

Bundesministerium der Justiz
und für Verbraucherschutz
Herrn MR Dr. Wagner
Referat I A 5
Mohrenstraße 37
10117 Berlin

Bundesministerium der Justiz	
Abt.	Ref. AS
06.06.2014 10:14	
.....AnlagenDoppel
.....AngefordertNach

Vorab per E-Mail: poststelle@bmjv.bund.de

Entwurf eines Gesetzes zum Internationalen Erbrecht und zur Änderung von Vorschriften zum Erbschein
Ihr Schreiben vom 4. März 2014, Az.: 9340/9-7-3 – 14 66/2014

Sehr geehrter Herr Dr. Wagner,

haben Sie vielen Dank für Ihr Schreiben vom 4. März 2014 und die Übersendung des Referentenentwurfs für ein Gesetz zum Internationalen Erbrecht und zur Änderung von Vorschriften zum Erbschein. Wir nehmen die Gelegenheit zur Stellungnahme gerne wahr.

Die Anregungen der Bundesnotarkammer lassen sich vorab wie folgt zusammenfassen:

- Im Rahmen des einzuführenden Internationalen Erbrechtsverfahrensgesetzes (IntErbRVG) sollten die Terminologie bei der Erteilung „beglaubigter Abschriften“ eines Europäischen Nachlasszeugnisses (ENZ) und die Zuständigkeitsregelung in § 46 Abs. 1 Satz 1 IntErbRVG-E überdacht werden (unten A.).
- Die Bundesnotarkammer begrüßt die in § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO-E getroffene Regelung und die entsprechende Gesetzesbegründung mit Blick auf die Reichweite eines „Rechtsnachfolgenachweises“ auf Grundlage des ENZ; lediglich eine Präzisierung von § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO scheint erforderlich (unten B.).
- Mit Blick auf die vorgeschlagenen Änderungen des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) sollte die Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte für die

zu 9340/9-7-3-14 66/2014

Erteilung von Erbscheinen und Testamentsvollstreckerzeugnissen überdacht werden, um erhebliche Nachteile für in Deutschland lebende Erben und Gläubiger auszuschließen. Die Bundesnotarkammer spricht sich für eine Beibehaltung der bisherigen Regelung in § 343 FamFG aus; eine Beibehaltung ist nach Auffassung der Bundesnotarkammer mit der ErbVO vereinbar. Daneben sollte der Umfang der in das FamFG zu übernehmenden Vorschriften über den Erbschein überprüft werden (unten C.).

- § 40 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 GNotKG-E sollte dem Umstand Rechnung tragen, dass in ein ENZ nur Vermächtnisse dinglicher Wirkung aufzunehmen sind (unten D.).
- Die vorgeschlagene Änderung von Art. 239 EGBGB wird begrüßt (unten E.)
- Die Regelung des § 2278 Abs. 2 BGB sollte um die Wahl des Erbstatuts ergänzt werden, um die Bindung der Parteien eines Erbvertrags an die getroffene Rechtswahl sicherzustellen (unten F.).

Im Einzelnen:

A. Einführung eines Internationalen Erbrechtsverfahrensgesetzes (IntErbRVG)

Die Bundesnotarkammer begrüßt die Einführung eines Internationalen Erbrechtsverfahrensgesetzes, das in einer für den Rechtsanwender übersichtlichen Form die entsprechenden Vorschriften der ErbVO durchführt. Unsere Anregungen beschränken sich auf einzelne Vorschriften des Gesetzes:

I. Die Erteilung „beglaubigter Abschriften“ nach §§ 33 ff. IntErbRVG-E

Nach § 33 Nr. 2 IntErbRVG-E soll der Abschnitt 5 die „Erteilung oder Verlängerung einer beglaubigten Abschrift“ erfassen. Die Terminologie stimmt mit der deutschen Fassung der ErbVO überein. Die in der ErbVO gewählte Terminologie bindet den deutschen Gesetzgeber bei der Durchführung europäischer Rechtsakte allerdings nicht, soweit der Regelungsgehalt der europäischen Regelung vollständig zum Tragen kommt.

Die Bundesnotarkammer weist darauf hin, dass die Übernahme der Terminologie der ErbVO zumindest besondere Hinweise an die Rechtsanwender erforderlich machen würde. Alternativ wäre eine Anpassung der Terminologie an deutsche Begrifflichkeiten erwägenswert:

Nach deutschem Recht zirkulieren im Rechtsverkehr Abschriften unterschiedlicher rechtlicher Qualität von einer Originalurkunde oder eines Urteils bzw. Beschlusses. Während die Urschrift regelmäßig bei der ausstellenden Stelle verbleibt, werden alleine Ausfertigungen und (beglaubigte) Abschriften in den Rechtsverkehr gegeben.

Der Ausfertigung kommt in diesem Zusammenhang eine besondere Bedeutung zu. Sie vertritt die Urschrift im Rechtsverkehr (§ 47 BeurkG). So ist aus diesem Grund bei dem Nachweis der Verfügungsberechtigung eines Erben oder Testamentsvollstreckers beim Grundbuch die Vorlage einer Ausfertigung des Erbscheins bzw. Testamentsvollstreckerzeugnisses erforderlich; eine beglaubigte Abschrift ist nicht ausreichend.¹

Aufgrund der besonderen Rechtsqualität der Ausfertigung im Rechtsverkehr sieht das deutsche Recht Maßnahmen vor, um die Zirkulation unrichtiger Ausfertigungen zu unterbinden. So ist Gegenstand der Einziehung (§ 2361 Abs. 1 BGB) demnach alleine die Ausfertigung des Erbscheins, nicht daneben zirkulierende beglaubigte Abschriften des Erbscheins. Gleichzeitig konzentriert der deutsche Gesetzgeber die Zuständigkeit für die Erteilung von Ausfertigungen bei der Stelle, die die Urschrift erstellt hat (vgl. § 48 Satz 1 BeurkG).

In der ErbVO ist eine Unterscheidung zwischen Ausfertigungen und beglaubigten Abschriften terminologisch nicht angelegt; die nähere Ausgestaltung ist vielmehr Sache des nationalen Gesetzgebers. Behält man die im Referentenentwurf gewählte Terminologie bei, ergibt sich folgendes Bild:

Die für die Erteilung des ENZ zuständige Stelle bewahrt die Urschrift des Zeugnisses auf. Im Rechtsverkehr zirkulieren würden dagegen „beglaubigte Abschriften“ (Art. 70 Abs. 1 ErbVO). Die Rechtswirkungen eines ENZ dürften dabei lediglich an die von der Ausstellungsbehörde erteilte beglaubigte Abschrift anknüpfen können. Ansonsten würde ein Teil des Schutzmechanismus der ErbVO gegen die Zirkulation unrichtiger Zeugnisse und Verfügungen eines Scheinerben leerlaufen:

- Nur die Ausstellungsbehörde kann das Verzeichnis nach Art. 70 Abs. 2 ErbVO zentral führen;
- die zentrale Führung eines solchen Verzeichnisses wiederum dürfte erforderlich sein, um im Falle des Widerrufs bzw. der Aussetzung der Wirkungen des Zeug-

¹ Vgl. *Wilsch*, in: BeckOK-GBO, Stand: 01.04.2014, § 35 GBO, Rn. 48 m.w.N.

nisses alle Personen unterrichten (Artt. 71 Abs. 3, 73 Abs. 2 ErbVO) und das Erteilungsverbot wahren (Art. 73 Abs. 2 ErbVO) zu können.

Gleichzeitig wäre indes nicht ausgeschlossen, dass von der „beglaubigten Abschrift“ weitere beglaubigte Abschriften als „beglaubigte Abschrift der beglaubigten Abschrift“ (§§ 39, 42 BeurkG) in den Rechtsverkehr gelangen. Eine solche beglaubigte Abschrift dürfte aus den oben genannten Gründen indes nicht die Rechtswirkungen nach Art. 69 ErbVO entfalten.

Anders als bisher müsste der Rechtsverkehr demnach bei der Vorlage eines ENZ zwischen der durch die Ausstellungsbehörde erteilten beglaubigten Abschrift und einer möglichen „beglaubigten Abschrift der beglaubigten Abschrift“ unterscheiden. Soweit der Begriff der „beglaubigten Abschrift“ in den §§ 33 ff. IntErbRVG durch den Begriff der „Ausfertigung“ ersetzt würde, bliebe es für den inländischen Rechtsverkehr dagegen bei der traditionellen Unterscheidung zwischen einer Ausfertigung und einer beglaubigten Abschrift.

Allerdings ist einzuräumen, dass die Erteilung von „Ausfertigungen“ durch deutsche Nachlassgerichte terminologische Unklarheiten im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr nicht vollständig ausschließen kann. Ausländische Behörden oder andere Teilnehmer am Rechtsverkehr könnten in Unkenntnis der deutschen Rechtsterminologie auf die Vorlage einer „beglaubigten Abschrift“ bestehen. Erwägungen mit Blick auf den grenzüberschreitenden Rechtsverkehr dürften im Bereich des ENZ dabei besonders angezeigt sein, da die Erteilung des ENZ durch eine deutsche Ausstellungsbehörde in erster Linie auf dessen Verwendung in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union abzielen dürfte.

II. Der Begriff der „Authentizität“

Der Begriff der „Authentizität“ ist der ErbVO entnommen worden. Mit der „Authentizität“ einer Urkunde dürfte der Rechtsverkehr regelmäßig die Echtheit einer Urkunde verbinden. Tatsächlich ist dem deutschen Recht alleine der Begriff der „Echtheit“ bekannt (vgl. §§ 437 ff. ZPO). Der von der ErbVO gewählte Begriff der „Authentizität“ soll hingegen über Fragen der Echtheit hinaus beispielsweise auch Fragen der wirksamen Errichtung nach den nationalen Beurkundungsvorschriften erfassen.²

Die Bundesnotarkammer regt daher an, in den Gesetzestext eine Klarstellung des Begriffes der „Authentizität“ unter Verweis auf Erwägungsgrund 62 der Erbrechtsver-

² Vgl. Erwägungsgrund 62.

ordnung aufzunehmen, um dem Rechtsanwender die Bedeutung des Begriffes für die §§ 46 ff. IntErbRVG deutlich zu machen. In der Gesetzesbegründung sollte gleichzeitig klargestellt werden, dass das nach Art. 59 Abs. 2 ErbVO vorgesehene Verfahren keinesfalls die über Formfragen hinausgehende materielle Wirksamkeit des beurkundeten Rechtsgeschäfts betrifft. Die Wirksamkeit des beurkundeten Rechtsgeschäfts unterliegt der vollen Nachprüfung durch das im Übrigen zuständige Gericht (vgl. Art. 59 Abs. 3 ErbVO).

III. Regelung der Zuständigkeit in § 46 Abs. 1 IntErbRVG-E

Die Bundesnotarkammer regt an, die Regelung der Zuständigkeit im Interesse einer klaren und systemkonformen Regelung neu zu fassen.

Nach seinem Wortlaut erfasst § 46 Abs. 1 IntErbRVG-E derzeit auch ausdrücklich grenzüberschreitend zirkulierende gerichtliche Urkunden eines Amtsgerichts. Gerichtliche Urkunden eines Amtsgerichts werden in aller Regel Erbscheine sein. Erbscheine können aber nicht nach Art. 59 ErbVO grenzüberschreitend zirkulieren, da die ErbVO keinerlei Regelungen hinsichtlich nationaler Erbnachweise trifft.³ Der europäische Gesetzgeber hat eine solche Zirkulation aufgrund der großen Unterschiede der nationalen Erbscheine als nicht zielführend und zu komplex erachtet und damit richtigerweise der Einführung eines einheitlichen Europäischen Erbnachweises den Vorzug gegeben.⁴ Die Regelungen über das ENZ in Kapitel VI der ErbVO sind als abschließende Spezialvorschriften für den grenzüberschreitenden Erbnachweis zu verstehen.⁵ Das zeigt nicht zuletzt Art. 59 Abs. 3 S. 1 Hs. 1 ErbVO, der die formellen Beweiskraftwirkungen⁶ solcher öffentlicher Urkunden betrifft, in denen ein „Rechtsgeschäft“ oder „Rechtsverhältnis“ verbrieft ist, insbesondere also Erbeinsetzungen kraft öffentlichen Testamentes oder Erbvertrags.⁷

³ Hertel, ZEV 2013, 539, 541; ders., DNotZ 2012, 689.

⁴ DNotI, Rechtsvergleichende Studie der erbrechtlichen Regelungen des Internationalen Verfahrensrechtes und Internationalen Privatrechtes der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, in DNotI, Les Successions Internationales dans l'UE (2004), 169, 306; vgl. auch Mansel, in: Arkan/Yongalik/Basak Sit/Armagan, 2006, 185, 223, abrufbar unter <http://www.ipr.uni-koeln.de/leitung/fsansay.pdf>, dem zufolge allein dem Europäischen Nachlasszeugnis grenzüberschreitende Wirkungen im Rahmen der Erbrechtsverordnung beigemessen werden können.

⁵ Buschbaum, in: Hager, Die neue europäische Erbrechtsverordnung, 2013, S. 39, 57.

⁶ Das sog. *instrumentum*. Nicht erfasst ist hingegen die substantiell-inhaltliche Rechtslagenanerkennung des sog. *negotium*, vgl. Buschbaum, in: Witzleb/Ellger/Mankowski/Merkt/Remien, Festschrift für Dieter Martiny, 2014, S. 259, 268.

⁷ Vgl. auch Hess/Mariottini/Camara, Verordnung (EU) Nr. 650/2012 vom Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen und öffentlichen Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, online abrufbar unter http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2012/462493/IPOL-JURI_NT%282012%29462493_EN.pdf, S. 21, wonach als Anwendungsfall von Art. 59 ErbVO allein das Testament behandelt wird.

Ließe man Erbscheine grenzüberschreitend zirkulieren, so bestünde – trotz der eindeutigen Beschränkung von Art. 59 ErbVO auf die formellen Beweiskraftwirkungen⁸ und trotz Verzichts auf eine Art. 69 Abs. 5 ErbVO vergleichbare Vorschrift über die Registertauglichkeit in Art. 59 ErbVO⁹ – die Gefahr, dass die Verlässlichkeit der deutschen Register Schaden nimmt.

Derartigen Vorstößen, die auf eine Umgehung des für das ENZ ausdrücklich angeordneten Registervorbehalts (Art. 1 Abs. 2 lit. 1 ErbVO) hinauslaufen, lässt sich vorbeugend am effektivsten dadurch begegnen, dass das deutsche Ausführungsgesetz sich am engen Ansatz der Erbrechtsverordnung orientiert, wonach die ErbVO die Anerkennung bzw. Annahme nationaler Erbnachweise nicht erfasst. Andernfalls könnten ausländische Erbscheine in Deutschland möglicherweise weiterreichende Wirkungen als das ENZ entfalten. Der Gesetzeswortlaut des Umsetzungsgesetzes, das von Art. 59 Abs. 2 ErbVO gefordert wird, sollte diesem Umstand dergestalt Rechnung tragen, dass ein einheitliches (Feststellungs-)Verfahren für alle öffentlichen Urkunden bereitgehalten wird. Die explizite Erwähnung der amtsgerichtlichen öffentlichen Urkunde dürfte dagegen die Debatte um die Zirkulation nationaler Erbnachweise unnötig verstärken.

Bei den unter Art. 59 ErbVO fallenden öffentlichen Urkunden, für die das Verfahren des § 46 Abs. 1 IntErbRVG-E zur Feststellung deren Echtheit erforderlich sein kann, handelt es sich vor allem um notarielle Testamente und Erbverträge.¹⁰ Die grenzüberschreitende Zirkulation solcher letztwilliger Verfügungen ist vor dem Hintergrund von großer Bedeutung, dass der Anspruch des Erben auf Erlangung eines ENZ bei der gem. Art. 64 i. V. m. Art. 4 ErbVO zuständigen Stelle umsetzbar sein muss. Voraussetzung hierfür ist wiederum, dass alle öffentlichen Urkunden aus Mitgliedstaaten, die seine Erbenstellung bezeugen, in dem Verfahren zur Erteilung des ENZ Beachtung finden. Das stellt Art. 59 ErbVO für öffentliche Testamente und Erbverträge sicher.¹¹ Die gerichtliche Zuständigkeitsregelung sollte dieser Tatsache Rechnung tragen.

Die Bundesnotarkammer regt deshalb an, § 46 Abs. 1 IntErbRVG-E wie folgt zu ändern:

⁸ *Simon/Buschbaum*, NJW 2012, 2393, 2397; *Buschbaum*, in: Hager, Die neue europäische Erbrechtsverordnung, 2013, S. 39, 43.

⁹ *Buschbaum*, FS Martiny (Fn. 6), 2014, S. 259, 267.

¹⁰ Vgl. auch *Hess/Mariottini/Camara*, a.a.O. (Fn. 7).

¹¹ *Buschbaum*, FS Martiny (Fn. 6), 2014, S. 259, 268 f.

§ 46

Authentizität einer deutschen öffentlichen Urkunde

- (1) *Über Einwände in Bezug auf die Authentizität einer deutschen öffentlichen Urkunde nach Artikel 59 Absatz 2 der Verordnung (EU) Nr. 650/2012 entscheidet das Amtsgericht, in dessen Bezirk die Urkunde errichtet worden ist. Ist ein höheres Gericht mit der Sache befasst, entscheidet dieses.*
- (2) [...]
- (3) [...]“

B. Änderung der Grundbuchordnung

Die Bundesnotarkammer begrüßt die Aufnahme des ENZ in den Wortlaut des § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO-E, wonach neben dem deutschen Erbschein auch das ENZ zum Nachweis der Erbfolge gegenüber dem Grundbuchamt dienen kann. Damit wird die Forderung des Art. 69 Abs. 5 ErbVO sachgerecht umgesetzt.

Der Referentenentwurf geht in seiner Gesetzesbegründung dabei zutreffend davon aus, dass dinglich wirkende Teilungsanordnungen oder Vermächtnisse (sog. *Vindikationslegate*) nicht von der Nachweisfunktion im Sinne von § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO und dem damit verbundenen registrierungsfähigen Inhalt des ENZ erfasst sind. Das durch die ErbVO geregelte Erbstatut bestimmt lediglich, ob es aufgrund des Erbfalles zu einer Änderung der dinglichen Rechtsordnung kommt. Die Art und Weise des Vollzugs dieses Eigentumsüberganges ist dagegen der *lex rei sitae* vorbehalten (Art. 1 Abs. 2 lit. k und 1 ErbVO mit Erwägungsgrund 18). Alleine auf diese Weise kann sichergestellt werden, dass weder zwingende sachenrechtliche Bestimmungen am Belegenheitsort einer Sache umgangen werden noch das ausdifferenzierte System der nationalen Register beeinträchtigt wird.¹²

Klargestellt werden sollte in der Gesetzesbegründung, dass es im Übrigen bei dem Erfordernis des Nachweises durch eine öffentliche Urkunde nach § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO bleibt. Denn nicht jedes in einem Mitgliedstaat der EU ausgestellte ENZ erfüllt zwangsläufig die Voraussetzungen an eine öffentliche Urkunde, wie sie auch der Europäische Gerichtshof in seiner Entscheidung „Unibank“¹³ anerkannt hat. Hierfür ist insbesondere die Ausstellung durch einen öffentlichen Amtsträger in einem dem

¹² Döbereiner, GPR 2014, 42.

¹³ EuGH, Urt. v. 17.06.1999 – Rs. C-260/97 („Unibank“).

deutschen Erbscheinsverfahren gleichwertigen Verfahren erforderlich.¹⁴ Auch nach dem Wortlaut der ErbVO handelt es sich bei dem ENZ nur um ein „Schriftstück“ (Art. 69 Abs. 5 ErbVO).¹⁵ Die Qualität einer öffentlichen Urkunde kann das Schriftstück nur nach den nationalen Regelungen seiner Erteilung erhalten. Wünschenswert wäre jedoch die Klarstellung, dass es sich bei dem betreffenden ENZ um eine von einem Amtsträger in Form einer öffentlichen Urkunde und in einem dem deutschen Erbscheinsverfahren gleichwertigen Verfahren erstellte Urkunde handeln muss.

Die Bundesnotarkammer regt weiter an, § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO ebenfalls um das ENZ zu ergänzen. Denn die dort erwähnte Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, kann zum Zwecke der Eintragung in das Grundbuch nicht nur den Erbschein sondern auch das ENZ ersetzen.

Die Bundesnotarkammer schlägt daher vor, § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO wie folgt zu ändern:

Beruhet jedoch die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, so genügt es, wenn an Stelle des Erbscheins oder des Europäischen Nachlasszeugnisses die Verfügung und die Niederschrift über die Eröffnung der Verfügung vorgelegt werden; erachtet das Grundbuchamt die Erbfolge durch diese Urkunden nicht für nachgewiesen, so kann es die Vorlegung eines Erbscheins oder eines Europäischen Nachlasszeugnisses verlangen.

C. Änderung des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG)

I. Die Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte für die Erteilung von Erbscheinen und Testamentsvollstreckerzeugnissen

Die Bundesnotarkammer regt an, § 343 FamFG-E so zu fassen, dass Erben nach wie vor (gegenständlich beschränkte) (Fremdrechts-)Erbscheine und Testamentsvollstrecker Testamentsvollstreckerzeugnisse bei einem deutschen Nachlassgericht beantragen können, auch wenn ein ENZ aufgrund der speziellen Zuständigkeitsvorschrift des Art. 64 ErbVO im Ausland zu beantragen wäre.

¹⁴ Vgl. Hertel, DNotZ 2012, 688, 690.

¹⁵ Hierbei handelt es sich um eine bewusste Abweichung vom ursprünglichen Kommissionsvorschlag, der noch von einem „Titel“ sprach, vgl. Art. 42 Abs. 5 des Kommissionsvorschlags und die Ausführungen von Torfs/van Soest, in: Verbeke/Scherpe/Declerck/Helms/Senaev, Liber amicorum Pintens, Vol. II, 2012, S. 1443, 1456.

Bislang können Erben nach §§ 105, 343 Abs. 2 und 3 FamFG auch dann in Deutschland einen (gegenständlich beschränkten) Erbschein beantragen, wenn der Erblasser zur Zeit des Erbfalles weder Wohnsitz noch Aufenthalt im Inland hatte. Durch die ErbVO hat sich insoweit kein Änderungsbedarf ergeben, da sich die internationale Zuständigkeit für nationale Erbnachweise nicht nach Kapitel II ErbVO richtet.¹⁶

Die ErbVO lässt es zu, dass ihre Ausstellung neben oder statt des ENZ weiterhin möglich bleibt (1.). Würde die ErbVO hingegen dahin (miss-)verstanden, dass auch nationale Erbnachweise unter die Vorschriften über die internationale Zuständigkeit nach Kapitel II der Verordnung fallen, würde dies Erben und Nachlassgläubiger in Deutschland entgegen der Intention des Europäischen Gesetzgebers besonders benachteiligen (2.). Für Testamentsvollstrecker ergäben sich aus ähnlichen Erwägungen ebenso schwierige praktische Probleme, wenn sie in diesen Fällen im Inland kein Testamentsvollstreckerzeugnis mehr erlangen könnten (3.).

1. Beibehaltung des deutschen Erbscheins neben ENZ zulässig

Die internationale Zuständigkeit für nationale Erbnachweise richtet sich nicht nach Kapitel II der ErbVO. Die ErbVO lässt es zu, dass nationale Erbnachweise nach wie vor neben oder statt des ENZ möglich bleiben. Das ergibt eine Auslegung der Vorschriften der ErbVO nach Wortlaut, Systematik sowie Sinn und Zweck der Regelung:

a) Wortlaut

Art. 4 ErbVO begründet seinem Wortlaut nach schon keine ausschließliche Zuständigkeit. Hätte der europäische Gesetzgeber beabsichtigt, die internationale Zuständigkeit für nationale Erbnachweise ausschließlich in Kapitel II der ErbVO zu regeln, hätte er dies ohne Weiteres ausdrücklich anordnen können.

Unabhängig davon umfasst der Begriff der „Entscheidungen in Erbsachen“ in seiner autonomen europarechtlichen Auslegung bereits keine nationalen Erbnachweisverfahren. „Entscheidung“ ist gem. Art. 3 Abs. 1 lit. g) ErbVO jede von einem Gericht eines Mitgliedstaats in einer Erbsache erlassene Entscheidung.

Erbnachweisverfahren sind keine „Erbsachen“ in diesem Sinne. Dafür spricht, dass es ansonsten des ausdrücklichen Verweises für ENZ in Art. 64 ErbVO auf die Artt. 4, 7, 10 und 11 ErbVO nicht bedurft hätte.¹⁷ Das zeigt, dass der Verordnungsgeber das ENZ

¹⁶ So auch Dörner, ZEV 2012, 505, 512; Hertel, ZEV 2013, 539, 541; Lehmann, ZEV 2014, 232, 234 f.

¹⁷ Hertel, ZEV 2013, 539, 541.

nicht als „Entscheidung“ ansieht. Für den nationalen Erbnachweis kann nichts anderes gelten.

Dass Gerichte den Erbnachweis wie den deutschen Erbschein im Beschlusswege erlassen, ist ferner eine Besonderheit des deutschen Rechts, die der großen Mehrheit der Mitgliedstaaten fremd ist.¹⁸ Die Erteilung eines Erbnachweises wird in diesen Mitgliedstaaten nicht als gerichtliche Funktion qualifiziert. Das gilt insbesondere in den zahlreichen Mitgliedstaaten, in denen Erbnachweise von Notaren erteilt werden. Erwägungsgrund 21 bildet dieses Verständnis im Verordnungstext ab.

b) Systematik der Verordnung

Auch eine an der Systematik der ErbVO orientierte Auslegung streitet gegen eine Bindung der Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte an die Art. 4 ff. ErbVO:

Nach Art. 62 Abs. 3 S. 1 ErbVO tritt das ENZ nicht an die Stelle der innerstaatlichen Schriftstücke, die in den Mitgliedstaaten zu ähnlichen Zwecken verwendet werden. Nach der Zielsetzung der Verordnung, die grenzüberschreitende Nachlassabwicklung nicht zu verkomplizieren, sondern zu vereinfachen und zu beschleunigen (dazu sogleich), sowie auch mit Blick auf den Grundsatz der Subsidiarität, ist dies dahingehend zu verstehen, dass auch die Regelungen über die internationale Zuständigkeit für die Erteilung nationaler Erbnachweise von der Einführung des ENZ und der Erbrechtsverordnung unberührt bleiben.

Art. 59 ErbVO über die Anerkennung öffentlicher Urkunden macht daneben deutlich, dass die ErbVO die internationale Zuständigkeit für nationale Erbnachweise nicht regeln wollte. So lässt Art. 59 ErbVO erkennen, dass das ENZ den grenzüberschreitenden Erbnachweis abschließend regeln soll. Das ENZ wird in der ErbVO nämlich als autonomes – von den diversen mitgliedstaatlichen Erbnachweisverfahren losgelöstes – optionales „29. Regime“ eingeführt, das *neben* die nationalen Erbnachweise tritt und nach Maßgabe von Art. 69 Abs. 5 ErbVO taugliche Eintragungsgrundlage für öffentliche

¹⁸ So gibt es insbesondere in den Staaten des romanischen Rechtskreises in der Regel kein förmliches Nachlassverfahren, das dem des deutschen Erbscheins vergleichbar ist, vgl. den *acte de notoriété* in Frankreich, der durch notarielle Urkunde errichtet wird und als Nachweis der Erbenstellung dient. Eine gerichtliche Funktion oder Erlass auf der Grundlage eines Beschlusses ist hiermit nicht verbunden, vgl. *Döbereiner*, in: Süß, Erbrecht in Europa, 2. Aufl. (2008), S. 674. In Spanien gilt für Erbfälle mit überschaubaren Rechtsbeziehungen das notarielle Verfahren (*acta de notoriedad*), das sich vom gerichtlichen Verfahren deutlich unterscheidet, vgl. *Löber/Huzel*, in: Süß, Erbrecht in Europa, 2. Aufl. (2008), S. 1455 f.; in Belgien können Bescheinigungen über die Erbfolge ohne formelles Verfahren vom Notar in Urkundsform, aber auch in Briefform (*Attestation d'hérédité*) sowie durch Bürgermeister und u. U. von der Registrierungsverwaltung am letzten Wohnsitz ausgestellt werden, vgl. *Sproten*, in: Süß, Erbrecht in Europa, 2. Aufl. (2008), S. 335 f. Ähnliche Verfahren existieren auch in Rumänien und den Niederlanden.

Register ist. Für öffentliche Urkunden fehlt dagegen in Art. 59 ErbVO zu Recht eine vergleichbare Vorschrift über den Registerzugang öffentlicher Urkunden. Damit macht der Verordnungsgeber deutlich, dass das ENZ im Anwendungsbereich der Erbrechtsverordnung den grenzüberschreitenden Erbnachweis *abschließend* regeln soll.

Dass nationale Erbnachweise nach der bisherigen Praxis der Mitgliedstaaten auch darüber hinaus für den grenzüberschreitenden Erbnachweis sowie im Besonderen im Registerverkehr Anwendung finden können, untersagt die Erbrechtsverordnung zwar keineswegs – ebenso wenig *regelt* sie im Gegenzug jedoch die internationale Zuständigkeit und die Anerkennung für solche nationalen Erbnachweise.¹⁹ Hintergrund für die Entscheidung des europäischen Gesetzgebers, die nationalen Erbnachweisverfahren insgesamt, also weder im Rahmen von Kapitel II noch im Rahmen von Kapitel IV bzw. V, zu regeln, ist die Erkenntnis, dass die jeweiligen Verfahren derart unterschiedlich ausgestaltet sind und insbesondere die mitgliedstaatlichen Erbnachweise in ihrer Vielfalt und ihren Rechtswirkungen derart voneinander abweichen, dass sie einer europaweiten Anerkennungsregel schlichtweg unzugänglich sind.²⁰

c) Sinn und Zweck der Regelung der ErbVO

Nach ihren Erwägungsgründen 67, 69 und 80 will die ErbVO die Abwicklung grenzüberschreitender Nachlassangelegenheiten für Erben erleichtern und nicht erschweren. Diesen Zweck will die ErbVO erreichen, indem sie den Erben für grenzüberschreitende Nachlässe ein zusätzliches europaweites Nachlasszeugnis zur Verfügung stellt und daneben die nationalen in der Praxis bewährten Erbnachweise uneingeschränkt fortbestehen lässt (vgl. Art. 62 Abs. 3 Satz 1 ErbVO mit Erwägungsgrund 67).

Der Wegfall der Zuständigkeit für die Erteilung nationaler Erbnachweise würde die von der ErbVO gewünschte uneingeschränkte Verwendung der nationalen Erbnachweise indes vereiteln. Erben müssten entgegen dem Ziel der ErbVO, die Nachlassabwicklung zu vereinfachen, auch in rein national gelagerten Fällen auf die Erteilung des ENZ in dem Mitgliedstaat zurückgreifen, in dem der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Die bestehende Möglichkeit, für in Deutschland belegene Nachlassgegenstände einen (gegenständlich beschränkten) Erbschein vor einem deutschen Nachlassgericht zu beantragen, würde ihnen im Widerspruch zur Regelung in Art. 62 Abs. 3 Satz 2 ErbVO und ihrer Präzisierung in den Erwägungsgründen 67 und 69 genommen.

¹⁹ Dörner, ZEV 2012, 505, 512; Hertel, ZEV 2013, 539, 541.

²⁰ DNotI, a.a.O. (Fn. 4), 169, 306; vgl. auch Mansel, a.a.O. (Fn. 4), 185, 223, dem zufolge alleine dem ENZ grenzüberschreitende Wirkungen im Rahmen der ErbVO beigemessen werden können.

2. Folgen einer Konzentration der internationalen Zuständigkeit für nationale Erbnachweise

Würde die ErbVO dahingehend verstanden, dass auch nationale Erbnachweise unter die Vorschriften über die internationale Zuständigkeit nach Kapitel II der Verordnung fallen,²¹ würde dies die Erben entgegen der Intention des Europäischen Gesetzgebers besonders benachteiligen.

Die Erben wären oft gezwungen, im Ausland ein ENZ zu beantragen (a). Die Erteilung des Erbnachweises würde sich in Fällen mit Auslandsbezug erheblich verzögern können (b). Die kostengünstige Möglichkeit, in Deutschland einen gegenständlich beschränkten Erbschein zu beantragen, wäre nicht mehr gegeben (c). Gegenüber Erben in anderen Mitgliedstaaten würden Erben in Deutschland dabei besonders benachteiligt (d). Es würden Gefahren im Hinblick auf eine Rechtslagen-Anerkennung und für die Verlässlichkeit der deutschen Register und des deutschen Grundbuchs geschaffen (e). Nachlassgläubiger wären in vielen Fällen schutzlos gestellt (f). Bei Geltung bilateraler Abkommen gäbe es zukünftig in vielen Fällen keine Möglichkeit mehr, einen Erbnachweis zu erlangen (g).

a) Erzwungene Beantragung eines ENZ im Ausland

Erben wären in Zukunft gezwungen, im Ausland ein ENZ zu beantragen, wenn sich der letzte gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers in einem anderen Mitgliedstaat befand und die deutschen Gerichte damit nicht für die Erteilung eines ENZ zuständig wären. Dies würde sogar dann gelten, wenn sich der wesentliche Teil des Erblasservermögens in Deutschland befinden würde.

Während bislang eine schnelle und unproblematische Umschreibung im deutschen Handelsregister oder im Grundbuch möglich ist, soweit die Erbenstellung nach einem ausländischen Erblasser bzw. einem Erblasser mit letztem gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland durch (gegenständlich beschränkten) deutschen Erbschein nachgewiesen wird, würde sich in Zukunft eine Umschreibung bei internationaler Zuständigkeit eines anderen Staates allein nach dem ENZ richten (Art. 69 Abs. 5 ErbVO).

Hat z. B. ein deutscher Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland und befinden sich einige, wenn nicht sogar sämtliche Erben sowie Nachlassgegenstände in Deutschland, so gibt es bislang die Möglichkeit der Erteilung eines (gegenständlich beschränkten) Erbscheins gem. § 2369 BGB (§ 352c FamFG-E) für die Erben, welcher

²¹ So *Süß*, ZEuP 2013, 725, 746.

nicht zwingend auf die in Deutschland befindlichen Nachlassgegenstände zu beschränken ist.²² Diesen gegenständlich beschränkten Erbschein kann das Nachlassgericht schnell und ohne größeren Aufwand gem. § 343 Abs. 2 FamFG ausstellen, insbesondere wenn bisher aufgrund Staatsangehörigkeit oder zukünftig aufgrund Rechtswahl deutsches Recht anwendbar ist.

Konzentriert man die internationale Zuständigkeit im Staat des gewöhnlichen Aufenthaltsortes des Erblassers, werden die deutschen Erben zukünftig vor einer ausländischen Behörde um den Erbnachweis ersuchen müssen, da die deutschen Nachlassgerichte international nicht zuständig wären.²³ Da eine ausländische Behörde einen deutschen Erbschein bzw. Erbnachweis mit den im deutschen Erbschein enthaltenen Wirkungen nicht ausstellen kann, würden die Erben, unabhängig vom anwendbaren Recht, gezwungen, auf ein ENZ zurückzugreifen, um ihre Erbenstellung in Deutschland nachweisen zu können.

b) Verzögerung der Ausstellung des ENZ und nationaler Erbnachweise in Fällen mit Auslandsbezug

Bei der Erteilung eines ENZ dürfte gegenüber der Erteilung eines Erbscheins mit Verzögerungen zu rechnen sein. So weist bereits das Formular, auf dem das ENZ zu erteilen ist, nach unserer Kenntnis einige Unzulänglichkeiten auf (u. a. limitierte Möglichkeiten zum Ankreuzen der Befugnisse eines Testamentsvollstreckers, fehlender Hinweis auf gegenüber der ErbVO vorrangige Staatsverträge, pauschale Nennung verschiedener Güterrechtsregime, Erforderlichkeit der Übersetzung für Freitextfelder). Insbesondere die mangelnde Harmonisierung des Güterrechts dürfte vielfach zu fehlerhaften ENZ führen, deren Korrektur (falls überhaupt möglich) zeitaufwändig ist.

Für das ENZ ist darüber hinaus angesichts der umfassenden Angaben, die sowohl im Antragsverfahren (vgl. Art. 65 ErbVO sowie das Formblatt IV der Komitologiearbeitsgruppe) als auch im ENZ selbst (vgl. Art. 68 ErbVO sowie Formblatt V der Komitologiearbeitsgruppe) zu machen sind, mit weiteren erheblichen Verzögerungen zu rechnen.

Die zeitige Ausstellung des Erbnachweises ist jedoch für die Erben von großer Wichtigkeit: Sie müssen möglichst zeitnah Mietverträge, Versicherungen und sonstige

²² Bislang kann sowohl in Fällen deutschen als auch ausländischen Erbstatuts ein gegenständlich beschränkter Erbschein beantragt werden, vgl. *Schäuble*, ZErB 2009, 200, 201; *Weidlich*, in: Palandt, 73. Aufl. (2014), § 2369 BGB, Rn. 1.

²³ *Süß*, ZEUP 2013, 725, 746.

Dauerschuldverhältnisse des Erblassers kündigen und bedürfen hierfür dringend eines Erbnachweises.

c) Zusätzliche Kosten für Erben

Für die Erben wird es oft wesentlich teurer sein, im Ausland ein ENZ über den gesamten Nachlass zu beantragen, als im Inland einen auf die in Deutschland befindlichen Nachlassgegenstände beschränkten Erbschein (§ 2369 Abs. 1 BGB bzw. § 352c Abs. 1 FamFG-E). Das ENZ kann nämlich nicht auf den Nachlass in einem Mitgliedstaat beschränkt werden. Das folgt unmittelbar aus den in Art. 64 Abs. 1 S. 1 ErbVO in Bezug genommenen Zuständigkeitsvorschriften des Kapitels II der ErbVO.²⁴ Die besonders kostengünstige Möglichkeit, in Deutschland einen gegenständlich beschränkten Erbschein zu beantragen, wäre daher nicht mehr gegeben, verstünde man Kapitel II der ErbVO als auch für nationale Erbnachweise maßgebend.

Darüber hinaus kann die möglicherweise bestehende sprachliche Barriere zu weiteren, durchaus erheblichen Kosten führen, wenn die Erben sich für die Ausfüllung des Antrags (z. B. bei den Freitextfeldern) oder überhaupt für die Frage, wie und wo ein solcher Antrag zu stellen ist, der Hilfe eines Übersetzers bedienen müssen.

Der für die Erben erhöhte Aufwand würde sich darüber hinaus ggf. wiederholen müssen. Anders als die Ausfertigung eines deutschen Erbscheins kann die „beglaubigte Abschrift“ eines ENZ nur zeitlich begrenzt eingesetzt werden. Nach Art. 70 Abs. 3 S. 1 ErbVO sind die beglaubigten Abschriften von der bei der Ausstellungsbehörde verbleibenden Urschrift nur für einen begrenzten Zeitraum von sechs Monaten gültig. Alle sechs Monate müssten die Erben folglich erneut im Ausland eine beglaubigte Abschrift eines ENZ beantragen, wenn sie ihre Erbenstellung weiterhin nachweisen müssen. Hierfür kann ein Bedarf beispielsweise dann bestehen, wenn eine Grundbuchberichtigung einen längeren Zeitraum in Anspruch nimmt oder die Erben von Vermögensgegenständen des Erblassers (z. B. Bankkonten) erst später erfahren.

d) Besondere Benachteiligung von Erben in Deutschland

Die oben geschilderten Nachteile würden in Deutschland lebende Erben in besonderer Weise treffen. Kapitel II und damit auch die internationale Zuständigkeitskonzentration nach Art. 4 der Erbrechtsverordnung gilt ausweislich der Definition in Art. 3 Abs. 2 ErbVO nur für Gerichte und für solche Notare, die gerichtliche Funktio-

²⁴ Buschbaum/Simon, ZEV 2012, 525, 526.

nen ausüben, also insbesondere für deutsche Nachlassgerichte und für österreichische Gerichtskommissäre.

Notare, die bei der Ausstellung nationaler Erbnachweise nicht „als oder für ein Gericht“ tätig werden (wie etwa in Belgien, Frankreich, Luxemburg, den Niederlanden, Spanien, Portugal), sind an die Zuständigkeitsvorschriften der Art. 4 ff. ErbVO nicht gebunden.²⁵ So könnten in Frankreich lebende Erben demnach unabhängig vom letzten gewöhnlichen Aufenthaltsort des Erblassers einen französischen Erbnachweis erlangen.

An diesem Ergebnis ändert auch die Regelung in Art. 64 ErbVO nichts, die die Geltung einzelner Vorschriften in Kapitel II auf sonstige Stellen (insbesondere auf Notare) ausdehnt, die nicht unter die Definition des Gerichts i. S. v. Art. 3 Abs. 2 ErbVO fallen. Sie gilt ausdrücklich nur für die Erteilung des ENZ.

Soweit der ErbVO der Versuch einer internationalen Zuständigkeitskonzentration unterstellt wird, kann er demnach kaum gelingen. Stattdessen könnten weiterhin in einer Vielzahl von Mitgliedstaaten zusätzliche nationale Erbnachweise ausgegeben werden, obwohl der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Todeszeitpunkt in einem anderen Mitgliedstaat hatte. Erben in Deutschland würde die Möglichkeit zur Erlangung eines deutschen Erbscheins somit in vielen Fällen genommen, während den Erben in zahlreichen Mitgliedstaaten die Möglichkeit zur Erlangung eines nationalen Erbnachweises ihres Heimatstaates weiterhin offensteht. Dass die ErbVO eine Ungleichbehandlung und Erschwerung der Nachlassabwicklung alleine von der rein internen Organisation der Erbscheinserteilung abhängig machen will, ist indes nicht erkennbar und widerspricht dem Respekt der ErbVO vor den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten.

e) Auswirkung auf Rechtslagen-Anerkennung und Registerzugang

Die Annahme, die ErbVO würde die Zuständigkeit für nationale Erbnachweise regeln, lässt darüber hinaus befürchten, dass der ErbVO auch mit Blick auf weitere Fragen nationaler Erbnachweise ein Regelungsgehalt entnommen werden könnte. So ist nicht auszuschließen, dass die grundsätzliche Anerkennung eines Regelungsgehaltes Forderungen nach der grenzüberschreitenden Zirkulation nationaler Erbnachweise entstehen lässt.

²⁵ Siehe nur *Martiny*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, 8. Aufl. (2013), Art. 26 Anhang I EGBGB, EuErbVO, Rn. 29 a. E.

Wenn nämlich nationale Erbscheine im Rahmen von Kapitel II ErbVO als „Entscheidungen“ erfasst sein sollten, stellt sich unmittelbar die Frage, ob sie auch als Entscheidungen nach Art. 39 ErbVO zirkulieren können. Auch wenn man mit Verweis auf andere Sprachfassungen zwischen Kapitel II und Kapitel IV mit Recht unterscheiden kann,²⁶ ist die erfolgreiche Durchsetzung dieser Ansicht angesichts des in der deutschen Fassung identischen Wortlauts („Entscheidung“) nicht garantiert. Mit der Frage der Zirkulation verbunden wäre die Frage des uneingeschränkten Registerzugangs ausländischer Urkunden, wie sie teilweise bereits aufgeworfen wurde.²⁷ Die für die Registerintegrität wichtige Vorschrift des Art. 1 Abs. 2 lit. 1 ErbVO könnte so umgangen werden.

f) Auswirkung auf Gläubiger

Nachlassgläubigern gewährt die ErbVO kein Antragsrecht für ein ENZ. Art. 65 Abs. 1 ErbVO i. V. m. Art. 63 Abs. 1 ErbVO erwähnt Nachlassgläubiger nicht.²⁸ Umso wichtiger wird für Nachlassgläubiger deshalb die Möglichkeit, nach § 792 ZPO selbst einen Erbnachweis beantragen zu können, sofern dies für die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Erben erforderlich ist.

Dieses Antragsrecht läuft allerdings leer, soweit deutsche Nachlassgerichte zukünftig für die Erteilung eines Erbscheins regelmäßig nicht international zuständig sein sollten. Dadurch wird ein Nachlassgläubiger faktisch gehindert, in Nachlassgegenstände zu vollstrecken. Auch eine Ergänzung von § 792 ZPO um ein Antragsrecht für den Gläubiger würde hier nicht weiterhelfen, da der deutsche Gesetzgeber dem Gläubiger kein Antragsrecht bei einer ausländischen Behörde einräumen kann.

g) Auswirkung bei Geltung bilateraler Abkommen

Bei Geltung bilateraler Abkommen gäbe es zukünftig in vielen Fällen ebenfalls überhaupt keine Möglichkeit mehr, einen Erbnachweis zu erlangen.

Die Verordnung lässt die Anwendung internationaler Übereinkommen unberührt (Art. 75 Abs. 1 ErbVO). Internationale Übereinkommen gehen der ErbVO damit vor.²⁹ Für Deutschland betrifft das das Deutsch-Iranische Niederlassungsabkommen vom 17. Februar 1929, den Konsularvertrag mit der Türkischen Republik vom

²⁶ Wagner/Scholz, FamRZ 2014, 714, 715 f.

²⁷ Damascelli, Revue critique de Droit international privé 102 (2013), 425, 431.

²⁸ Dorsel, in: DAI-Skript, Die EU-Erbrechtsverordnung, 15. November 2013, S. 127.

²⁹ Lehmann, ZEV 2014, 232, 233; Süß, ZErB 2013, 340, 342; Mankowski, ZEV 2013, 529.

28. Mai 1929 und den Konsularvertrag mit der Sowjetunion vom 25. April 1958, der für die meisten Nachfolgestaaten der UdSSR fortgilt.³⁰

Im Anwendungsbereich dieser Abkommen sind ausländische ENZ kein zulässiger Erbnachweis, da die vorrangigen Abkommen es nicht als solchen vorsehen.³¹ Da nur der Deutsch-Türkische Konsularvertrag Regelungen zur internationalen Zuständigkeit enthält, kann es unter Geltung der anderen beiden Abkommen dazu kommen, dass die Erben überhaupt keinen Erbnachweis erlangen können, wenn, wie im Referentenentwurf vorgesehen, keine inländische Zuständigkeit eines deutschen Nachlassgerichts mehr besteht.

Man denke beispielsweise an einen russischen Staatsbürger, der mit letztem gewöhnlichem Aufenthalt in Italien verstirbt und dem ein deutsches Grundstück gehörte. Das deutsche Grundbuchamt muss in diesem Fall ein italienisches ENZ wegen des Vorrangs des Deutsch-Sowjetischen Konsularvertrages als Erbnachweis zurückweisen. Mangels inländischer Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte könnten die Erben jedoch – anders als bislang – auch keinen deutschen Erbschein mehr erlangen. Das Grundstück könnte faktisch nicht im Grundbuch auf die Erben umgeschrieben werden, wenn der Erblasser nicht zufällig notariell in Deutschland testiert hat.

3. Testamentsvollstreckerzeugnis

Auch für Testamentsvollstrecker ergäben sich schwierige praktische Probleme, wenn sie nicht mehr vor einem deutschen Gericht Testamentsvollstreckerzeugnisse beantragen könnten.

Auch die Zuständigkeit für die Erteilung von Testamentsvollstreckerzeugnissen richtet sich nach § 343 FamFG-E. Die aus einem Wegfall von Zuständigkeiten resultierenden Probleme lassen sich demnach auf die Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses grundsätzlich übertragen.

So müsste der Testamentsvollstrecker, dessen Befugnisse auch im ENZ eintragbar sind, bei letztem gewöhnlichem Aufenthalt des Erblassers im europäischen Ausland zwingend dort ein ENZ beantragen. Die Möglichkeit, ein deutsches Testamentsvollstreckerzeugnis zu erhalten, bleibt ihm nach dem aktuellen Entwurf des § 343 FamFG-E auch dann verwehrt, wenn sich alle Nachlassgegenstände in Deutschland befinden.

³⁰ Lehmann, ZEV 2014, 232, 234.

³¹ Lehmann, ZEV 2014, 232, 234.

Für das Testamentsvollstreckerzeugnis ergeben sich daneben noch weitere spezifische Probleme. So müsste vor allem bei der Dauervollstreckung der Testamentsvollstrecker wegen der auf sechs Monate begrenzten Gültigkeitsdauer des ENZ (vgl. Art. 70 Abs. 3 ErbVO) halbjährlich ein neues ENZ oder dessen Verlängerung bei der ausländischen Ausstellungsbehörde beantragen. Hätte der Erblasser hingegen seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland gehabt, so könnte der Testamentsvollstrecker sich weiterhin mittels eines unbegrenzt gültigen Nachweises legitimieren. Auch der Nachweis seiner Befugnisse durch das ENZ dürfte dem Testamentsvollstrecker in Deutschland nicht so einfach gelingen, wie mittels des nationalen Nachweises.

Aufgrund des Gleichlaufs der Regelungen im FamFG zum Erbschein und Testamentsvollstreckerzeugnis muss eine Anpassung der örtlichen Zuständigkeit auch die Erteilung von Testamentsvollstreckerzeugnissen berücksichtigen.

4. Formulierungsvorschlag

Die Bundesnotarkammer regt deshalb an, § 343 FamFG-E so zu fassen, dass Erben in jedem Fall nach wie vor (gegenständlich beschränkte) Erbscheine und Testamentsvollstrecker Testamentsvollstreckerzeugnisse vor einem deutschen Nachlassgericht beantragen können. Man könnte § 343 Abs. 2 FamFG-E um einen klarstellenden Satz erweitern oder alternativ diesen klarstellenden Satz in die Gesetzesbegründung übernehmen. Der Wortlaut der Norm könnte wie folgt lauten:

„§ 343

Örtliche Zuständigkeit

- (1) *Örtlich zuständig ist das Gericht, in dessen Bezirk der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Hatte der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes keinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland, ist das Amtsgericht Schöneberg in Berlin zuständig, wenn der Erblasser Deutscher ist oder sich Nachlassgegenstände im Inland befinden.*
- (2) *Ergibt sich die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte aus der Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, bestimmt sich die örtliche Zuständigkeit nach § 2 und § 31 des Internationalen Erbrechtsverfahrensgesetzes*

*vom ... [einsetzen: Datum der Ausfertigung und Fundstelle]. Für Erbschei-
ne und Zeugnisse nach § 342 Abs. 1 Nr. 6 gilt Absatz 1.*“

II. Überführung von Verfahrensvorschriften des BGB in das FamFG

Die Bundesnotarkammer begrüßt, dass die verfahrensrechtlichen Vorschriften zum Erbschein systemgerecht vom BGB in das FamFG übertragen und Doppelregelungen beseitigt werden.

Allerdings sollte in diesem Zusammenhang noch einmal überprüft werden, ob es sich bei allen betreffenden Regelungen wirklich nur um solche des Verfahrensrechts handelt. Denn gerade durch die Trennung von verfahrens- und materiell-rechtlichen Vorschriften kommt der Eingliederung in das jeweilige Gesetz eine besondere Bedeutung zu. Überdenkenswert erscheint die umfassende Übernahme der Vorschriften in das FamFG in diesem Zusammenhang insbesondere im Hinblick darauf, dass im BGB künftig nur noch der Allein- und der Teilerbschein (§ 2353 BGB) geregelt sein werden. Der gemeinschaftliche Erbschein (§ 352a Abs. 1 S. 1 FamFG-E) sowie der gegenständig beschränkte Erbschein (§ 352c FamFG-E), welche nach allgemeiner Ansicht eigene Arten von Erbscheinen darstellen,³² sollen sich hingegen künftig nur noch im FamFG finden. Vor dem Hintergrund der einheitlichen Behandlung aller Arten von Erbscheinen und um aus der Regelung in den unterschiedlichen Gesetzen keine rechtlichen Folgen erwachsen zu lassen, regt die Bundesnotarkammer an, auch die beiden letztgenannten Erbscheinsarten weiterhin im BGB zu belassen, damit das BGB eine vollständige Übersicht der gesetzlich geregelten Arten von Erbscheinen enthält.

D. Änderung des Gerichts- und Notarkostengesetzes

Da ein ENZ keine Aussagen über schuldrechtliche Vermächtnisse machen kann, sondern nur über dingliche Vermächtnisse ausländischen Rechts (sog. Vindikationslegat), würde es die Bundesnotarkammer begrüßen, wenn § 40 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 GNotKG-E entsprechend präzisiert würde.

Im ENZ werden nur Erben³³ aufgeführt sowie Vermächtnisnehmer mit unmittelbarer Berechtigung am Nachlass.³³ Vermächtnisnehmer mit lediglich schuldrechtlichen Ansprüchen sind demgegenüber nicht im Zeugnis anzugeben. Zwar spricht der Wortlaut

³² Vgl. nur Herzog, in: Staudinger, BGB, (Neubearbeitung 2010), § 2353 Rn. 6. ff; J. Mayer, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. (2013), § 2353, Rn. 7. ff.

³³ Dorsel, in: DAI-Skript, Die EU-Erbrechtsverordnung, 15. November 2013, S. 124.

von Art. 68 lit. j), m) und n) ErbVO allgemein von „Vermächtnisnehmer“, ohne zwischen Vermächtnisnehmern, die unmittelbar am Nachlass berechtigt sind, und solchen Vermächtnisnehmern, die nicht unmittelbar am Nachlass berechtigt sind, zu unterscheiden. Das ENZ enthält gem. Art. 68 ErbVO aber nur Angaben, soweit sie für die Zwecke erforderlich sind, zu denen es ausgestellt wird. Gem. Art. 63 Abs. 1 ErbVO („Zweck des Zeugnisses“) ist das ENZ nur zur Verwendung durch Vermächtnisnehmer mit unmittelbarer Berechtigung am Nachlass bestimmt. Folglich sind lediglich die Rechte und/oder Vermögenswerte dinglicher Vermächtnisnehmer im ENZ anzuführen. Diese Auslegung korrespondiert auch mit der restriktiven Antragsberechtigung, die ebenfalls nur Vermächtnisnehmern mit unmittelbarer Berechtigung am Nachlass zusteht (Artt. 65 Abs. 1, 63 Abs. 1 ErbVO).³⁴

Die Bundesnotarkammer regt deshalb an, § 40 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 GNotKG-E wie folgt zu fassen:

„§ 40 GNotKG

Erbschein, Europäisches Nachlasszeugnis, Zeugnis über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft und Testamentsvollstreckerzeugnis

(1) ¹Der Geschäftswert für das Verfahren zur

1. [...],

2. [...],

3. [...],

4. Änderung oder zum Widerruf eines Europäischen Nachlasszeugnisses, soweit die Rechtsstellung und Rechte der Erben oder dinglichen Vermächtnisnehmer betroffen sind

[...].“

E. Änderung des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch

Die Bundesnotarkammer begrüßt, dass die Länderöffnungsklausel systemgerecht neben Erbscheinsanträgen auch Anträge auf Erlass eines ENZ umfasst.

³⁴ Dorsel, in: DAI-Skript, Die EU-Erbrechtsverordnung, 15. November 2013, S. 127.

F. Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs

I. Aufhebung der §§ 2354 bis 2359 BGB

Die Bundesnotarkammer regt eine Überprüfung an, inwieweit Vorschriften des BGB über den Erbschein in das FamFG übertragen werden sollten (siehe oben C. II.).

II. Ergänzung von § 2278 BGB um die Wahl des Erbstatuts

Die Bundesnotarkammer regt an, § 2278 Abs. 2 BGB um „Rechtswahlen“ zu ergänzen oder im IntErbRVG in einem neuen Abschnitt 7 zu regeln, dass eine in einem Erbvertrag getroffene Rechtswahl bindend sein kann.³⁵

Nach bisherigem Kollisionsrecht ist es umstritten, ob die Beteiligten eines Erbvertrags die Wahl des Erbstatuts nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB vertragsmäßig bindend treffen können, oder ob dies nur durch einseitige letztwillige Verfügung möglich ist mit der Folge, dass ein Beteiligter die Rechtswahl wieder frei aufheben kann.³⁶

Dieses Problem verschärft sich massiv durch die ErbVO, weil die Rechtswahl nach Art. 22 ErbVO nunmehr nicht nur für das (deutsche) Immobilienvermögen möglich wird, sondern für den gesamten Nachlass. Für den Vertragspartner kann die mögliche spätere Änderung des anwendbaren Erbrechts fatal sein, weil das Erbstatut auch die Umsetzung und Auslegung der letztwilligen Verfügungen sowie Pflichtteils- und Noterbrechte bestimmt. Einer erbvertraglichen Regelung kann so gegebenenfalls die Grundlage entzogen werden, indem z. B. – anders als vereinbart – der Erblasser durch Widerruf der Rechtswahl seine Rechtsnachfolge von Todes wegen einem Recht unterstellt, das Noterbrechte für andere Personen vorsieht.

Die ErbVO sollte man zum Anlass nehmen, diese Rechtsfrage abschließend zu klären, um Rechtssicherheit für die Beteiligten zu schaffen und die effektive Anwendung der ErbVO bei Wahl des deutschen Rechts im Hinblick auf den Erbvertrag zu ermöglichen. Im Folgenden wird zunächst der Meinungsstand zu Art. 25 Abs. 2 EGBGB (1.) und zu Art. 22, 25 Abs. 3 ErbVO (2.) dargestellt. Sodann wird dargelegt, dass die ErbVO die Bindungswirkung der Rechtswahl nicht regelt (3.), die Bindungswirkung dem Sinn und Zweck der ErbVO aber entspricht (4.). Schließlich werden die gesetzestechnischen Regelungsoptionen aufgezeigt, die für eine gesetzliche Klärung der Streitfrage sorgen könnten (5.).

³⁵ *De lege ferenda* ebenso Döbereiner, DNotZ 2014, 323, 340.

³⁶ S. u. unter Ziffer I.

1. Meinungsstand zu Art. 25 Abs. 2 EGBGB

Das Problem der Bindungswirkung ist bereits im Zusammenhang mit der bisher nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB möglichen Rechtswahl erkannt worden. Die Lösung war und ist allerdings stark umstritten: Während einige Autoren den späteren, einseitigen Widerruf der Rechtswahl für zulässig halten,³⁷ gehen andere davon aus, dass die Rechtswahl an der erbvertraglichen Bindungswirkung teilnimmt bzw. teilnehmen kann.³⁸

Gegen eine Bindungswirkung spreche zunächst der Wortlaut³⁹ von § 2278 Abs. 2 BGB: „Andere Verfügungen als Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen können vertragsmäßig nicht getroffen werden.“ Die Rechtswahl ist nicht aufgeführt. Darüber hinaus wird argumentiert, dass der Vertragspartner des Erblassers durch die Unwandelbarkeit des Errichtungsstatuts hinreichend geschützt sei, denn die hiernach einmal eingetretene Bindung an vertragsmäßige Verfügungen könne gerade nicht einseitig wieder beseitigt werden.⁴⁰

Die Gegenansicht, die für eine analoge Anwendung von § 2278 Abs. 2 BGB plädiert, hält diesen Schutz indes für nicht ausreichend, denn auch die Bindung schütze nicht vor der ggf. mit der Anwendung einer anderen Rechtsordnung verbundenen unterschiedlichen Auslegung der erbrechtlichen Verfügungen sowie vom ursprünglich gewählten Recht abweichenden Pflichtteils- oder Noterbrechten. Die Rechtswahl stehe deshalb der Erbeinsetzung gleich; ferner sprächen für die Möglichkeit einer bindenden Rechtswahl die Rechtssicherheit und der Vertrauensschutz.⁴¹

2. Meinungsstand zu Art. 22, 25 Abs. 3 ErbVO

Die bisherigen Stellungnahmen zur ErbVO lehnen eine bindende Rechtswahl zum Teil insgesamt ab,⁴² halten sie zum Teil beschränkt auf Art. 25 Abs. 3 ErbVO für

³⁷ So S. Lorenz, in: BeckOK BGB, Stand: 01.02.2014, Art. 25 EGBGB, Rn. 22; Thorn, in: Palandt, 73. Aufl. (2014), Art. 25 EGBGB, Rn. 8; Dörner in: Staudinger, BGB (Neubearbeitung 2007), Art. 25 EGBGB, Rn. 548; Dörner, DNotZ 1988, 67, 91; Ludwig, in: jurisPK-BGB, Artt. 25, 26 EGBGB, Rn. 156; Riering, ZEV 1995, 404, 406; Bachmayer, BWNotZ 2009, 51, 52.

³⁸ So Birk in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl., Art. 25 EGBGB, Rn. 58; Lichtenberger, DNotZ 1986, 644, 665; Odersky, notar 2013, 3, 8; Schotten/Schmellenkamp, 2. Aufl., Rn. 295; N. Zimmermann, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 5. Aufl. (2009), Rn. H 148; Krzywón, BWNotZ 1987, 4, 7; Pünder, MittRhNotK 1989, 1, 5.

³⁹ Dörner, DNotZ 1988, 67, 91.

⁴⁰ Dörner in: Staudinger, BGB (Neubearbeitung 2007), Art. 25 EGBGB, Rn. 548 zu Art. 26 Abs. 5 EGBGB, was sich auf Art. 25 Abs. 3 ErbVO übertragen lassen dürfte; Thorn, in: Palandt, 73. Aufl. (2014), Art. 25 EGBGB, Rn. 8; S. Lorenz, in: BeckOK BGB, Stand: 01.02.2014, Art. 25 EGBGB, Rn. 22; Dörner, DNotZ 1988, 67 (88); Bachmayer, BWNotZ 2009, 51, 52 f.

⁴¹ Zuletzt Döbereiner, DNotZ 2014, 323, 333; Pünder, MittRhNotK 1989, 1 (5); N. Zimmermann, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 5. Aufl. (2009), Rn. H 148.

⁴² So wohl Schaal, BWNotZ 2013, 29: „jederzeit frei widerruflich“; bei Wahl deutschen Rechts wohl auch Leitzen, ZEV 2013, 128, 130; zu Art. 22 ErbVO Volmer, RPflegler 2013, 421, 425 m. Fn. 53.

möglich,⁴³ oder gehen generell davon aus, der Widerruf einer Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 3 ErbVO sei nur durch alle Beteiligten gemeinsam möglich.⁴⁴

3. Keine Regelung der Bindungswirkung der Rechtswahl in der ErbVO

Tatsächlich regelt die ErbVO die Bindungswirkung der Wahl des Erbstatuts weder in Art. 22 ErbVO noch in Art. 25 Abs. 3 ErbVO:

Nach Art. 22 Abs. 1 ErbVO kann eine Person für die Rechtsnachfolge von Todes wegen („Erbstatut“) das Recht des Staates wählen, dem sie im Zeitpunkt der Rechtswahl oder im Zeitpunkt ihres Todes angehört. Absatz 3 der Norm bestimmt, dass die materielle Wirksamkeit der Rechtshandlung, durch die die Rechtswahl vorgenommen wird, dem gewählten Recht unterliegt. Die Rechtswahl selbst muss den Formvorschriften für eine Verfügung von Todes wegen genügen (Abs. 2), die Änderung und der Widerruf der Rechtswahl denjenigen für die Änderung oder den Widerruf einer Verfügung von Todes wegen (Abs. 4). Die Bindungswirkung der Wahl des Erbstatuts ist demgegenüber nicht geregelt.

Auch Art. 25 Abs. 3 ErbVO regelt nicht die Bindungswirkung der Wahl des Erbstatuts. Die Norm betrifft nur die Rechtswahl im Hinblick auf die Zulässigkeit, die materielle Wirksamkeit sowie die Bindungswirkungen eines Erbvertrags („Errichtungsstatut“). Insoweit können die Parteien nach Art. 25 Abs. 3 ErbVO „das Recht wählen, das die Person oder eine der Personen, deren Nachlass betroffen ist, nach Artikel 22 unter den darin genannten Bedingungen hätte wählen können.“ Treffen die Parteien eine solche Rechtswahl nicht, richten sich materielle Wirksamkeit und Bindungswirkungen des Erbvertrags nach dem hypothetischen Erbstatut zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses (bei nur einem von Todes wegen Verfügenden) bzw. dem Recht, zu dem der Vertrag die engste Verbindung aufweist (bei mehreren Verfügenden und unter der Voraussetzung, dass alle betroffenen Rechte den Erbvertrag akzeptieren), Art. 25 Abs. 1 und 2 ErbVO. Die Regelung ermöglicht mehreren Erblassern, ein einheitliches Errichtungsstatut zu wählen. Dieses Errichtungsstatut, nach dem sich auch die Bindungswirkungen des Erbvertrags beurteilen, steht mit Errichtung des Erbvertrags fest und ist

⁴³ Für die Wahl deutschen Rechts *Odersky*, notar 2013, 3, 8; vgl. auch *Döbereiner*, MittBayNot 2013, 437, 443 f. der einerseits auf die geschilderte h.M. zum deutschen Recht rekurren will, aber konzidiert, dass die mitunter gravierende Wirkung einer Änderung der Rechtswahl dafür spricht, auch eine Rechtswahl nach Art. 22 ErbVO mit Bindungswirkung zuzulassen.

⁴⁴ So *Nordmeier*, ZErB 2013, 112, 117 f.

später nicht mehr einseitig abänderbar.⁴⁵

Haben die Vertragsparteien also beispielsweise sowohl als Errichtungsstatut als auch als Erbstatut das deutsche Recht gewählt, ist zu unterscheiden: Die Bindungswirkung des Erbvertrags richtet sich aufgrund der Rechtswahl gem. Art. 25 Abs. 3 ErbVO nach deutschem Recht. Dies steht fest und kann, jedenfalls einseitig, nicht mehr geändert werden. Fraglich bleibt aber, ob eine Vertragspartei die Wahl des Erbstatuts gem. Art. 22 Abs. 1 ErbVO später einseitig wieder beseitigen kann, indem sie die Rechtswahl widerruft bzw. ein anderes Recht wählt. Dies kann nicht aus der Verordnung heraus beantwortet werden, sondern ist eine Frage des anwendbaren Errichtungsstatuts, also des nationalen Rechts. Dieses Recht bestimmt, ob die Rechtswahl an den Bindungswirkungen des Erbvertrags teilnimmt.

4. Bindungswirkung entspricht dem Sinn und Zweck der ErbVO

Auch wenn die ErbVO die Bindungswirkung der Wahl des Erbstatuts nicht regelt, da sie nur kollisionsrechtliche und formelle Fragen behandelt, und deshalb das anwendbare nationale Recht darüber entscheidet, entspricht die Zulassung einer Bindungswirkung nach der *lex successionis* dem Sinn und Zweck der ErbVO.⁴⁶ Das ergibt sich aus den Erwägungsgründen 37 und 38 der ErbVO. Danach soll die Verordnung Rechtssicherheit gewährleisten (a) und die berechtigten Erwartungen von Pflichtteilsberechtigten nicht vereiteln (b).

a) Rechtssicherheit

In Erwägungsgrund 37 heißt es u. a.:

„[37] Damit die Bürger die Vorteile des Binnenmarkts ohne Einbußen bei der Rechtssicherheit nutzen können, sollte die Verordnung ihnen im Voraus Klarheit über das in ihrem Fall anwendbare Erbstatut verschaffen. [...] Die allgemeine Kollisionsnorm sollte sicherstellen, dass der Erbfall einem im Voraus bestimmbaren Erbrecht unterliegt, zu dem eine enge Verbindung besteht.“
[Unterstreichungen durch Verfasser].

⁴⁵ A.A. wohl Odersky, notar 2013, 3,8, demzufolge auch das auf das Errichtungsstatut anwendbare Recht durch einen späteren Widerruf der Rechtswahl geändert werden kann, welches die bindende Wirkung der Rechtswahl noch dringlicher machen würde.

⁴⁶ Döbereiner, DNotZ 2014, 323, 333 f.

Im Voraus ist Rechtssicherheit aber nur dann zu erlangen, wenn die Rechtswahl nicht nachträglich einseitig widerrufen oder geändert werden kann.⁴⁷

Die fatalen Auswirkungen eines einseitigen Widerrufs lassen sich am besten an einem Beispiel aufzeigen. Schließt ein deutsches Ehepaar unter Wahl des deutschen Rechts einen Erbvertrag, in dem sie sich jeweils gegenseitig zu Alleinerben des Erstversterbenden und ihre beiden Kinder als Erben des Letztversterbenden (= Schlusserben) einsetzen, so hätte nach dem Tod des ersten Ehegatten der Überlebende die alleinige Erbenstellung, er wäre mithin alleinig Verfügungsbefugt über den Nachlass. Lediglich der Pflichtteil in wertmäßiger Höhe von $\frac{1}{4}$ müsste, als schuldrechtlicher Anspruch auf Zahlung von Geld, an die Kinder ausgezahlt werden.

Wenn dieses Ehepaar nun seinen Lebensabend in ihrem Haus am Comer See in Italien verbringt und der Ehemann die Rechtswahl einseitig widerruft, wird die ursprüngliche gemeinsame Nachlassplanung deutlich beeinträchtigt. Es käme, mangels Rechtswahl und aufgrund des gewöhnlichen Aufenthalts in Italien, das italienische Erbrecht für seinen Todesfall zur Anwendung. Die überlebende Ehefrau wäre zwar noch Erbin, müsste nun aber mit deutlichen Einschränkungen rechnen. Zum einen sieht das italienische Recht ein echtes Noterbrecht der beiden Kinder am Nachlass vor.⁴⁸ Sie sind daher dinglich am Nachlass mitbeteiligt und haben nicht nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf Geld. Neben der dadurch fehlenden freien Verfügungsbefugnis der Ehefrau über den Nachlass ist auch ihre Beteiligungsquote deutlich verringert: Das Noterbrecht der Kinder beläuft sich insgesamt auf die Hälfte des Nachlasses und nicht nur auf $\frac{1}{4}$ wie der Pflichtteil im deutschen Recht.⁴⁹ Wäre die Wahl des anwendbaren Erbrechts bindend, so könnte der Ehemann die im Erbvertrag getroffenen Verfügungen nicht durch einseitiges Handeln unterlaufen und die ursprünglich gemeinsam gewollte Regelung würde bestehen bleiben.

b) Berechtigte Erwartungen von Pflichtteilsberechtigten

Sinn und Zweck der Verordnung ist weiter, die Rechtswahl insoweit einzuschränken, dass berechtigte Erwartungen von Pflichtteilsberechtigten nicht vereitelt werden:

„[38] Diese Verordnung sollte es den Bürgern ermöglichen, durch die Wahl des auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anwendbaren Rechts ihren Nachlass

⁴⁷ Döbereiner, DNotZ 2014, 323, 333.

⁴⁸ Cubeddu Wiedemann/Wiedemann, Italien, in: Süß, Erbrecht in Europa, Rn. 83; Hertel, in: Limmer/Hertel/Frenz/Mayer, Würzburger Notarhandbuch, VII 4 Rn. 256.

⁴⁹ Cubeddu Wiedemann/Wiedemann, Italien, in: Süß, Erbrecht in Europa, Rn. 84; Hertel, in: Limmer/Hertel/Frenz/Mayer, Würzburger Notarhandbuch, VII 4 Rn. 257.

vorab zu regeln. Diese Rechtswahl sollte auf das Recht eines Staates, dem sie angehören, beschränkt sein, damit sichergestellt wird, dass eine Verbindung zwischen dem Erblasser und dem gewählten Recht besteht, und damit vermieden wird, dass ein Recht mit der Absicht gewählt wird, die berechtigten Erwartungen der Pflichtteilsberechtigten zu vereiteln.“ [Unterstreichung durch Verfasser]

Die berechtigten Erwartungen von Pflichtteilsberechtigten können aber ebenso durch die Aufhebung einer Rechtswahl vereitelt werden und zu einer Störung der Vertragsparität führen. Dies gilt beispielsweise dann, wenn durch Widerruf der Rechtswahl das anwendbare Erbrecht verändert und damit etwaige Noterbrechte für andere Personen entstehen oder schlicht eine abweichende Auslegung der letztwilligen Verfügungen zu einem anderen Erbfolgeergebnis gelangt.

5. Gesetzestechnische Regelungsoptionen

Da die Bedeutung der Rechtswahl unter Anwendung der ErbVO stark steigen wird, wäre ein Fortbestehen der derzeit bestehenden Rechtsunsicherheit nicht mehr hinzunehmen. Eine gesetzliche Klarstellung im Rahmen des deutschen Durchführungsgesetzes zur ErbVO wäre daher zu begrüßen, um so für die Vertragsparteien durch die umfassende Bindungswirkung Rechtssicherheit zu schaffen. Insoweit kommt es auf Verlässlichkeit gerade im Hinblick auf das anwendbare Erbstatut an, da es – wie gesehen – die Wirkungen der letztwilligen Verfügung maßgeblich beeinflussen kann. Die Effektivität der von der ErbVO ermöglichten Rechtswahl hängt somit entscheidend von der Verankerung ihrer Bindungswirkung im nationalen Recht ab.

a) Änderung von § 2278 Abs. 2 BGB

Als Ansatzpunkt für eine Regelung kommt § 2278 Abs. 2 BGB in Betracht. Die Vorschrift bestimmt den Umfang der Bindungswirkung vertragsmäßiger Verfügungen im Erbvertrag. Durch eine Aufnahme der Rechtswahl in den Katalog der vertragsmäßigen Verfügungen kann sichergestellt werden, dass eine Vertragspartei die materielle Gesamtkonzeption des Erbvertrags nicht später einseitig zerstören kann, indem ein für die Auslegung der Verfügungen und den Umfang der Testierfreiheit abweichendes Sachrecht zur Anwendung gelangt.

Die Bundesnotarkammer regt deshalb an, § 2278 Abs. 2 BGB wie folgt zu fassen:

„§ 2278 BGB

Zulässige vertragsmäßige Verfügungen

(1) [...]

(2) *Andere Verfügungen als Erbeinsetzungen, Vermächtnisse, Auflagen und Rechtswahlen können vertragsmäßig nicht getroffen werden.*“

b) Ergänzung des neuen IntErbVG

Alternativ bietet sich eine Regelung im geplanten IntErbVG an. Hier könnte in einem gesonderten Abschnitt 7 folgender § 47 eingefügt werden:

„Abschnitt 7

Rechtswahl

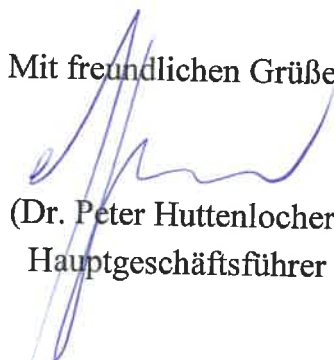
§ 47

Bindungswirkung der Rechtswahl

Eine Rechtswahl kann im Erbvertrag vertragsmäßig getroffen werden.“

Für Rückfragen stehen wir Ihnen – gerne auch in einem persönlichen Gespräch – jederzeit zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



(Dr. Peter Huttenlocher)
Hauptgeschäftsführer