



***Professio juris* :** **Ein Instrument zur** **Nachlassplanung** **für ausländische** **Staatsangehörige mit** **Wohnsitz in der Schweiz**

Daniel Gatenby

[LL.M. Tax, Rechtsanwalt in Pully-Lausanne und Genf, Python]

Philippe Kenel

[Doktor der Rechtswissenschaften, Rechtsanwalt in Pully-Lausanne, Genf und Brüssel, Python]

Eine der ersten Fragen, die es bei der Nachlassplanung zu klären gilt, ist, welches Recht auf den Nachlass des *Erblassers* anwendbar sein wird. In einem Testament oder Erbvertrag wird festgelegt, welcher Anteil bestimmten Familienmitgliedern, darunter dem überlebenden Ehepartner und den Kindern, zwingend zugewiesen werden muss, der sogenannte Pflichtteil, und welcher Anteil dem Erblasser frei zur Verfügung steht. Die *professio juris* ist eine Institution, die in der Schweiz zur Regelung interkantonalen und später internationaler Konflikte eingeführt und von einer Vielzahl von Ländern, insbesondere der Europäischen Union, übernommen wurde. Sie ermöglicht es dem *Erblasser*, innerhalb bestimmter Grenzen und unter bestimmten Bedingungen das Recht zu wählen, dem er seinen Nachlass unterstellen möchte.

Zu Beginn müssen zwei wichtige Anmerkungen zur Reichweite einer *professio juris* gemacht werden. Zum einen betrifft sie nur das Zivilrecht unter Ausschluss des Steuerrechts. Das bedeutet, dass ein Steuerzahler nicht frei wählen kann, welchem Steuerrecht er seinen Nachlass unterwerfen möchte, und dass die Entscheidung für ein ausländisches Zivilrecht nicht dazu führt, dass sein Nachlass auch dem Steuerrecht des Landes unterliegt, das für das Zivilrecht gewählt wurde. Dies kann je nach Fall eine gute oder eine schlechte Nachricht sein. Andererseits betrifft die *professio juris*, ohne auf allzu technische Details einzugehen, die den Rahmen dieses Beitrags sprengen würden, nur das, was als Erbstatut bezeichnet

wird, z. B., wie oben erwähnt, die Höhe der Pflichtanteile und der verfügbaren Quote, nicht aber die Behörden oder Gerichte, die jeweils für die Eröffnung des Erbfalls oder für eventuelle Gerichtsverfahren zuständig sind, oder das Recht, das zur Bestimmung der Form eines Testaments oder eines Erbvertrags anwendbar ist.

Zunächst werden die derzeit in der Schweiz geltenden Regeln vorgestellt, die im Bundesgesetz vom 18. September 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG) enthalten sind. Anschließend werden wir kurz die Bestimmungen der Verordnung der Europäischen Union Nr. 650/2012 vom 4. Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende

Recht, die Anerkennung und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen und zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses (EU-Verordnung) untersuchen, die am 17. August 2015 in Kraft getreten ist und in allen Mitgliedstaaten mit Ausnahme von Dänemark und Irland gilt. Schließlich wird der aktuelle Stand der laufenden Reform der im IPRG vorgesehenen Grundsätze zur *professio juris*, die insbesondere durch das Inkrafttreten der EU-Verordnung bedingt ist, dargestellt.

Das aktuelle Schweizer Recht

Artikel 90 Abs. 1 IPRG verankert den Grundsatz, dass wenn eine verstorbene Person ihren letzten Wohnsitz in der Schweiz hatte, ihr Nachlass dem schweizerischen Recht unterliegt. Der Gesetzgeber hat jedoch vorgesehen, dass ein ausländischer Staatsangehöriger unter bestimmten Bedingungen seinen Nachlass dem Recht eines seiner Nationalstaaten unterwerfen kann (Art. 90 Abs. 2 IPRG). Die gesetzlichen Bedingungen und Grenzen, die durch Lehre und Rechtsprechung präzisiert wurden, können wie folgt zusammengefasst werden:

- a) Die *professio juris* muss in der Form erfolgen, die für ein Testament oder einen Erbvertrag erforderlich ist. Gemäß Art. 93 Abs. 1 IPRG wird die Gültigkeit von Testamenten hinsichtlich der Form durch das Haager Übereinkommen vom 5. Oktober 1961 über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Kollisionsrecht geregelt. Der Gesetzgeber hat klargestellt, dass dieses Übereinkommen analog auch für die Form anderer Verfügungen von Todes wegen gilt (Art. 93 Abs. 2 IPRG), oder den Erbvertrag. Da die Untersuchung des oben genannten Haager Übereinkommens den Rahmen unseres Beitrags sprengen würde, erlauben wir uns, den Leser auf dessen Text zu verweisen. Nach dem Bundesgericht kann die *professio juris* ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen (BGE 125 III 35).
- b) Einem ausländischen Staatsangehörigen mit Wohnsitz in der Schweiz steht es nicht frei, seinen Nachlass jedem beliebigen Recht zu unterwerfen. Er kann ihn nur dem Recht des Staates unterwerfen, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt. Wenn er über mehrere Staatsangehörigkeiten verfügt, steht es ihm frei, seinen Nachlass dem Recht des Staates einer dieser Staatsangehörigkeiten zu unterstellen. Dieser Grundsatz wurde vom Bundesgericht in der Entscheidung Hirsch v. Cohen (BGE 102 II 136) bekräftigt, auf die wir unten zurückkom-

men werden. Es ist unerheblich, ob der *Erblasser* Beziehungen zu diesem Staat unterhielt oder nicht.

- c) Die *professio juris* ist nur für ausländische Staatsangehörige möglich (Art. 90 Abs. 2 IPRG), unter Ausschluss von Schweizer Doppelbürgern. Mit anderen Worten: Ein Schweizer Staatsangehöriger, der auch die englische Staatsangehörigkeit besitzt, kann seinen Nachlass nicht dem englischen Recht unterstellen.
- d) Eine wichtige Frage ist, zu welchem Zeitpunkt der *Erblasser* die Staatsangehörigkeit gehabt haben muss, der er seinen Nachlass unterstellt hat. Theoretisch gibt es vier Möglichkeiten: zum Zeitpunkt der Erstellung der Urkunde, die die *professio juris* enthält; zum Zeitpunkt des Todes; sowohl zum Zeitpunkt der Erstellung der Urkunde als auch zum Zeitpunkt des Todes; zu einem der beiden Zeitpunkte. Gemäß Art. 90 Abs. 2 IPRG muss der *Erblasser* die Staatsangehörigkeit des Staates besitzen, dessen Recht er zum Zeitpunkt seines Todes seinen Nachlass unterstellt hat. Obwohl der Wortlaut dieser Bestimmung relativ klar ist, dass der *Erblasser* zum Zeitpunkt der Abfassung der *professio juris* auch Inhaber dieser Staatsangehörigkeit sein muss, ist ein Teil der Lehre jedoch dennoch der Ansicht, dass es nicht notwendig ist, dass der *Erblasser* zum Zeitpunkt der Abfassung der Urkunde, die die Rechtswahl vorsieht, Inhaber dieser Staatsangehörigkeit ist. Im Interesse der Rechtssicherheit können wir dem Leser nur empfehlen, keine *professio juris* zugunsten des Rechts eines Staates vorzunehmen, dessen Staatsangehörigkeit er noch nicht besitzt.
- e) Ein umfassendes Problem ist die Reichweite einer *professio juris*. Angesichts des Umfangs des Themas beschränken wir uns auf die folgenden Bemerkungen. Einerseits ergibt sich aus dem Wortlaut der Artikel 90 Abs. 2 und 95 Abs. 2 IPRG, dass es nicht möglich ist, eine partielle *professio juris* zu machen, unabhängig davon, ob sie in einem Testament oder einem Erbvertrag enthalten ist. Das bedeutet, dass ein ausländischer Staatsangehöriger nach dem Grundsatz der Einheit des Nachlasses nicht beschließen kann, nur bestimmte Vermögenswerte seines Nachlasses dem Recht des Staates zu unterwerfen, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt. Andererseits hat die *professio juris* zur Folge, dass der Nachlass des *Erblassers* dem materiellen Erbrecht seines Nationalstaats unterliegt. Diese Rechts-

wahl hat keine Auswirkungen auf die Form des Testaments oder des Erbvertrags, auf die Behörden und Gerichte, die für die Eröffnung des Nachlasses bzw. die Entscheidung über mögliche Gerichtsverfahren zuständig sind, oder auf die Art und Weise der Vollstreckung (Art. 92 Abs. 2 IPRG). Eine der grundlegenden Fragen ist es zu bestimmen, ob das Schweizer Recht es zulässt, dass der *Erblasser* durch eine *professio juris* von den Schweizer Vorschriften über den Pflichtteil abweicht. Zur Erinnerung: Die neuen Erbschaftsregeln, die am 1. Januar 2023 in Kraft traten, sehen vor, dass der Pflichtteil für ein Ehepaar mit Kindern 2/8 für den überlebenden Ehepartner und 2/8 für die Nachkommen beträgt. In der oben genannten Entscheidung Hirsch v. Cohen entschied das Bundesgericht, dass die Unterstellung des eigenen Nachlasses unter ein Recht, das keinen Pflichtteil vorsieht, in diesem Fall das englische Recht, grundsätzlich nicht missbräuchlich ist und auch nicht gegen den schweizerischen *ordre public* verstößt. Rechtsprechung und Lehre zufolge würde letzteres jedoch ausländischen Rechtsnormen entgegenstehen, die eine Diskriminierung beispielsweise aufgrund des Geschlechts des Erben oder der Religion vorsehen.

Zum Abschluss dieser Darstellung des aktuellen Schweizer Rechts möchten wir den Leser darauf aufmerksam machen, dass die Schweiz eine Reihe von bilateralen Abkommen mit den USA, Persien, Griechenland und Italien abgeschlossen hat und dass daher ausländische Staatsangehörige, die eine *professio juris* zugunsten eines dieser Staaten vornehmen möchten, sicherstellen müssen, dass sie mit diesen Abkommen übereinstimmt.

Europäisches Recht

Wie oben erwähnt, hat die Europäische Union die *professio juris* eingeführt, während nur einige Mitgliedstaaten diese Institution in Art. 22, 24 Abs. 2 und 25 Abs. 3 der EU-Verordnung kannten. Wir werden die Regeln kurz vorstellen und sie in einen Zusammenhang mit dem aktuellen Schweizer Recht stellen, da diese EU-Gesetzgebung die Grundlage für die Reform des Schweizer Rechts bildet, die wir im Folgenden vorstellen werden.

Während Art. 21, Paragraph 1 der EU-Verordnung den Grundsatz festschreibt, dass auf den gesamten Nachlass das Recht des Staates anzuwenden ist, in dem der *Erblasser* zum Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, regelt



Art. 22 die *professio juris*, deren Hauptgrundsätze wie folgt zusammengefasst werden können.

- a) Wie im schweizerischen Recht kann eine *professio juris* ausdrücklich oder stillschweigend in einer Erklärung in Form einer Verfügung von Todes wegen vorgesehen werden (Art. 22 Par. 2 der EU-Verordnung).
- b) Ebenso hat der europäische Gesetzgeber vorgesehen, dass eine Person das Recht eines jeden Staates, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzt, als Erbrecht wählen kann (Art. 22, Par. 1 der EU-Verordnung).
- c) Im Gegensatz dazu unterscheidet sich das EU-Recht in der Frage der Doppelbürger grundlegend vom Schweizer Recht. Denn eine binationale Person, die in einem Staat wohnt, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzt, kann ihren Nachlass ihrer anderen Staatsangehörigkeit unterstellen. Als Beispiel: Eine Person mit belgischer und portugiesischer Staatsangehörigkeit und Wohnsitz in Belgien kann eine *professio juris* zugunsten des portugiesischen Rechts abgeben.
- d) Die EU-Verordnung weicht auch in Bezug auf die Frage, wann die Person, die eine *professio juris* abgibt, die Staatsangehörigkeit des Staates besitzen muss, dessen Recht sie ihren Nachlass unterstellt, vom Schweizer Recht ab. Sie muss nämlich die Staatsangehörigkeit dieses Staates entweder zum Zeitpunkt der Abgabe der *professio juris* oder zum Zeitpunkt ihres Todes besitzen (Art. 22, Par. 1 der EU-Verordnung).
- e) In Bezug auf die Reichweite der *professio juris* gelten folgende Hauptprinzipien. Zum einen muss sich die Rechtswahl auf den gesamten Nachlass beziehen (Art. 22, Par. 1 der EU-Ver-

ordnung), was jegliche partielle *professio juris* ausschließt. Andererseits sieht Artikel 23 der EU-Verordnung ausdrücklich vor, welche Fragen durch das anwendbare Recht geregelt werden. Schließlich enthält die EU-Verordnung keine Bestimmungen zum Schutz der pflichtteilsberechtigten Erben im Falle einer *professio juris*. Da Artikel 35 jedoch vorsieht, dass die Anwendung einer Bestimmung des Rechts eines durch die EU-Verordnung bezeichneten Staates ausgeschlossen werden kann, wenn diese Anwendung mit der öffentlichen Ordnung des Gerichtsstands offensichtlich unvereinbar ist, bleiben die Staaten in diesem Bereich frei.

Die Revision des Schweizer Rechts

Am 13. März 2020 veröffentlichte der Bundesrat seine Nachricht zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Erbrecht), die insbesondere die Bestimmungen über die *professio juris* betrifft. Das Ziel dieser Reform ist es, die helvetischen Regeln an die der EU-Verordnung anzugleichen. Im Folgenden werden die wichtigsten Änderungen im Entwurf des Bundesrates (E-IPRG) dargestellt. Dabei wird betont, dass dieser Entwurf gemäß dem Gesetzgebungsverfahren bereits dem National- und dem Ständerat vorgelegt wurde und dass die endgültige Fassung, die verabschiedet wird, möglicherweise nicht genau mit der Fassung des E-IPRG übereinstimmt. Wir werden uns darauf beschränken, einen Vergleich zwischen den im E-IPRG enthaltenen Regeln und dem geltenden Schweizer Recht vorzunehmen, indem wir uns auf die oben erwähnten Briefe beziehen.

Die Regeln in den Buchstaben a, b und e bleiben unverändert. Stattdessen werden folgende Änderungen vorgeschlagen:

- c) Gemäß Artikel 91 Abs. 1 E-IPRG hätte ein Schweizer Doppelbürger die Möglichkeit, seinen Nachlass einem ausländischen Recht zu unterstellen. Folglich könnte ein belgisch-schweizerischer Doppelbürger mit Wohnsitz in der Schweiz seinen Nachlass dem belgischen Recht unterstellen. Bleibt anzumerken, dass zum Zeitpunkt der Erstellung dieses Dokuments der Nationalrat diese Änderung angenommen hat und verteidigt, während der Ständerat möchte, dass Schweizer Doppelbürger ihren Nachlass nur dem Schweizer Recht unterstellen können, was in der Praxis keine Änderung der derzeit geltenden Regel bedeuten würde.
- d) Das E-IPRG passt sich in Art. 91 Abs. 1 an die EU-Verordnung an, was die Frage betrifft, wann der Erblasser die Staatsangehörigkeit des Staates besitzen muss, dessen Recht er seinen Nachlass unterstellt. Diese Bestimmung besagt nämlich, dass er «die betreffende Staatsangehörigkeit zum Zeitpunkt der Verfügung oder zum Zeitpunkt seines Todes besessen haben muss». Wir weisen den Leser jedoch darauf hin, dass der Nationalrat diese Änderung angenommen hat, während der Ständerat dagegen war. Er möchte nämlich, dass der Erblasser zum Zeitpunkt seines Todes noch die betreffende Staatsangehörigkeit besitzt.

Fazit

Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass die *professio juris* ein interessantes Instrument der Nachlassplanung ist. Denn es kann je nach Staatsangehörigkeit(en) des Erblassers dazu führen, dass sein Nachlass einem günstigeren Recht unterliegt, insbesondere im Bereich der Pflichtteilsansprüche. Wir möchten betonen, dass es nach der Wahl eines Rechts wichtig ist, dass der Verfügende die Entwicklung des Rechts, für das er sich entschieden hat, verfolgt. Es ist nämlich möglich, dass sich der Inhalt dieses Rechts zwischen dem Zeitpunkt, zu dem es Gegenstand der *professio juris* war, und dem Zeitpunkt des Todes des Erblassers ändert. Es wird jedoch das Recht in seinem Zustand zum Zeitpunkt des Todes angewendet. Hinzu kommt eine zweite Unsicherheit, die auf das Schweizer Recht zurückzuführen ist, da noch nicht bekannt ist, wie die endgültigen Regeln aussehen werden, die sich aus der Reform ergeben. Fall wird weiterverfolgt...

Professio juris: an estate planning tool for foreign nationals living in Switzerland



Daniel Gatenby

[LL.M. Tax, lawyer in Pully-Lausanne and Geneva, Python]

Philippe Kenel

[Doctor of Law, lawyer in Pully-Lausanne, Geneva and Brussels, Python]

One of the first questions to be resolved in estate planning is to determine which law will apply to the deceased's estate. When drawing up a will or an inheritance agreement, such a choice of law enables the testator to determine the portion that must be allocated to certain family members (known as the reserve or reserved portion) and the portion that he or she may freely dispose of (known as the available portion). The *professio juris* is an institution that was introduced in Switzerland to settle inter-cantonal and then international disputes, and has been adopted in a large number of states, including the European Union. It allows the deceased to choose, within certain limits and subject to certain conditions, the law to which he or she wishes to submit his or her estate.

Two important points should be made at the outset regarding the scope of a *professio juris*. Firstly, it applies only to civil law and not to tax law. This means that a taxpayer cannot freely choose the tax law to which he wishes to subject his estate, and that opting for a foreign civil law has no influence on the tax law that applies to the estate. Depending on the circumstances, this can be good or bad news. On the other hand, without going into overly technical details that would go beyond the scope of this contribution, a *professio juris* only concerns what is termed the status of succession, for example, as mentioned above, the size of the reserved and available portions, but not the competent authorities or courts for probate and/or any legal proceedings, or the applicable

law for determining the formal validity of a will or an inheritance agreement.

We will begin by presenting the rules currently in force in Switzerland, as set out in the Federal Act of 18 September 1987 on Private International Law ("PILA"). We will then take a brief look at the rules set out in European Union Regulation No 650/2012 of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession (EU Regulation), which came into force on 17 August 2015 and applies in all Member States except Denmark and Ireland. Finally, we will review the current state of affairs with regard to