



Der schweizerisch-italienische Erbfall

Tina Wüstemann / Larissa Marolda Martínez¹

Inhaltsverzeichnis

- I. Einleitung
- II. Geltungsbereich des Staatsvertrages
- III. Zuständigkeit
 - A. Zuständigkeit gemäss Staatsvertrag
 - B. Möglichkeit einer Prorogation
- IV. Anwendbares Erbstatut gemäss Staatsvertrag
 - A. Allgemein
 - B. *Professio iuris*
- V. Schweizerisches und italienisches Erbstatut: Unterschiede
 - A. Gesetzliche Erben und Pflichtteilsrecht
 - B. Erbbescheinigung
- VI. Eröffnungsstatut und -zuständigkeit
- VII. Erbschaftssteuerrechtliche Aspekte
- VIII. Zusammenfassung

I. Einleitung

Erbfälle mit Auslandsbezug bergen in der Regel Konfliktpotenzial, weshalb eine akkurate Nachlassplanung bedeutend ist. Gerade mit einem unserer

Nachbarstaaten ist die Rechtslage besonders ausgestaltet: Zwischen der Schweiz und Italien gilt es den noch heute in Kraft stehenden Niederlassungs- und Konsularvertrag vom 22. Juli 1868² (nachfolgend «Staatsvertrag») zu beachten, sofern dieser räumlich-persönlich und sachlich anwendbar ist (vgl. II. nachfolgend). Soweit der Staatsvertrag keine Anwendung findet, bestimmen sich Zuständigkeit und anwendbares Recht nach dem jeweiligen autonomen Kollisionsrecht.

Betrachtet man den Umstand, dass gemäss Ausländerstatistik des Bundesamtes für Migration³ Ende Dezember 2009 289'111 italienische Staatsangehörige in der Schweiz bzw. gemäss dem *Istituto nazionale di statistica* Ende Dezember 2008 97'364 Schweizer Bürger in Italien ihren Wohnsitz hatten, drängt es sich auf, die Rechtslage in solchen Erbfällen sowie mögliche Nachlassplanungslösungen aufzuzeigen. Dies insbesondere auch darum, weil der Staatsvertrag in der Schweiz und in Italien jeweils unterschiedlich und teilweise entgegen dessen Wortlaut ausgelegt und angewendet wird.

1 Tina Wüstemann, Rechtsanwältin, LL.M., Partnerin, Bär & Karrer AG, Zürich, E-Mail: tina.wuestemann@baerkarrer.ch; Dr. Larissa Marolda Martínez, Rechtsanwältin, Bär & Karrer AG, Zürich, E-Mail: larissa.marolda@baerkarrer.ch. Frau Rechtsanwältin Gabriella Agliati, NCTM Milano, danken wir für die Durchsicht des Manuskripts hinsichtlich des italienischen Rechts.

2 SR 0.142.114.541 sowie das dazugehörige Zusatzprotokoll vom 1.5.1869, SR 0.142.114.541.1; BBl 1868, III, 433. Der Staatsvertrag regelt eine Vielzahl von Fragen (wie z.B. das Recht auf gegenseitige Niederlassungs- und Handelsfreiheit, Eigentumsgarantie sowie Bestimmungen zum Konsularwesen). Für schweizerisch-italienische Erbschaftsangelegenheiten sind jedoch Artikel (nach-

folgend «Art.») 17 des Staatsvertrages sowie Art. IV des Zusatzprotokolls einschlägig. Art. 17 Absatz (nachfolgend «Abs.») 1 und 2 statuieren Mitteilungspflichten an die konsularischen Behörden des jeweiligen Heimatstaates, währenddem Abs. 3 und 4 die Zuständigkeit für erbrechtliche Streitigkeiten normiert.

3 Bestand der ständigen ausländischen Wohnbevölkerung nach Staatsangehörigkeit, Ende Dezember 2009, Bundesamt für Migration BFM, Statistikdienst Ausländer, Bern-Wabern.

4 ISTAT, L'Istituto nazionale di statistica, Bilancio demografico e popolazione residente straniera al 31 dicembre 2008.

II. Geltungsbereich des Staatsvertrages

Dem Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht⁵ (nachfolgend «schweizerisches IPRG») gehen bekanntlich völkerrechtliche Verträge vor.⁶ Bei schweizerisch-italienischen Erbfällen gilt der bereits erwähnte, noch in Kraft stehende Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Italien.

Der Staatsvertrag ist immer dann anwendbar, wenn ein Schweizer mit Wohnsitz in Italien bzw. wenn ein Italiener mit Wohnsitz in der Schweiz verstirbt. Ebenso ist der Staatsvertrag gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung anwendbar, wenn ein Italiener mit letztem Wohnsitz in Italien verstirbt und Vermögenswerte in der Schweiz besass bzw. ein in der Schweiz wohnhafter Schweizer Vermögenswerte in Italien hinterliess.⁷ Der Staatsvertrag äussert sich nicht explizit dazu, ob dies auch bezüglich in Italien bzw. in der Schweiz belegenen Liegenschaften gilt, noch lässt sich dazu etwas Konkretes in der Literatur finden. Aufgrund der zitierten bun-

desgerichtlichen Rechtsprechung ist aber wohl davon auszugehen, dass der Staatsvertrag dem Prinzip der Nachlassseinheit bzw. dem Prinzip der Einheit der Erbfolge mit dem Gerichtsstand im Heimatland folgt und damit auch Liegenschaften umfasst.⁸ Nach überwiegender Meinung ist aus Schweizer Sicht der Staatsvertrag auf schweizerisch-italienische Doppelbürger nicht anwendbar.⁹ Die Erbfolge betreffend schweizerisch-italienischen Doppelbürgern beurteilt sich somit nach autonomem Kollisionsrecht. Während das schweizerische IPRG grundsätzlich auf den letzten Wohnsitz des Erblassers abstellt, folgt das italienische IPRG dem Heimatprinzip.¹⁰

Der Staatsvertrag definiert den Wohnsitzbegriff nicht näher. Es ist daher davon auszugehen, dass jeder Vertragsstaat den Wohnsitzbegriff autonom festlegt. Der Wohnsitz bestimmt sich aus schweizerischer Sicht nach Art. 20 Abs. 1 lit. a des schweizerischen IPRG.¹¹ Hingegen normiert das italienische IPRG den Wohnsitzbegriff nicht, weshalb letztlich auf die Bestimmungen des italienischen *Codice Civile* zurückzugreifen ist.¹² Entgegen dem Wortlaut

5 SR 291.

6 Art. 1 Abs. 2 schweizerisches IPRG; dasselbe gilt gemäss Art. 2 des Gesetzes Nr. 218 vom 31. Mai 1995 (nachfolgend «italienisches IPRG»).

7 BGE 98 II 88 E. 2. In dem diesem Bundesgerichtsentscheid zugrunde liegenden Sachverhalt ging es um eine Streitigkeit aus einem Nachlass eines in Italien verstorbenen italienischen Staatsangehörigen hinsichtlich eines bei einer Bank in der Schweiz hinterlegten Wertschriftendepots. In Anwendung des Grundsatzes der Einheit der Erbfolge mit dem Gerichtsstand im Heimatland Italien führte das Bundesgericht aus, dass Art. 17 Abs. 3 und 4 des Staatsvertrages im vorliegendem Fall Anwendung finden, gleichgültig in welchem der beiden Vertragsstaaten der Erblasser seinen letzten Wohnsitz hatte. Eine extensive Auslegung des Staatsvertrages rechtfertigte es, Streitigkeiten hinsichtlich eines Nachlasses eines in Italien wohnhaften Italieners bezüglich der in der Schweiz gelegenen Nachlasswerte dem italienischen Wohnsitzgerichtsstand gemäss Art. 17 Abs. 3 des Staatsvertrages zu unterwerfen. Die Abwicklung des Nachlasses soll in beiden Fällen einheitlich den heimatlichen Behörden vorbehalten bleiben, wobei dies auch für den Nachlass eines schweizerischen Erblassers gelte. Im Gegensatz dazu das Obergericht Zürich im Entscheid vom 26.11.1986, ZR 1987, Nr. 76, E. IIa., wonach der Staatsvertrag bei letztem Wohnsitz eines Italieners in Italien nicht anwendbar sein soll.

8 Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass das schweizerische IPRG keine ausschliessliche Zuständigkeit in Nachlassangelegenheiten hinsichtlich in der Schweiz belegener Grundstücke vorsieht. Das italienische IPRG hingegen normiert in Art. 50 Ziffer (nachfolgend «Ziff.») 1 litera (nachfolgend «lit.») e, dass die italienischen Gerichte zuständig sind, wenn eine Klage in Nachlasssachen in Italien belegene Vermögensgegenstände betrifft. Da-

bei ist es nicht massgebend, ob es sich um bewegliches oder unbewegliches Vermögen handelt. Allerdings soll diese Bestimmung nur Fälle von Erbstreitigkeiten von im Ausland verstorbenen Ausländern, welche Vermögen in Italien hinterlassen haben, umfassen. Andererseits sind die italienischen Gerichte gemäss Art. 50 Ziff. 1 lit. d unzuständig, wenn sich die Klage auf im Ausland belegenes Vermögen bezieht. Siehe dazu HANS KUHN, Der Renvoi im internationalen Erbrecht der Schweiz, eine Analyse internationaler Erbfälle im Verhältnis der Schweiz zu Deutschland, Frankreich, Italien, Österreich, dem Fürstentum Liechtenstein, Griechenland, England und den Niederlanden, Diss. Zürich 1998, 200 f.

9 HERBERT CHENEVAR, Le régime civil des successions dans les rapports italo-suisse, Diss. Lausanne 1985, 40; FRANCO MASPOLI, Le successioni e il Trattato italo-svizzero del 22 luglio 1896, Diss. Mendrisio 1934, 69; ROBERTO DALLAFIOR, Die Legitimation der Erben, Diss. Zürich 1990, 215; KUHN, (Fn. 8), 195. Zu dieser Frage haben sich in Italien weder die Doktrin noch die Gerichte geäussert.

10 Siehe dazu III.A nachfolgend.

11 Nach dieser Bestimmung hat eine natürliche Person ihren Wohnsitz in dem Staat, in dem sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält. Zur Auslegung von Art. 20 Abs. 1 schweizerisches IPRG siehe dazu unter anderem CATHERINE WESTENBERG, in: Honsell/Vogt/Schnyder/Berti (Hrsg.), Basler Kommentar: Internationales Privatrecht, 2. Aufl. (nachfolgend «BSK»), N 8 f. zu Art. 20 schweizerisches IPRG.

12 Art. 43 Abs. 1 und 2 des *Codice Civile* definieren den Wohnsitz als Ort, an dem eine Person den Schwerpunkt ihrer Angelegenheiten und Interessen hat. Neben dem tatsächlichen Bezug der Person zu einem Ort tritt als weiteres Erfordernis der Wille hinzu, den Ort zum Lebensmittelpunkt zu machen.



von Art. 17 Abs. 3 des Staatsvertrages ist der Sterbeort nicht massgebend.¹³

Nicht restlos geklärt bzw. in der schweizerischen Lehre umstritten ist die Frage der Anwendbarkeit des Staatsvertrages, wenn ein Italiener oder Schweizer mit letztem Wohnsitz in einem Drittstaat verstirbt.¹⁴ Es ist davon auszugehen, dass mangels Wohnsitz des italienischen bzw. schweizerischen Erblassers in einem der beiden Vertragsstaaten der Staatsvertrag aus schweizerischer Sicht nicht zur Anwendung gelangt.¹⁵ Entsprechend wurde diese Frage vom italienischen Kassationsgericht endgültig beantwortet: Die Anwendbarkeit des Staatsvertrages setze voraus, dass der Erblasser mit Wohnsitz in einem der beiden Vertragsstaaten verstirbt.¹⁶

Aus italienischer Sicht ist der Staatsvertrag nicht anwendbar, wenn ein italienischer Staatsbürger mit letztem Wohnsitz in der Schweiz verstirbt, aber nie in Italien gewohnt hat.¹⁷ Im Gegensatz dazu soll der Staatsvertrag gemäss kantonaler Rechtsprechung und Doktrin in der Schweiz in einem solchen Fall anwendbar sein. Aus Schweizer Sicht soll dabei der Richter derjenigen italienischen Gemeinde zuständig sein, in welcher der italienische Erblasser sein Bürgerrecht («*attinenza*») besessen hatte.¹⁸ Dies dürfte viele der in der Schweiz geborenen Italiener zweiter Generation betreffen, welche die schweizerische Staatsbürgerschaft nicht erworben haben, nie in Italien gelebt haben und mit letztem Wohnsitz in der Schweiz versterben. Trotz der uneinheitlichen Auffassung der beiden Vertragsstaaten betreffend die Anwendbarkeit des Staatsvertrages in solchen Fällen ist das Resultat letzten Endes dasselbe, indem gemäss den Bestimmungen des italienischen IPRG bzw. Zivilprozessrechtes der italienische Richter am Heimatort des Verstorbenen für erbrechtliche Streitigkeiten zuständig ist.

Die umgekehrte Frage, ob der Staatsvertrag auch zur Anwendung gelangt, wenn ein Auslandschweizer mit letztem Wohnsitz in Italien verstirbt, in der Schweiz aber nie Wohnsitz hatte, ist weder bundesgerichtlich noch in der Lehre beantwortet worden. Es spricht unserer Auffassung nach nichts dagegen, den Staatsvertrag auch in dieser Konstellation anzuwenden, da – im Gegensatz zu Streitigkeiten bezüglich des Nachlasses eines Italieners mit letztem Wohnsitz in der Schweiz – nicht auf den letzten Wohnsitz des Auslandschweizers in der Schweiz abgestellt wird, sondern, gestützt auf den Staatsvertrag resp. auf Art. IV des Zusatzprotokolls, einzig der Heimatort des Auslandschweizers sowohl für die Zuständigkeit als auch für das anwendbare Recht massgebend ist.¹⁹ Mit anderen Worten ist für die Anwendbarkeit des Staatsvertrages irrelevant, ob der Auslandschweizer je Wohnsitz in der Schweiz hatte (siehe III. nachfolgend).

Der Staatsvertrag ist nicht anwendbar auf Angehörige von Drittstaaten, selbst wenn sie in Italien oder in der Schweiz versterben.²⁰ Es gelten hier die allgemeinen kollisionsrechtlichen Bestimmungen.

Zum sachlichen Anwendungsbereich des Staatsvertrages gilt es festzuhalten, dass entsprechend dem Wortlaut von Art. 17 Abs. 3 des Staatsvertrages nur «Streitigkeiten, welche zwischen den Erben hinsichtlich des Nachlasses entstehen könnten» darunter fallen. Demnach fallen aus schweizerischer Sicht erbrechtliche Klagen wie die Ungültigkeits-, Herabsetzungs-, oder Teilungsklage unter den sachlichen Anwendungsbereich des Staatsvertrages. Ebenso vom sachlichen Anwendungsbereich des Staatsvertrages sind Klagen gegen Nichterben, sofern sie sich auf einen erbrechtlichen Anspruch stützen²¹ sowie Klagen zwischen Erben und Vermächtnisnehmern²² erfasst. Nicht unter den Staatsvertrag fallen hingegen güterrechtliche Ansprüche des überlebenden Ehegatten.²³

Ebenfalls nicht vom sachlichen Anwendungsbereich erfasst ist die gesamte formelle Nachlassabwicklung. Hier bestimmen sich Zuständigkeit und anwendbares Recht nach autonomem Kollisionsrecht. Die Abgrenzung zwischen materiellen Strei-

13 CHENEVARD, (Fn. 9), 49 f. m.w.H.; KUHN, (Fn. 8), 195.

14 Verneinend MASPOLI, (Fn. 9), 88 f.; eher bejahend CHENEVARD, (Fn. 9), 50.

15 Gleicher Ansicht MASPOLI, (Fn. 9), 88 f.; DALLAFIOR, (Fn. 9), 222.

16 Entscheide des italienischen Kassationsgerichtes vom 1.7.1995 Nr. 8081, vom 16.6.1975 Nr. 2409, vom 31.7.1967 Nr. 2038 sowie vom 4.7.1962 Nr. 1711.

17 Begründet wird dies gemäss italienischer Lehre damit, dass eine grammatikalische Auslegung von Art. 17 Abs. 3 des Staatsvertrages einen letzten Wohnsitz des Erblassers in Italien voraussetze. In einem solchen Fall sei vielmehr das italienische IPRG anwendbar und zwar sei bezüglich der Zuständigkeit auf Art. 50 Ziff. 1 lit. a des italienischen IPRG (Staatsangehörigkeitsprinzip) abzustellen. Zur Festlegung der objektiven Zuständigkeit sind die Bestimmungen des italienischen Zivilprozessrechtes (Art. 18 ff.) heranzuziehen. Siehe dazu auch DALLAFIOR, (Fn. 9), 214 m.w.H.

18 Siehe dazu Urteil des Obergerichtes Zürich vom 16. Dezember 1966, ZR 66 (1967) Nr. 98; PAUL ANLIKER, Die erbrechtlichen Verhältnisse der Schweizer mit dem Ausland und der Ausländer in der Schweiz, Aarau/Leipzig 1999, 221; DALLAFIOR, (Fn. 9), 215; KUHN, (Fn. 8), 195, Fussnote 17. Das Bundesgericht hat sich zu dieser Frage noch nie äussern müssen.

19 Diese Auffassung soll gemäss Avv. Agliati auch nach der herrschenden Doktrin in Italien in Anwendung von Art. IV des Zusatzprotokolls gelten.

20 KUHN, (Fn. 8), 195 m.w.H.

21 Vgl. KUHN, (Fn. 8), 196.

22 BGE 58 I 319 f., BGE 98 II 93, E. 3.

23 BGE 98 II 88, E. 3.

tigkeiten und Fragen der formellen Nachlassabwicklung ist wenig geklärt und bereitet erhebliche Schwierigkeiten. Der Staatsvertrag enthält dafür keine Anhaltspunkte (vgl. VI. nachfolgend).²⁴

III. Zuständigkeit

A. Zuständigkeit gemäss Staatsvertrag

Nach Art. 17 Abs. 3 und 4 des Staatsvertrages sowie Art. IV des dazugehörigen Protokolls sollen Streitigkeiten, welche zwischen den Erben eines in der Schweiz verstorbenen Italieners hinsichtlich seines Nachlasses entstehen können, vor den Richter des letzten Wohnortes, den der Italiener in Italien hatte, gebracht werden.²⁵

Dasselbe gilt dem Grundsatz nach für einen Schweizer Bürger, der mit letztem Wohnsitz in Italien verstirbt. Zuständig für erbrechtliche Streitigkeiten hinsichtlich des Nachlasses eines in Italien verstorbenen Auslandschweizers sind allerdings, wie bereits erwähnt, die schweizerischen Gerichte an seinem Heimatort²⁶ und nicht diejenigen an seinem letzten Wohnsitz in der Schweiz.

24 Siehe unter anderem KUHN, (Fn. 8), 196.

25 BGE 120 II 293.

26 Dies gemäss Art. IV des Zusatzprotokolls.

27 Vorbehalten bleibt einzig die Zuständigkeit des Staates, der für Grundstücke auf seinem Gebiet die ausschliessliche Zuständigkeit vorsieht (Art. 86 Abs. 2 schweizerisches IPRG).

28 Diese Bestimmung gilt unabhängig davon, ob der Situationsstaat ausschliessliche Zuständigkeit in Anspruch nimmt oder nicht. Vgl. KUHN, (Fn. 8), 203 f. Das schweizerische IPRG beispielsweise nimmt keine ausschliessliche Zuständigkeit für in der Schweiz gelegene Liegenschaften in Nachlassstreitigkeiten in Anspruch.

29 Zu Art. 50 des italienischen IPRG vgl. KUHN, (Fn. 8), 199 ff.

30 SR 0.276.194.541. Gemäss Art. 1 des erwähnten Abkommens wird eine Entscheidung eines Vertragsstaates anerkannt, wenn die Entscheidung von einem Gericht gefällt wurde, das nach Massgabe des Art. 2 des Abkommens zuständig ist. Art. 2 (Ingress) des Abkommens hält fest, dass die Zuständigkeit u.a. dann gegeben ist, wenn diese in einem Staatsvertrag vorgesehen ist. Siehe dazu auch KUHN, (Fn. 8), 193.

31 BGE 91 III 19 ff., Erw. 2b. «*Decisivo appare che le disposizioni del Trattato relative al foro giudiziario non sono imperative; una proroga di giurisdizione è sempre possibile.*»; BGE 80 II 362 ff.; BGE 65 I 125 ff.

32 Aus BGE 65 I 128: «*Infatti l'art. 17 cp. 3 del trattato italo-svizzero non significa che un tribunale incompetente non possa essere reso competente da una convenzione delle parti: quando tutti gli interessati sono d'accordo di rinunciare alla tutela della giurisdizione nazionale del de cuius, viene a mancare la necessità di sottoporre la successione ad un foro che può essere scomodo alla totalità degli*

Mit der getroffenen Regelung im Staatsvertrag bezüglich der Zuständigkeit in erbrechtlichen Belangen zu Gunsten der jeweiligen Heimatzuständigkeit des Erblassers wurde der ansonsten zwischen dem schweizerischen und italienischen IPRG bestehende kollisionsrechtliche Zuständigkeitskonflikt behoben. Ausserhalb des Anwendungsbereichs des Staatsvertrages ist nämlich auf das autonome Kollisionsrecht abzustellen: Diesbezüglich besteht ein Zuständigkeitskonflikt, da das schweizerische IPRG zur Festlegung der Zuständigkeit für das Nachlassverfahren und die erbrechtlichen Streitigkeiten auf den Wohnsitz des Erblassers abstellt (Art. 86 Abs. 1 schweizerisches IPRG)²⁷, währenddessen das italienische IPRG grundsätzlich dem Staatsangehörigkeitsprinzip folgt (Art. 50 Ziff. 1 lit. a italienisches IPRG). Im Übrigen können nach dem italienischen IPRG italienische Gerichte in Nachlasssachen zuständig sein, wenn (i) die Erbschaft in Italien eröffnet wurde (Art. 50 Ziff. 1 lit. b italienisches IPRG), (ii) wenn der wirtschaftlich bedeutendste Teil des Nachlasses in Italien belegen ist (Art. 50 Ziff. 1 lit. c italienisches IPRG), (iii) wenn der Beklagte in Italien Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hat oder (iv) sich mit der Entscheidung durch italienische Gerichte einverstanden erklärt hat, es sei denn, die Klage betreffe unbewegliche, im Ausland belegene Vermögenswerte (Art. 50 Ziff. 1 lit. d italienisches IPRG)²⁸ oder in Italien belegenes Vermögen (Art. 50 Ziff. 1 lit. e italienisches IPRG).²⁹

Was die Anerkennung und Vollstreckung eines italienischen resp. schweizerischen Urteils, welches in erbrechtlichen Streitigkeiten von einem gemäss Staatsvertrag zuständigen Gericht gefällt wurde, betrifft, so ist auf das bilaterale Abkommen zwischen der Schweiz und Italien vom 3. Januar 1933 über die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen abzustellen.³⁰ Ein in Anwendung des Staatsvertrages ergangenes Urteil wird im anderen Vertragsstaat anerkannt und vollstreckt.

B. Möglichkeit einer Prorogation

Weder in bundesgerichtlicher Rechtsprechung noch in der Doktrin in der Schweiz restlos geklärt ist die Frage, ob ein Italiener mit letztem Wohnsitz in der Schweiz die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte für die Beurteilung erbrechtlicher Streitigkeiten mittels Testament prorogieren kann. Das Bundesgericht hat zwar in älteren Entscheiden festgehalten, dass die Zuständigkeitsbestimmungen im Staatsvertrag nicht zwingend seien³¹ und somit eine Prorogation immer zulässig sei. Allerdings war in den relevanten Bundesgerichtsentscheiden stets die Rede von Gerichtsstandsvereinbarungen zwischen den Erben.³² Es ist deshalb höchststrichterlich



nicht entschieden, ob ein italienischer Staatsbürger mit Wohnsitz in der Schweiz mittels Testament die schweizerischen Gerichte für die Beurteilung von erbrechtlichen Streitigkeiten in Zusammenhang mit seinem Nachlass für zuständig erklären kann. Der Umstand, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung Gerichtsstandsvereinbarungen zwischen den Erben zulässig sind und in diesem Zusammenhang die Zuständigkeitsbestimmungen des Staatsvertrages nicht als zwingend zu erachten sind, spricht unseres Erachtens dafür, eine einseitige Prorogation der Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte durch den italienischen Erblasser mit Wohnsitz in der Schweiz zuzulassen. Dies scheint auch die Ansicht des Bezirksgerichts Zürich zu sein, welches den Staatsvertrag dahingehend auslegt, dass ein italienischer Staatsbürger mit Wohnsitz in der Schweiz in einem Testament die schweizerische Zuständigkeit für seinen Nachlass prorogieren kann.³³

Anders die herrschende Lehre in Italien. Danach ist die einseitige Prorogation des Gerichtsstandes durch den Erblasser aufgrund des Staatsvertrages nicht zulässig, da Art. 17 Abs. 3 des Staatsvertrages als zwingend erachtet wird und dem italienischen IPRG vorgehe.³⁴ Diese Auffassung wird auch nach Einführung des italienischen IPRG im Jahre 1995 vertreten, obschon das italienische IPRG eine Gerichtsstandsvereinbarung zwischen den Erben bzw. den involvierten Parteien in erbrechtlichen Angelegenheiten zulässt.³⁵ Demnach ist es unseres Erachtens einem italienischen Staatsbürger mit letztem Wohnsitz in der Schweiz dann nicht zu empfehlen, mittels Testament die schweizerischen Gerichte für allfällige Erbstreitigkeiten zu prorogieren, falls er bspw. Vermögenswerte in Italien besitzt oder pflichtteilsgeschützte Erben in Italien wohnhaft sind (vgl. IV. B. nachfolgend). Trifft demgegenüber ein in Italien wohnhafter Schweizer mittels Testament eine Zuständigkeitswahl zu Gunsten der schweizerischen Gerichte im Sinne von Art. 87 Abs. 2 IPRG, ist dies auch aus italienischer Sicht unproblematisch, da die schweizerischen Gerichte unter dem Staatsvertrag ohnehin zuständig sind. Hingegen würde eine Zuständigkeitswahl des in Italien wohnhaften Schweizer mittels Testament zu Gunsten der italienischen Gerichte gemäss herrschender Lehre in Italien – unter dem Staatsvertrag – nicht anerkannt werden, obschon der Erbgang des in Italien wohnhaften Schweizer in Italien eröffnet würde (Art. 50 Ziff. 1 lit. b italienisches IPRG).

IV. Anwendbares Erbstatut gemäss Staatsvertrag

A. Allgemein

Obschon Art. 17 Abs. 3 des Staatsvertrages dem Wortlaut nach nur eine Zuständigkeitsnorm für Erbschaftsstreitigkeiten darstellt, gilt nach herrschender Lehre³⁶ und Rechtsprechung³⁷ aus schweizerischer Sicht diese Bestimmung auch als Kollisionsregel, welche das jeweilige Heimatrecht für anwendbar erklärt.

Die italienischen Gerichte wenden ihrerseits gestützt auf Art. 46 Ziff. 1 des italienischen IPRG³⁸ italienisches Erbrecht an, sobald sie sich für die Beurteilung einer erbrechtlichen Streitigkeit hinsichtlich eines Nachlasses eines italienischen Staatsbürgers mit letztem Wohnsitz in der Schweiz, gestützt auf den Staatsvertrag, als zuständig erachten.³⁹

eredi.» Vgl. auch Art. 5 schweizerisches IPRG, welcher auch im Bereich des Erbrechts eine *Gerichtsstandsvereinbarung der Erben* zulässt, sofern es sich um einen vermögensrechtlichen Anspruch handelt. Siehe dazu PASCAL GROLIMUND, in: BSK, N 15 zu Art. 5 IPRG; MARC ANDRÉ MAUERHOFER, Schiedsgerichtliche Zuständigkeit in Erbstreitigkeiten aufgrund Parteivereinbarung und erblasserischer Anordnung, ZBJV 2006, 381.

33 Siehe den Artikel «Care italiane e cari italiani», abrufbar auf www.bezirksgericht-zh.ch.

34 Siehe dazu GERARDO BROGGINI, in: Studi di diritto internazionale privato e processuale, I., Napoli, 2007, 420.

35 Art. 4 Ziff. 2 des italienischen IPRG sieht eine Prorogation in erbrechtlichen Belangen vor, sofern diese schriftlich nachgewiesen wird und die Rechtsstreitigkeit sich auf dispositives Recht bezieht. Weiter können gemäss Art. 4 Ziff. 1 des italienischen IPRG die Parteien eine internationale Zuständigkeit schriftlich vereinbaren. Dies setzt allerdings eine vertragliche Vereinbarung mindestens zweier Parteien voraus, womit sich eine einseitige Prorogation des Erblassers wohl nicht unter diese Bestimmung subsumieren lässt.

36 ANTON K. SCHNYDER/MANUEL LIATOWITSCH, in: BSK, N 26 zu Art. 86 schweizerisches IPRG; ANLIKER, (Fn. 18), 221; MASPOLI, (Fn. 9), 57; KUHN, (Fn. 8), 194; PATRICK DE PREUX, La professio juris, Diss. Lausanne 1981, 147; CHENEVARD, (Fn. 9), 28 ff.; anderer Ansicht hat sich einzig das Bundesamt für Justiz in einer Stellungnahme vom 12. April 1984, in: Verwaltungspraxis der Bundesbehörden 1984, 48/64, S. 429 ff. geäußert. In den Materialien lassen sich keine Hinweise in diese Richtung finden.

37 BGE 99 II 21 ff.; BGE 98 II 92 ff.; BGE 91 II 460 ff.; BGE 91 III 19 ff.

38 Art. 46 Ziff. 1 des italienischen IPRG hält fest: «Die Rechtsnachfolge von Todes wegen unterliegt dem Recht des Staates, dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes angehörte.»

39 Dies entsprach bereits der Praxis vor Einführung des italienischen IPRG. Dazumal stützten sich die Richter in Italien zur Festlegung des anwendbaren Rechts auf Art. 23 des Einführungsgesetzes zum *Codice Civile*, wo-

Verstirbt ein Italiener in zweiter Generation, welcher nie Wohnsitz in Italien hatte, mit letztem Wohnsitz in der Schweiz, kommt aus italienischer Sicht der Staatsvertrag nicht zur Anwendung (vgl. II. oben), doch sind in einem solchen Fall die italienischen Gerichte für erbrechtliche Streitigkeiten aufgrund des italienischen IPRG bzw. Zivilprozessrechts zuständig, wobei sie gestützt auf Art. 46 Ziff. 1 des italienischen IPRG italienisches Heimatrecht anwenden.

nach italienisches Erbrecht zur Anwendung gelangen sollte. Siehe dazu ANDREA BONOMI, in: *La loi applicable aux successions dans le nouveau droit international privé italien et ses implications dans les relations italo-suisse*: SZIER 4/1996, 482.

40 Siehe dazu auch KUHN, (Fn. 8), 228. Allerdings kann gemäss Art. 90 Abs. 2 des schweizerischen IPRG der italienische Staatsbürger mit letztem Wohnsitz in der Schweiz in einer letztwilligen Verfügung oder in einem Erbvertrag eine *professio iuris* zu Gunsten seines italienischen Heimatrechts vorsehen und so den Konflikt vermeiden. Italienisch-schweizerischen Doppelbürgern steht eine solche Rechtswahl allerdings nicht zu. Siehe dazu SCHNYDER/LIATOWITSCH, (Fn. 36), N 22 zu Art. 90 schweizerisches IPRG; ANTON HEINI, in: *Zürcher Kommentar zum Internationalen Privatrecht*, 2. Aufl., Zürich 2004, N 8 zu Art. 90 schweizerisches IPRG.

41 Art. 13 Abs. 1 lit. b italienisches IPRG verweist auf dem Wege einer IPRG-Verweisung auf schweizerisches IPRG, welches seinerseits auf italienisches Wohnsitzrecht zurückverweist (Art. 91 Abs. 1 IPRG). Siehe auch KUHN, (Fn. 8), 218, der davon ausgeht, dass diese Rückverweisung abgebrochen wird.

42 Siehe dazu KUHN, (Fn. 8), 201 f., 218 sowie 221.

43 Zivilgericht Basel, Urteil vom 11.03.1970, BJM 1973, 138.

44 KUHN, (Fn. 8), 197 m.w.H. Als Begründung führt KUHN (Fn. 8), 197 aus, dass die Kollisionsnormen sowohl in Italien als auch in der Schweiz eine Rechtswahl des Erblassers zulassen, weshalb ein Ausschluss der *professio iuris* im Anwendungsbereich des Staatsvertrages einen unverständlichen Anachronismus darstellen würde.

45 Dabei ist allerdings zu beachten, dass die Erbfolge dann italienischem Recht untersteht, wenn der in der Schweiz wohnhafte italienische Staatsbürger zwar schweizerisches Wohnsitzrecht wählt, aber später nach Italien zurückkehrt. Siehe dazu KUHN, (Fn. 8), 202.

46 Obschon Italien das Haager Übereinkommen vom 5. Oktober 1961 über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht (SR 0.211.312.1) nicht ratifiziert hat, gilt das Übereinkommen trotzdem, da es *erga-omnes* Wirkung hat, also nicht auf dem Prinzip der Gegenseitigkeit beruht (Art. 93 des schweizerischen IPRG). Siehe dazu u.a. KUHN, (Fn. 8), 193, Fussnote 2.

47 Dies gestützt auf Art. 46 Ziff. 2 Satz 1 des italienischen IPRG, wonach «*der Erblasser für die Rechtsnachfolge in sein gesamtes Vermögen durch ausdrückliche Anordnung in der Form des Testaments das Recht des Staates seines gewöhnlichen Aufenthaltes wählen kann*». Dies allerdings vorausgesetzt, dass er den Wohnsitz im Zeitpunkt des Todes in Italien hat. Siehe dazu auch J. MOSCONI/C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, 2006, 148.

Gemäss schweizerischer Lehre und Rechtsprechung (vgl. II. oben) ist der Staatsvertrag in diesem Fall anwendbar, was ebenfalls zur Anwendung von italienischem Heimatrecht führt.

Ausserhalb des Geltungsbereichs des Staatsvertrages kann es auf der Ebene des anwendbaren Rechts – wie im Bereich der Zuständigkeit (siehe III.A. oben) – zu kollisionsrechtlichen Konflikten kommen, wobei dies insbesondere hinsichtlich des Nachlasses eines Italieners mit letztem Wohnsitz in der Schweiz gilt: Aus italienischer Sicht wäre in Anwendung des Staatsangehörigkeitsprinzips (Art. 46 Ziff. 1 italienisches IPRG) auf dessen Nachlass italienisches Recht anwendbar, aus Schweizer Sicht das schweizerische Recht als das Wohnsitzrecht nach Art. 90 Abs. 1 schweizerisches IPRG.⁴⁰ Hingegen kein Konflikt würde sich im Falle des Nachlasses eines Schweizer mit letztem Wohnsitz in Italien ergeben, da sowohl aus italienischer Sicht (Art. 46 Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 13 italienisches IPRG)⁴¹ als auch aus Schweizer Sicht (Art. 91 Abs. 1 schweizerisches IPRG) italienisches Recht zur Anwendung gelangen würde, ausser der Auslandschweizer hätte ausdrücklich die schweizerische Zuständigkeit oder das schweizerische Recht gewählt (Art. 87 Abs. 2 IPRG).⁴²

B. *Professio iuris*

Umstritten ist, ob eine *professio iuris* des Erblassers im Anwendungsbereich des Staatsvertrages zulässig ist. Das Bundesgericht hat die Frage bisher nicht entschieden. Das Zivilgericht Basel hat hingegen in einem noch vor Erlass des schweizerischen IPRG erlassenen Urteil eine Rechtswahl *durch die Erben nach dem Todesfall* des Erblassers als zulässig erachtet.⁴³ Die herrschende Lehre in der Schweiz räumt dem italienischen Erblasser mit letztem Wohnsitz in der Schweiz eine Rechtswahlmöglichkeit zu Gunsten von schweizerischem Recht ein.⁴⁴ Ein Vergleich mit Art. 90 Abs. 1 des schweizerischen IPRG, wonach der Nachlass von Ausländern mit letztem Wohnsitz in der Schweiz grundsätzlich schweizerischem Recht untersteht, lässt unseres Erachtens den Schluss zu, dass in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre eine *professio iuris* des italienischen Erblassers zu Gunsten des schweizerischen Wohnsitzrechts unter dem Staatsvertrag durchaus zulässig sein sollte.⁴⁵

Auch aus italienischer Sicht kann ein italienischer Staatsangehöriger mit letztem Wohnsitz in der Schweiz in einem Testament⁴⁶ eine gültige *professio iuris* zu Gunsten des schweizerischen Erbrechts als das Recht an seinem Wohnsitz vornehmen. Eine Rechtswahl von italienischem Recht steht auch einem in Italien lebenden Schweizer zu.⁴⁷



Die Rechtswahl hat den gesamten Nachlass zu erfassen und sollte ausdrücklich in der Form eines Testaments erfolgen.⁴⁸

Allerdings ist Vorsicht geboten, wenn der italienische Erblasser mit Wohnsitz in der Schweiz pflichtteilsberechtigten Erben mit Wohnsitz in Italien hinterlässt: Gemäss Art. 46 Ziff. 2 Satz 3⁴⁹ des italienischen IPRG bleiben die nach italienischem Recht bestehenden Rechte von Pflichtteilsberechtigten, die im Zeitpunkt des Todes des italienischen Erblassers ihren Wohnsitz in Italien haben, von einer Rechtswahl zu Gunsten von schweizerischem Erbrecht unberührt. Gewährt das schweizerische Erbrecht den Pflichtteilerben weniger Rechte als das italienische Erbrecht, geht das italienische Erbrecht vor. Das Noterbenrecht gemäss Art. 46 Ziff. 2 Satz 3 des italienischen IPRG berührt die Gültigkeit der schweizerischen Rechtswahl des italienischen Erblassers dabei nicht, sondern das schweizerische Recht wird nur insoweit ausgeschaltet, als die pflichtteilsberechtigten Erben mit Wohnsitz in Italien eingeschränkt werden. Ein Wahlrecht zu Gunsten von schweizerischem oder italienischem Erbrecht⁵⁰ wird gemäss Rechtsprechung des italienischen Kassationsgerichts den in Italien lebenden pflichtteilsberechtigten Erben nicht eingeräumt⁵¹. Das Noterbenrecht ist auch im Anwendungsbereich des Staatsvertrages zu beachten, da die Pflichtteilsregelung des italienischen Erbrechts zum *ordre public* zählt.⁵²

Ebenso gilt es bei der Wahl schweizerischen Rechts, die sachrechtlichen Verbote des italienischen Erbrechts zu berücksichtigen: Erwähnenswert sind in diesem Zusammenhang das Verbot des Erbvertrages, des gemeinschaftlichen Testaments, der Unzulässigkeit von Erb- und Pflichtteilsverzichtverträgen sowie die Unzulässigkeit der Anordnung der Nacherbschaft als Teil des italienischen *ordre public*.⁵³ Nach Art. 16 Ziff. 1 des italienischen IPRG wird ausländisches Recht nicht angewendet, wenn dessen Wirkungen gegen den italienischen *ordre public* verstösst. Das italienische Recht selbst enthält keine Definition des *ordre public*. Beim Verbot des Erbvertrages und des gemeinschaftlichen Testaments handelt es sich um inhaltliche Verbote. Folglich sind Erbverträge nach italienischem Recht nichtig.⁵⁴ Aus diesem Grunde ist es empfehlenswert, dass der italienische Staatsangehörige mit Wohnsitz in der Schweiz vorab in einer letztwilligen Verfügung eine Rechtswahl zu Gunsten von schweizerischem Erbrecht trifft und erst im Anschluss daran allenfalls separat einen Erbvertrag nach schweizerischem Recht abschliesst.⁵⁵ Sodann ist das oben erwähnte italienische Noterbenrecht von pflichtteilsberechtigten Erben mit Wohnsitz in Italien zu beachten.

V. Schweizerisches und Italienisches Erbstatut: Unterschiede

Die nachfolgenden Ausführungen skizzieren einige wesentliche Unterschiede zwischen dem italienischen und schweizerischen Erbrecht, welche es bei der Nachlassplanung generell und im Speziellen beim Entscheid über die Rechtswahl zu Gunsten von schweizerischem oder italienischem Erbrecht zu berücksichtigen gilt.

A. Gesetzliche Erben und Pflichtteilsrecht

Auch der italienische *Codice Civile* unterscheidet zwischen gesetzlichen Erben und Pflichtteilerben.⁵⁶ Im Gegensatz zum schweizerischen Erbrecht spielt es aber nach italienischem Erbrecht bei der Berechnung der Quote (sowohl des gesetzlichen Erbteils als auch des Pflichtteils) eine Rolle, wie viele Nachkommen vorhanden sind, falls der Ehegatte und die Nachkommen den Erblasser überleben.

Sofern der Erblasser keine letztwillige Verfügung getroffen hat und der überlebende Ehegatte die Erbschaft mit nur einem Nachkommen zu teilen hat, steht gemäss Art. 486 des *Codice Civile* jedem Erben die Hälfte des Nachlasses zu. Hat der überlebende Ehegatte hingegen mit zwei Nachkommen zu teilen, so erhalten der Ehegatte und die beiden Nachkommen nach Art. 581 des *Codice Civile* je $\frac{1}{3}$ des Nachlasses.

48 Das italienische Erbrecht erlaubt keine partielle *professio iuris* und verbietet Erbverträge (Art. 458 des italienischen *Codice Civile*). Art. 46 Ziff. 2 des italienischen IPRG erwähnt deshalb als zulässige Form der Rechtswahl nur das Testament.

49 Der Wortlaut von Art. 46 Ziff. 2 Satz 3 des italienischen IPRG lautet wie folgt: «Im Falle der Rechtsnachfolge nach einem italienischen Staatsangehörigen bleiben die nach italienischem Recht bestehenden Rechte von Pflichtteilsberechtigten, die im Zeitpunkt des Todes des Erblassers ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Italien haben, von der Rechtswahl unberührt.»

50 Zu den Unterschieden des materiellen Erbrechts siehe unten V. A.

51 Entscheid des Kassationsgerichtes vom 24. Juni 1996, Nr. 5832, in Mass. Giusti Civ., 1997, I, 1668 ff.

52 Vgl. dazu KUHN, (Fn. 8), 203.

53 KUHN, (Fn. 8), 205 f.

54 Art. 458 des italienischen *Codice Civile*. Entscheid des Kassationsgerichtes vom 14. Juli 1983, Nr. 4827, in Mass. Giusti Civ., 1983, 1703; Kuhn, (Fn. 8), 205.

55 KUHN, (Fn. 8), 206.

56 Die gesetzliche Erbfolge wird in Art. 565 ff. des italienischen *Codice Civile* normiert, die pflichtteilsberechtigten Erben in Art. 536 ff. des italienischen *Codice Civile* bestimmt.

Hat der Erblasser letztwillig verfügt und hinterlässt er neben dem überlebenden Ehegatten mehr als einen Nachkommen, so beträgt der Pflichtteilsanspruch für den überlebenden Ehegatten $\frac{1}{4}$ und für die Kinder insgesamt die Hälfte des Nachlasses, währenddem die frei verfügbare Quote $\frac{1}{4}$ beträgt.⁵⁷ Hinterlässt der Erblasser neben dem überlebenden Ehegatten nur einen Nachkommen, so steht sowohl dem Ehegatten als auch dem Nachkommen je $\frac{1}{2}$ des Nachlasses als Pflichtteil zu und die frei verfügbare Quote beträgt ebenfalls $\frac{1}{2}$.⁵⁸

B. Erbbescheinigung

Die schweizerische Erbbescheinigung gemäss Art. 559 ZGB ist nach herrschender Lehre und Recht-

sprechung ein provisorischer Legitimationsausweis ohne materiell-rechtliche Wirkung.⁵⁹ Die Frage, ob eine nach schweizerischem Recht ausgestellte Erbbescheinigung in Italien anerkannt wird, wird nicht durch den Staatsvertrag geregelt, sondern durch das italienische Kollisionsrecht.⁶⁰ Verstirbt ein italienischer Staatsangehöriger mit letztem Wohnsitz in der Schweiz und gelangen dessen Erben mit einer schweizerischen Erbbescheinigung an italienische Bankinstitute, so genügt mehrheitlich die Schweizer Erbbescheinigung, um als Erbe über das Vermögen des Erblassers verfügen zu können. Dahingegen ist für die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück, das in Italien gelegen ist und im Eigentum des italienischen Erblassers mit letztem Wohnsitz in der Schweiz war, erforderlich, dass neben der in der Schweiz ausgestellten Erbbescheinigung eine Kopie der sog. «*dichiarazione di successione*» vorgelegt wird. Bei der *dichiarazione di successione* handelt es sich um eine Erklärung der Erben gegenüber der Steuerbehörde, die sog. «*Agenzia delle Entrate*». Diese Erklärung ist zwingend innerhalb eines Jahres ab dem Tode des Erblassers bei der *Agenzia delle Entrate* einzureichen.

Im Gegensatz dazu kennt das italienische Recht keinen vergleichbaren – gerichtlich/amtlich ausgestellten – Legitimationsausweis wie die Erbbescheinigung. Vielmehr wird die Erbenstellung stets im Rahmen der Eröffnung des Erbanges abgeklärt. Dies geschieht in erster Linie anlässlich der ausdrücklich erklärten oder konkludenten Annahme der Erbschaft gegenüber einem italienischen Notar.⁶¹ Die Personen, welche ihre Erbenstellung gegenüber Dritten geltend machen möchten, müssen demnach die Annahme der Erbschaft dokumentarisch nachweisen.⁶² In diesem Zusammenhang ist erwähnenswert, dass bei der notariellen Eigentumsübertragung von Grundstücken in Italien dem Beamten des Liegenschaftenregisters die Annahme der Erbschaft nachzuweisen und alle dazugehörigen Unterlagen vorzuweisen sind.⁶³ Dies gilt auch, wenn ein Schweizer mit Wohnsitz in der Schweiz verstirbt, in Italien aber über ein Grundstück verfügt hat. Der Beamte des Liegenschaftenregisters nimmt die Eintragung im Register anhand einer formellen Prüfung der vorgelegten Unterlagen vor.⁶⁴

In Italien in Nachlassangelegenheiten verbreitet ist der «*atto di notorietà*».⁶⁵ Dabei handelt es sich um eine eidesstattliche Erklärung zweier Personen auf Anfrage eines Erben vor dem Notar, in welcher festgehalten wird, dass notorisch bekannt sei, dass eine bestimmte Person verstorben und die Erbschaft aufgrund gesetzlicher oder testamentarischer Erbfolge an eine oder mehrere bestimmte Personen gelangen soll.⁶⁶ Der *atto di notorietà* wird in der Schweiz von Dritten, wie Banken, und als Ausweis im Sinne

57 Art. 542 Abs. 2 des italienischen *Codice Civile*.

58 Art. 542 Abs. 1 des italienischen *Codice Civile*.

59 MARTIN KARRER, in: BSK, N 2 zu Art. 559 ZGB; JEAN NICOLAS DRUEY, Grundriss des Erbrechts, 5. Aufl., Bern 2002, § 15 N 18; BGE 128 III 318.

60 Gemäss Art. 66 des italienischen IPRG werden ausländische Massnahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit anerkannt, ohne dass es eines besonderen Verfahrens bedürfte. Gemäss Auskunft von Notaio Claudio Bellezza, Studio Notarile Bellezza e Auteri, Novara, wird die schweizerische Erbbescheinigung in Italien anerkannt.

61 Sog. «*accettazione di eredità*» gemäss Art. 470 sowie 474 ff. *Codice Civile*. Siehe dazu GIORGIO CIAN/ALBERTO TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile*, Milano 1999, S. 387 ff.; KUHN, (Fn. 8), 206 f.

62 Siehe dazu GERARDO BROGGINI, *Le successioni nei rapporti italo-svizzeri: competenza di autorità svizzere e italiane per la pubblicazione di testamenti e per emanare provvedimenti conservativi*, in: *Temi scelti di diritto ereditario*, Commissione Ticinese per la formazione permanente dei giuristi, Basel 2002, 172.

63 Wie die Todesurkunde, Bescheinigungen und Auszüge von Zivilstandsbehörden und – falls vorliegend – das Testament. Des Weiteren ist eine Kopie der *dichiarazione di successione* vorzuweisen. Die Erben, welche die Übertragung des Eigentums am Grundstück verlangen, müssen eine *dichiarazione di successione* vorlegen, da ansonsten der Beamte des Liegenschaftenregisters die Eintragung nicht vornimmt.

64 Voraussetzung, damit man definitiver Erbe wird, ist die sog. «*accettazione di eredità*». Siehe dazu Fn. 61.

65 Auch der Kanton Genf kennt diese Art von «Erbbescheinigung»: sog. *Notoriété après décès*. In gewissen italienischen – vorwiegend norditalienischen – Provinzen, wo anstelle des italienischen Liegenschaftenregisters das Grundbuch als Publizitätsmittel dient, ist der sog. «*certificato di eredità*» eingeführt worden. Dieses Dokument wird aufgrund eines Gesuchs ausgestellt und bescheinigt neben der Erbeneigenschaft die Erbquote und die Nachlasswerte. Das Dokument ist nur von deklaratorischer Bedeutung und lässt die materiellen Erbrechte unberührt. Siehe dazu DALLAFIOR, (Fn. 9), 136 ff.

66 BROGGINI, (Fn. 62), 174 f.



von Art. 18 Abs. 2 lit. a der Grundbuchverordnung zur Eigentumsübertragung im Falle eines Erbanges anerkannt.⁶⁷ Verstirbt ein Auslandschweizer in Italien, so wird dessen Erben auf Gesuch hin ein *atto di notorietà* ausgestellt. Mit diesem Dokument können die Erben über Bankkonti bzw. -depots des Schweizer Erblassers in Italien verfügen.⁶⁸ Hingegen genügt der *atto di notorietà* alleine nicht, um eine Eigentumsübertragung von einem Grundstück, welches der Auslandschweizer in Italien hatte, zu verlangen. Vielmehr wird auch in diesem Fall vorausgesetzt, dass eine Kopie der *dichiarazione di successione* vorliegt. Die Erben eines mit letztem Wohnsitz in Italien verstorbenen Auslandschweizers müssen demnach die *dichiarazione di successione* bei der Steuerbehörde einreichen.⁶⁹

Ebenso in Italien verbreitet ist die sogenannte Selbsterklärung (*«dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà»*), in welcher der Erbe – unter Hinweis auf strafrechtliche Folgen bei falscher oder wahrheitswidriger Aussage – selber die obgenannte Erklärung gegenüber dem Notar abgibt. Diese Erklärung ist allerdings nicht geeignet, die Erbenstellung nachzuweisen, weshalb Dritte, beispielsweise Banken, aufgrund dieser Selbsterklärung allein den Erben keine Auskunft geben bzw. diese nicht als neue Vertragspartner akzeptieren, sondern die Vorlegung weiterer Unterlagen, wie namentlich einer Kopie der *dichiarazione di successione* verlangen.

VI. Eröffnungsstatut und -zuständigkeit

Der Staatsvertrag regelt die Frage nicht, welche Behörde bei schweizerisch-italienischen Nachlässen für die sogenannte formelle Nachlassregelung im Sinne von Art. 92 Abs. 2 des schweizerischen IPRG zuständig ist. Gemäss Bundesgericht sind diesbezüglich die Bestimmungen des schweizerischen IPRG, und zwar die Art. 86 ff., anwendbar.⁷⁰ Entsprechend ist der Nachlass in der Schweiz zu eröffnen, wenn ein Italiener mit letztem Wohnsitz in der Schweiz verstirbt.⁷¹

Im Anwendungsbereich des schweizerischen IPRG sind unter dem Begriff «Eröffnungsstatut» sämtliche sichernden Massnahmen und die Nachlassabwicklung mit Einschluss der Willensvollstreckung zu verstehen. Darunter fallen die Eröffnung des Erbanges, formelle Aspekte in Bezug auf die Ausstellung einer Erbbescheinigung oder die Ausschlagung der Erbschaft, das öffentliche Inventar oder die amtliche Liquidation, die Nachlassverwaltung sowie formelle Aspekte der Willensvollstreckung.⁷²

Die Ausstellung der Erbbescheinigung an sich ist als formeller Akt vom Eröffnungsstatut abgedeckt. Hingegen sind die Voraussetzungen für dessen Ausstellung und die Wirkungen der Erbbescheinigung dem Erbstatut zuzurechnen.

Demnach ist in Bezug auf die Ausstellung der Erbbescheinigung bezüglich des Nachlasses eines mit letztem Wohnsitz in der Schweiz verstorbenen Italieners entsprechend Art. 86 Abs. 1 des schweizerischen IPRG das Gericht am letzten Wohnsitz des italienischen Erblassers in der Schweiz zuständig, wobei das formelle Verfahren der Ausstellung der Erbbescheinigung nach schweizerischem Recht zu erfolgen hat. Hingegen hat das zuständige Gericht die Erben entsprechend dem italienischen Erbrecht zu bestimmen.⁷³ Ebenso unterliegen die Bedingungen, die Voraussetzungen und die Wirkungen der Erbbescheinigung dem Heimatrecht, also dem italienischen Erbrecht.

Dasselbe gilt für die formelle Nachlassabwicklung eines Auslandschweizers mit Wohnsitz in Italien: Die italienischen Behörden des letzten Wohnsitzes des Auslandschweizers in Italien sind in Anwendung von Art. 50 Ziff. 1 lit. b des italienischen IPRG für die Nachlassabwicklung zuständig. Dabei müssen die zuständigen italienischen Behörden die materielle Gültigkeit eines zwischen schweizerischen Ehegatten abgeschlossenen Erbvertrages nach schweizerischem Recht beurteilen. Demgegenüber ist bei Erbverträgen von italienisch-schweizerischen Ehepaaren mit Wohnsitz in Italien Vorsicht gebo-

67 Siehe dazu Ausländische Erbfolgezeugnisse als Ausweis für Eintragungen im schweizerischen Grundbuch, Bundesamt für Justiz, Bern, Nov. 2001, Länderberichte, Italien.

68 Sofern ein Testament des Erblassers vorliegt, ist eine Kopie oder ein Auszug davon ebenfalls vorzuweisen.

69 In diesem Zusammenhang ist es von Vorteil, wenn man sich an einen italienischen Notar oder «*Geometra*» wendet.

70 BGE 120 II 293 ff.; siehe dazu auch KUH, (Fn. 8), 196.

71 BGE 120 II 293 Erw. 2. Entsprechend haben dann die Schweizer Behörden für die formelle Nachlassbehandlung ausschliesslich das schweizerische Recht anzuwenden. Ist beispielsweise bezüglich des Nachlasses eines Italieners mit letztem Wohnsitz in der Schweiz ein Sicherungsinventar in der Schweiz aufzunehmen, so ist für die Inventaraufnahme ausschliesslich das schweizerische Recht anwendbar.

72 SCHNYDER/ LIATOWITSCH, (Fn. 36), N 8 zu Art. 92 schweizerisches IPRG.

73 BROGGINI, (Fn. 62), 177. Siehe dazu auch abrufbares Dokument auf der Website des Bezirksgerichts Zürich (Fn. 33).

ten: Soweit die Erbfolge des italienischen Erblassers betroffen ist, wird der Erbvertrag aus italienischer Sicht als nichtig erachtet.⁷⁴

VII. Erbschaftssteuerrechtliche Aspekte

In der Schweiz ist erbschafts- sowie schenkungssteuerrechtlich nach wie vor die kantonale Steuergesetzgebung zu konsultieren, da Erbschaften nicht auf Bundesebene besteuert werden. Mit Ausnahme des Kantons Schwyz erheben alle Kantone Erbschaftssteuern. Zur Erhebung der Erbschaftsteuer ist derjenige Kanton, in welchem der Erblasser seinen letzten Wohnsitz hatte, zuständig.⁷⁵ Der überlebende Ehegatte geniesst in allen Kantonen die Befreiung von der Erbschaftsteuer. Nachkommen sind ebenfalls – ausgenommen in den Kantonen AI, LU (einzelne Gemeinden), NE und VD – von der Erbschaftsteuer befreit. Die Erbschaftsteuer bemisst sich nach der Höhe des geerbten Betrages und nach dem Verwandtschaftsgrad der steuerpflichtigen Person zum Erblasser.

Für die Begründung der Steuerpflicht ist einzig die Person des Erblassers und nicht die der Erben massgebend. Hatte der verstorbene italienische Staatsangehörige seinen letzten (steuerrechtlichen) Wohnsitz in der Schweiz, wird in der Schweiz eine unbeschränkte Steuerpflicht für den weltweiten Nachlass begründet. Eine beschränkte Steuerpflicht könnte bestehen, sofern der italienische Erblasser mit Wohnsitz in Italien ein Grundstück in der Schweiz hatte. Zwischen der Schweiz und Italien besteht im Bereich der Erbschafts- und Schenkungssteuer kein Doppelbesteuerungsabkommen.⁷⁶

Im Gegensatz dazu ist die italienische Erbschafts- und Schenkungssteuer im Wesentlichen für ganz Italien einheitlich geregelt. Für die Begründung der Steuerpflicht in Italien ist einzig der italienische Wohnsitz des Erblassers massgebend. Die Bestimmungen des Erbschaftssteuerrechtes wurden in den letzten Jahren häufig abgeändert und könnten auch zukünftig kurzfristig neuerlichen Änderungen unterliegen. Mit Gesetz Nr. 286 vom 24. November 2006 wurde die vormals aufgehobene Erbschafts- und Schenkungssteuer neu eingeführt. Im Finanzgesetz 2007 (Gesetz Nr. 296 vom 27. Dezember 2006) wurden die Sätze, Freibeträge und Steuerbefreiung

festgelegt. Gemäss dieser zurzeit in Kraft stehenden Gesetzgebung wird beim Erwerb von Todes wegen, bei Schenkungen und sonstigen unentgeltlichen Übertragungen eine Erbschaftsteuer in der Höhe von 4% des Nachlasses erhoben, wobei für jeden Erben ein Freibetrag von einer Million Euro vorgesehen ist. Sind italienische Grundstücke im Nachlass vorhanden, so fällt eine Hypothekar- und eine Katastersteuer von 2% resp. 1% an, wobei diese max. je 168 Euro betragen kann, sofern es sich um die Erstwohnung des Erben handelt. Eine Erbschaftsteuer von 6% auf den Nachlass wird erhoben, wenn Verwandte bis zum vierten Grad, Verschwägte in gerader Linie und Verschwägte in der Seitenlinie bis zum 3. Grad erben. Für Geschwister des Erblassers gilt ein Freibetrag von 100 000 Euro. Für alle übrigen Erben gilt eine Erbschaftsteuer von 8% des Nachlasses ohne Freibeträge.

VIII. Zusammenfassung

Bezüglich schweizerisch-italienischen Erbfällen gilt es – soweit räumlich-persönlich und sachlich anwendbar – den Staatsvertrag von 1868 sowie das zugehörige Zusatzprotokoll von 1869 zu beachten. Doktrin und Rechtsprechung dazu sind spärlich, sowohl in der Schweiz wie in Italien. Zudem ist die schweizerische und italienische Auslegung des Staatsvertrages zum Teil uneinheitlich bzw. konträr zum Wortlaut des Staatsvertrages, was zu Rechtsunsicherheit führt.

Der Staatsvertrag regelt die Zuständigkeit und das anwendbare Recht bei erbrechtlichen Streitigkeiten in italienisch-schweizerischen Erbfällen und kommt immer dann zur Anwendung, wenn ein italienischer Erblasser mit Wohnsitz in der Schweiz bzw. ein Schweizer mit Wohnsitz in Italien verstirbt. Ausgenommen sind schweizerisch-italienische Doppelbürger. Ebenfalls ist der Staatsvertrag gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts anwendbar, wenn ein Italiener mit letztem Wohnsitz in Italien mit Vermögen in der Schweiz bzw. ein Schweizer mit letztem Wohnsitz in der Schweiz mit Vermögen in Italien verstirbt. Der Staatsvertrag lässt offen, ob dies auch bezüglich in Italien bzw. der Schweiz belegenen Liegenschaften gilt, davon ist aber unserer Ansicht nach aufgrund der Rechtsprechung und Doktrin in der Schweiz sowie dem unter dem Staatsvertrag geltenden Prinzip der Nachlassseinheit auszugehen. Nicht anwendbar ist der Staatsvertrag auf Angehörige von Drittstaaten, die in der Schweiz oder Italien versterben oder wenn Angehörige der Vertragsstaaten ihren letzten Wohnsitz in einem Drittstaat haben. Nicht unter den Staatsvertrag fällt ausserdem die gesamte formelle Nachlassabwick-

74 KUHN, (Fn. 8), 223.

75 Grundstücke werden hingegen in dem Kanton besteuert, in dem sie gelegen sind.

76 Doppelbesteuerungsabkommen vom 9.3.1976 (SR 0.672.945.41) findet nur auf Einkommens- und Vermögenssteuer (von nat. und jur. Personen) Anwendung.



lung im Sinne von Art. 92 schweizerisches IPRG. Soweit der Staatsvertrag nicht zur Anwendung gelangt, kann es insbesondere bei italienischen Staatsangehörigen mit letztem Wohnsitz in der Schweiz zu Zuständigkeitskonflikten und Konflikten auf der Ebene des anwendbaren Rechts kommen, da das italienische IPRG grundsätzlich dem Heimatprinzip folgt, währenddem das schweizerische IPRG an den letzten Wohnsitz des Erblassers anknüpft. Der Konflikt liesse sich durch die Wahl von schweizerischem Erbrecht minimieren, doch gilt es hier, die italienischen Pflichtteilsrechte von in Italien wohnhaften Erben des italienischen Erblassers zu beachten.

Für erbrechtliche Streitigkeiten in Bezug auf den Nachlass eines italienischen Staatsangehörigen mit letztem Wohnsitz in der Schweiz sind in Anwendung des Staatsvertrages die Gerichte des letzten Wohnortes des italienischen Erblassers in Italien zuständig. Hatte der italienische Staatsangehörige zuvor nie in Italien gelebt, sind die Gerichte an dessen italienischem Heimatort zuständig. Für erbrechtliche Streitigkeiten bezüglich des Nachlasses eines mit letztem Wohnsitz in Italien verstorbenen Schweizer sind hingegen die Gerichte an seinem schweizerischen Heimatort zuständig. Ob eine einseitige Prorogation des Gerichtsstandes durch den Erblasser unter dem Staatsvertrag möglich ist, wird gemäss kantonaler Rechtsprechung zum Teil bejaht, allerdings in der italienischen Lehre verneint. Es ist unserer Ansicht nach einem in der Schweiz wohnhaften Italiener u.a. dann nicht zu empfehlen, die schweizerischen Gerichte für erbrechtliche Streitigkeiten zu prorogieren, falls er Vermögen in Italien besitzt oder pflichtteilsgeschützte Erben in Italien wohnhaft sind.

Der Staatsvertrag ist nur auf erbrechtliche Streitigkeiten anwendbar, einschliesslich Klagen gegen Nichterben oder Vermächtnisnehmer, sofern sie sich auf einen erbrechtlichen Anspruch stützen. Dabei ist bezüglich des Nachlasses eines Italieners mit letztem Wohnsitz in der Schweiz italienisches Erbrecht anwendbar, währenddessen bei einem mit letztem Wohnsitz in Italien verstorbenen Schweizer schweizerisches Erbrecht zur Anwendung gelangt.

Eine *professio iuris* des italienischen resp. schweizerischen Erblassers zu Gunsten des jeweiligen Wohnsitzrechts ist gemäss herrschender Lehre in beiden Vertragsstaaten unter dem Staatsvertrag zulässig. Dabei ist – wenn der italienische Erblasser eine *professio iuris* zu Gunsten des Schweizer Erbrechts vornimmt – auf die Grenzen des italienischen

ordre public, die materiell-rechtlichen Verbote des italienischen Erbrechts (wie namentlich das Verbot des Erbvertrages) sowie allfällige Pflichtteilsrechte von – im Zeitpunkt des Todes des Erblassers – in Italien wohnhaften Erben zu achten. Ein italienischer Staatsangehöriger mit letztem Wohnsitz in der Schweiz, welcher beabsichtigt, mit einem Erben/Dritten einen Erbvertrag nach schweizerischem Erbrecht abzuschliessen, ist beispielsweise gut beraten, zuerst in einem Testament eine Rechtswahl zu Gunsten schweizerischen Erbrechts zu treffen und erst in einem zweiten Schritt den Erbvertrag mit dem Erben/Dritten abzuschliessen. Eine Rechtswahlklausel zu Gunsten von schweizerischem Erbrecht in einem Erbvertrag wäre aus italienischer Sicht unbeachtlich und damit der Erbvertrag nichtig. Auf jeden Fall gilt es immer allfällige Pflichtteilsrechte von in Italien wohnhaften Erben des Erblassers zu beachten. Demgegenüber dürften die italienischen Eröffnungsbehörden und Gerichte einen nach schweizerischem Recht abgeschlossenen Erbvertrag von in Italien wohnhaften Schweizern anerkennen. Vorsicht ist bei Erbverträgen zwischen in Italien wohnhaften italienisch-schweizerischen Ehepaaren geboten, falls der Erbvertrag die Erbfolge beider Ehepartner regelt.

Die Wahl von schweizerischem bzw. italienischem Erbrecht ist aufgrund der doch erheblichen Unterschiede zwischen dem schweizerischen und dem italienischen Erbrecht (insbesondere bezüglich den Pflichtteilsquoten) sorgfältig und unter Beizug eines fachkundigen Anwalts des jeweils anderen Vertragsstaates zu prüfen. Dies gilt auch für den Abschluss eines allfälligen Erbvertrages.

Eine in der Schweiz (am letzten Wohnsitz des italienischen Erblassers) ausgestellte Erbbescheinigung wird in Italien von Banken grundsätzlich akzeptiert. Hingegen ist zur Übertragung des Eigentums an einem in Italien gelegenen Grundstück neben der Erbbescheinigung das Vorliegen einer Kopie der *dichiarazione di successione* (sog. Steuererklärung) zuhanden des Steueramtes erforderlich. Umgekehrt wird der sog. *atto di notorietà* – eine in Italien verbreitete, nicht gerichtlich/amtlich ausgestellte Bescheinigung – auch in der Schweiz von Bankinstituten und Grundbuchämtern anerkannt.

Ein in Anwendung des Staatsvertrages vom zuständigen Gericht ergangenes Urteil wird im anderen Vertragsstaat aufgrund des bilateralen Abkommens zwischen der Schweiz und Italien vom 3. Januar 1933 anerkannt und vollstreckt.