Zu bedenken ist, dass gewisse Länder keine Vollmachtswirkung über den Tod hinaus anerkennen.

Vollmachten werden zuweilen auch eingesetzt, um hinterzogenes Vermögen verschwinden zu lassen. In solchen Fällen begründet die Benützung der Vollmacht eine Schadenersatzpflicht gegenüber den Erben, oder es liegt sogar eine strafbare Veruntreuung vor.

Bezüglich der Rechtsberatung für den Umgang mit *hinterzogenem Vermögen* ist die potentielle Strafbarkeit in den letzten Jahren vermehrt ins Bewusstsein gerückt. Zwar ist die Klientschaft zu Lebzeiten nicht verpflichtet, gegenüber ihren Pflichtteilserven offen zu legen, wie gross das Vermögen ist und wo es liegt. Aber gegenüber dem Fiskus besteht in den meisten Ländern eine solche Offenlegungspflicht, mindestens bezüglich des *Vermögensertrags*. Wo das ausländische Recht die Verheimlichung gegenüber dem Fiskus als Betrug qualifiziert, wird der Berater als Komplize strafbar, wenn er Konzepte und Vertragsentwürfe liefert, die der Klientschaft zur Absicherung der illegalen Situation dienen.

Erst recht wird die Sache heikel, wenn der Berater später zum Willensvollstrecker wird. Als solcher ist er gegenüber den Erben verantwortlich, dass sie bekommen, was ihnen zusteht. Hat er Kenntnis von schwarzem Vermögen, das hinter dem Rücken gesetzlicher Erben weitergeleitet wird, so wird er zum Komplizen einer Veruntreuung.

## 5. Trusts

In den USA bedienen sich viele wohl situierte Personen dieses Vehikels, um ihre Nachlassplanung zu implementieren und Erbschaftssteuern zu sparen.

Der Trust funktioniert ähnlich wie eine Familienstiftung, aber es fehlt ihm die juristische Persönlichkeit. Wer einen Trust errichtet, heisst auf Englisch "*Settlor*". Er überträgt sein Vermögen ganz oder teilweise auf den Trustee. Dessen Rolle gleicht derjenigen eines Treuhänders. Trustee kann eine natürliche oder eine juristische Person sein, meist Letzteres. Der Trustee verwaltet das Trustvermögen gemäss den Grundsätzen, die der Settlor in der Trusturkunde festgelegt hat, und er verteilt es später an die Benefiziarer des Trusts, ebenfalls gemäss den Anweisungen in der Trusturkunde.

Der Settlor kann sich selber übrigens zu Lebzeiten als Erstbegünstigten einsetzen, ferner die Personen, denen man das Vermögen nach dem Tod überlassen möchte, als die Zweitbegünstigten.

Auch Schweizer mit Wohnsitz in der Schweiz können mit dem Instrument des Trusts operieren. Da das schweizerische Recht diese Figur nicht kennt, müssen Schweizer ihre Trusts nach ausländischem Recht errichten. Das ist zulässig. Wie die Übertragung von Vermögen auf den Trustee und von diesem zurück auf die Nachkommen aus schweizerischer Sicht schenkungs- und erbschaftssteuerrechtlich behandelt wird, hängt von der Art des Trusts ab. Um Überraschungen zu vermeiden, sollte man vorgängig ein Steuer-Ruling in der Schweiz einholen.

Das Verbot von Familienstiftungen mit Unterhalts-Charakter gemäss Art. 335 ZGB findet auf solche Trusts wohl keine Anwendung. Ich verweise auf BGE 135 III 614, ein Urteil, das sich zwar auf eine liechtensteinische Familienstiftung bezieht, auf Trusts unter ausländischem Recht aber analog anwendbar sein dürfte.

Bloss können Schweizer mit Wohnsitz in der Schweiz auf diesem Weg *nicht* die schweizerischen Pflichtteilsregeln ausschalten. Das wäre eine Umgehungshandlung, die den Trust anfechtbar macht.

Trusts sind störungsanfällig. In gewissen ausländischen Anwaltskanzleien gibt es Abteilungen mit der Bezeichnung "*Trust and Litigation Department*", weil Trusts und Rechtsstreitigkeiten nahe beieinander liegen.

Diese Erfahrungstatsache wurde vor mehr als zehn Jahren illustriert durch eine international-erbrechtliche "*cause célèbre*" in der Schweiz. Ein schweizerischer Familienvater hatte seinen ausländischen Firmenbesitz und seine inländische Kunstsammlung auf zwei separate Bermuda-Trusts übertragen und seine Pflichtteils-erben vor einer schweizerischen Urkundsperson die entsprechenden Pflichtteilsverzichtserklärungen unterzeichnen lassen. Als der Mann alt geworden war, bedrängten ihn einzelne Angehörige, er solle seine Trusts anfechten. Das tat der alte Mann. Der Gerichtsstand war auf den Bermudas. Die Verfahren waren enorm kostspielig und endeten in einem Vergleich, der wiederum in der Schweiz in erbvertraglicher Form abgeschlossen wurde.



Der Fall illustriert neben der Störanfälligkeit von Trusts auch die Tatsache, dass Menschen in ihrer letzten Lebensphase aus Altersmüdigkeit, Angst vor dem Alleinsein und Harmoniebedürfnis leicht manipuliert werden können, ohne dass man sie in intellektueller Hinsicht als urteilsunfähig qualifizieren kann. Der im ersten heutigen Referat empfohlene Test, wonach die Urkundsperson bei betagten Testatoren eine Befragung zum Inhalt des Testaments und den Motiven des Testators durchführen und die Antworten protokollieren sollte, legt das Gewicht zu stark auf die intellektuelle Seite der Urteilsfähigkeit, d.h. auf die Erkenntnisfähigkeit. Demente Menschen pflegen nicht aus eigenem Antrieb zu testieren. Das Problem liegt meist auf der emotionalen Seite, d.h. auf der Fremdbestimmung betagter Menschen durch egoistisch motivierte Personen aus dem nahen Umfeld. Pflichtgemäss handelnde Urkundspersonen brauchen schon deshalb während der Beurkundung keine Tests durchzuführen, weil sie die Klientin in den Tagen und Wochen zuvor bei der Entgegennahme der Instruktion und der diesbezüglichen Beratung persönlich kennen gelernt haben. Wenn die Urkundsperson eine Testamentsklientin erstmals anlässlich des Beurkundungstermins zu Gesicht bekommt, ist etwas schief gelaufen. Die Urkundsperson soll die Testamentsinstruktion vom Testator persönlich entgegennehmen, und zwar in Abwesenheit der Begünstigten. Ehevertragsinstruktion ist von den Braut- oder Eheleuten entgegenzunehmen, und zwar von beiden gemeinsam, nicht nur von einem der Ehegatten und erst recht nicht von einem Schwiegervater. Dies als Nachtrag zu meinem dritten Fallbeispiel.

Erst recht liegen die Dinge schief, wenn Aerzte und Juristen sich von betagten Patienten und Klienten testamentarisch begünstigen lassen, wie dies im ersten Referat von heute Morgen angedeutet war. Es gibt Aerztegesellschaften, die die Annahme solcher Zuwendungen als standeswidrig verpönen. Zu Recht. Die Befolgung dieser Regel steht auch Urkundspersonen und Rechtsanwälten wohl an.

#### **D. Hilfestellung bei der Abwicklung ausländischer Nachlässe**

Zu Nachlässen, die im Ausland eröffnet wurden, gehören zuweilen Grundstücke in der Schweiz. Dann müssen die anerkannten Erben im schweizerischen Grundbuch eingetragen werden (Art. 65 Abs. 1 lit. a GBV). Die Frage ist, welche Rechtsgrundausweise dem Grundbuchamt einzureichen sind.

Das Bundesamt für Justiz hat im Jahre 2001 eine verdienstvolle Zusammenstellung zu diesem Thema veröffentlicht. Man findet sie über Google unter dem Suchbegriff "*Ausländische Erbfolgezeugnisse als Ausweis für Eintragungen im schweizerischen Grundbuch*". Dort ist eine Reihe von Ländern aufgeführt, deren Erbfolgezeugnisse dem schweizerischen Erbschein äquivalent sind, ferner eine Empfehlung für das Vorgehen, wenn aus dem betreffenden Land *kein* äquivalentes Erbfolgezeugnis erhältlich ist.

Die vorne erwähnte Richtlinie des Europarats vom 4.07.2012 in Erbschaftssachen schafft einen europäischen Erbschein ("*European Certificate of Succession*", Art. 62 ff.). Dieses Dokument wird zweifellos auch in der Schweiz Anerkennung finden. Die Richtlinie wird aber erst ab 17.08.2015 anwendbar. Europäische Erbscheine werden also erst etwa in drei Jahren auftauchen.

Statt ausländischer Erbfolgezeugnisse schätzen schweizerische Grundbuchführer immer auch, wenn eine schweizerische Urkundsperson in ihrer Nähe die ausländischen Dokumente und

Registerinhalte zusammenträgt und gestützt darauf eine Erbgangsurkunde in der Sprache und Form ausfertigt, die dem betreffenden Grundbuchamt vertraut ist.

## **E. Ein Erlebnisbericht**

Ich schliesse meine Ausführungen mit einem Erlebnisbericht aus meiner aktuellen Praxis, um zu zeigen, dass Schweizer Urkundspersonen nicht vorsichtig genug sein können mit Hypothesen bezüglich des ausländischen Rechts.

Die Sache betrifft einen amerikanischen Nachlass, in dem ich der Willensvollstrecker bin. Der Erblasser war deutscher Jude. Nach der Befreiung von Auschwitz durch die Russen konnte er fliehen. Während seiner Ausbildung in England wurde er englischer Staatsbürger. Dann siedelte er nach Massachusetts (USA) über, lebte dort während fünfzig Jahren und starb als alleinstehender Mann im Dezember 2010. In Amerika hatte er ein Testament gemacht, worin er eine deutsche Stiftung, die er selber gegründet hatte, als Alleinerbin und mich als Testamentsvollstrecker einsetzte. Sein Vermögen bestand im Wesentlichen aus einem Gesamthandsanteil an deutschen Geschäftliegenschaften.

Der Erbgang wurde durch ein *Gericht* eröffnet, nämlich durch den *Probate Court of Massachusetts*. Als Erstes bekam ich ein feierliches Willensvollstreckerzeugnis in Form eines Gerichtsprotokolls. Das hatte mehr Glanz und Würde, als was schweizerische Erbschaftsämtler produzieren.

Dann bekam ich vom amerikanischen Fiskus per e-mail eine *Taxpayer Identification Number* zugeteilt, abgekürzt TIN, womit ich als US Taxpayer in Pflicht genommen wurde. Einen Monat später kam eine weitere Verfügung mit einer andern Nummer und dem Bemerkten, die erste TIN sei falsch gewesen, hier komme die richtige, und mit einer Bitte um Entschuldigung. So lernte ich, dass auch die amerikanische Verwaltung Fehler macht. - Dass sie sich dafür sogar entschuldigt, fand ich charmant.

Dann wurde es bedrückend. Meine amerikanische Anwältin klärte mich darüber auf, dass alles *bewegliche* Nachlassvermögen dem Recht des Staates Massachusetts und dem amerikanischen Steuerrecht untersteht. Nur unbewegliches Vermögen unterstehe der *lex rei sitae*. Der Gesamthandsanteil an deutschen Grundstücken gelte nach amerikanischer Auffassung als *bewegliches* Vermögen, vergleichbar einer Aktie. - Das war für mich eine unangenehme Überraschung.

Weiter ging es mit dem Steuerrecht. Die *Federal Estate Tax*, d.h. die amerikanische Erbschaftsteuer, entfällt, wenn die Alleinerbin eine gemeinnützige Institution ist. *Ob* sie gemeinnützig ist, entscheidet der amerikanische Fiskus autonom.

Da lernte ich nun - erstmals nach dem Tod meines Klienten -, dass die Amerikaner die Gemeinnützigkeit nur anerkennen, wenn die Institution jedes Jahr gemeinnützige Vergabungen ausschüttet, die *mindestens fünf Prozent ihres bilanzierten Reinvermögens* betragen. Diese Ausschüttungsquote muss dem amerikanischen Fiskus jedes Jahr von neuem nachgewiesen werden, sonst entfällt die Gemeinnützigkeit und die Erbschaftsteuer wird rückwirkend nachgefordert. Das Pech war, dass die Gesamthandsbeteiligung des Erblassers immer nur mit etwa drei Prozent rentiert hatte. Um die amerikanische Anforderung zu erreichen, musste man ans Kapital greifen.

Leider verbot die Stiftungsurkunde - und mit ihr die deutsche Stiftungsaufsicht ganz dezidiert -, dass ans Kapital der Stiftung gegriffen wird.

Damit drohte eine amerikanische Estate Tax, welche den halben Wert des Nachlasses aufgefressen hätte - ein totales Desaster!

Im April 2012 war ich bei der Anwältin in Boston. Wie beiläufig liess sie fallen, das Problem mit der Gemeinnützigkeit sei gegenstandslos. Präsident Obama habe ein Gesetz durchgebracht, wonach die Federal Estate Tax für das Jahr 2010 suspendiert worden sei. Da der Klient im Dezember 2010 gestorben war, entfalle die Besteuerung des Nachlasses überhaupt und man müsse die Gemeinnützigkeit der deutschen Stiftung nicht nachweisen.

Ich war erleichtert, aber nur kurz. Im Juli 2012 kam mir ein Kundenzirkular der CREDIT SUISSE mit folgendem erstem Satz zu Gesicht:

*"In den USA wurde die Erbschaftssteuer (Federal Estate Tax) rückwirkend per 1. Januar 2010 wieder in Kraft gesetzt, nachdem sie ursprünglich für das Jahr 2010 ausgesetzt worden war."*

Ich konfrontierte die Anwältin in Boston mit dieser Hiobsbotschaft. Sie antwortete noch am gleichen Tag, ich könne mich beruhigen. Die CREDIT SUISSE sei falsch informiert. Die Federal Estate Tax für 2010 bleibe definitiv suspendiert.

Das ist bisher das letzte Wort in dieser Sache. Hoffentlich stimmt es.

Dann wollte ich das kleine Bankkonto, das der Klient in London gehabt hatte, saldieren. Das führte zum nächsten Abenteuer. Die englische Bank machte eine Behördenmeldung, womit in London ein separates *Probate Verfahren*, d.h. ein Nachlass-Eröffnungsverfahren, losgetreten wurde. Da der Klient zeitlebens einen englischen Pass gehabt hatte, stellten sich die englischen Behörden auf den Standpunkt, dass der Nachlass insgesamt dem englischen Recht und der englischen Besteuerung unterliege.

Mit anwaltlicher Hilfe und einem erheblichen Beweisführungsaufwand musste ich das Gegenteil beweisen. Das gelang zwar, aber die Übung war wiederum teuer. Zu spät merkte ich, dass es billiger gewesen wäre, das englische Konto schlicht zu *derelinquieren*. Nachdem aber das Probate Verfahren in London losgetreten war, konnte ich mich nicht mehr still zurückziehen.

Da wäre nun eine *Vollmacht* nützlich gewesen, mit der man das Londoner Konto hätte saldieren können, ohne den Tod des Kontoinhabers offenzulegen. Aber niemand hatte vorher daran gedacht. Noch gescheiter wäre gewesen, der Klient hätte nie ein Bankkonto in London eröffnet, oder er hätte es rechtzeitig vor seinem Tod liquidiert.

Schliesslich musste ich den Gesamthandsanteil im Grundbuch in Deutschland auf den Namen der Stiftung umschreiben lassen. Ich wandte mich an einen Notar vor Ort und fragte, ob er einen *Deed of Transfer* brauche, d.h. eine Eigentumsübertragung vom Willensvollstrecker an die deutsche Stiftung nach amerikanischem Recht, oder ob eine blosser Erbgangsbeurkundung oder ein Erbenschein genüge.

Der deutsche Notar tat kompliziert. Vom *Deed of Transfer* wollte er nichts wissen. Stattdessen verlangte er Zustimmungserklärungen von den Mitgesellschaftern, und dies, obgleich der Gesellschaftsvertrag die Klausel enthielt, beim Tod eines Gesellschafters würden dessen Er-

ben als Rechtsnachfolger anerkannt. Der Notar war der Meinung, damit könnten nur gesetzliche Erben gemeint sein. Da eine Umfrage bei den andern Gesellschaftern nicht opportun war, kam die erleuchtende Idee schliesslich vom deutschen Treuhänder, der die Liegenschaften verwaltet. Er besass eine Vollmacht des Verstorbenen aus dem Jahre 2004, die ihn ermächtigte, alle erforderlichen grundbuchlichen Vorkehren zu veranlassen. Mit dieser Vollmacht wirkte er die Umschreibung. In Deutschland hiess der Vorgang "Grundbuchberichtigung".

Das hat geklappt - durchaus zu meiner Verblüffung, denn in der Schweiz hätte die Vollmacht des Verstorbenen nichts genützt, um seinen Erbgang im Grundbuch nachzuführen.

So scheint in dieser Sache nun alles auf bestem Weg, vorausgesetzt, die Juristen der CREDIT SUISSE haben sich wirklich geirrt, was ich mit Inbrunst hoffe. Ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit.