

AUF DEM WEG ZU EINEM GESCHLOSSENEN EUROPÄISCHEN RECHTSRAUM UNTER AUFGABE NATIONALER RECHTSTRADITIONEN?

*Zum Beschluss der europäischen Erbrechtsverordnung
(Vo [eu] nr. 650/2012)*

SUSANNE FRODL*
Doktorandin (Universität Wien)

Sehr geehrter Herr Dekan, sehr geehrte Frau Professor Harsági, sehr geehrte Frau Professor Raffai, liebe Frau Dr. Suri, sehr geehrte Damen und Herren!

Ich möchte mich sehr herzlich für die Einladung nach Budapest bedanken und für die Möglichkeit, Ihnen in diesem prachtvollen Saal über eines der jüngsten Europäischen Regelungswerke im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen zu berichten: Die Europäische Erbrechtsverordnung. Da die Verordnung sowohl den Bereich der Internationalen Zuständigkeit als auch jenen des Internationalen Privatrechts umfasst, habe ich darum gebeten, im Plenum zu Ihnen sprechen zu dürfen. Ich möchte Ihnen eingangs ein paar allgemeine Fakten zur Verordnung darlegen, und in der Folge anhand eines Beispielfalles die Wirkungsweise der Verordnung aufzeigen.

Wie Sie wissen, stellt die EuErbVO nicht mehr die jüngste Maßnahme des Europäischen Gesetzgebers im Bereich des Europäischen Zivilprozessrechts dar:

* Ich widme diesen Vortrag herzlich Herrn emer. o.Univ.-Prof. Dr. Peter Böhm, der kurz nach Weihnachten unerwartet verstorben ist. Prof. Böhm hat mit Interesse die Zweitbetreuung meiner Dissertation übernommen, mit väterlicher Strenge auf den zügigen Abschluss meiner Dissertation gedrängt und mich gleichzeitig mit ebensolcher Güte in deren zügigem Fortgang bestärkt. In gekürzter Fassung habe ich diesen Vortrag am 2.12.2012 im Rahmen des Seminars aus Europäischem Zivilprozessrecht von Prof. Rechberger, im Beisein von Prof. Böhm, gehalten. Für die nunmehrige Veröffentlichung habe ich ihn erweitert.

Kurz vor Weihnachten, am 20.12.2012, wurde die ebenfalls lange verhandelte¹ Revision der Brüssel I-VO² im Amtsblatt der EU verkündet³ und der Vorschlag für eine Neufassung der EuInsVO⁴ veröffentlicht.⁵

1. Die Notwendigkeit einer Vergemeinschaftung des internationalen Erbrechts⁶

Am 27.7.2012 wurde die Europäische Erbrechtsverordnung (EuErbVO) im Amtsblatt der EU veröffentlicht.⁷ Damit fanden die sehr langen Beratungen über den Verordnungsvorschlag vom 14.10.2009⁸ ihren Abschluss.⁹

¹ Basis war der Kommissionsvorschlag vom 14.12.2010, KOM (2010) 748 endg. Zu den Verhandlungen s etwa Ch. RAUSCHER: Die Brüssel I-Verordnung und ihre Reform. In: Bernhard KÖNIG – Peter G. MAYR (Hrsg): *Europäisches Zivilverfahrensrecht in Österreich III. 10 Jahre Brüssel I-Verordnung*. Manz, 2012. 1.

² Verordnung (EG) Nr 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl 2001 L 12/1.

³ Verordnung (EU) Nr 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Neufassung), ABl 2012 L 351/1.

⁴ Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr 1346/2000 des Rates über Insolvenzverfahren, ABl 2000 L 160/1.

⁵ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr 1346/2000 des Rates über Insolvenzverfahren, KOM (2012) 744 endg.

⁶ Für Vieles Susanne FRODL: Einheit durch Aufgabe nationaler Rechtstraditionen? – Die EU-Verordnung über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und öffentlichen Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses. *ÖJZ* 2012/21.(2012A) 950.

⁷ 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, ABl 2012 L 201/107.

⁸ KOM (2009) 154 endg. Dieser ging seinerseits auf die von den Professoren *Dörner* und *Lagarde* in Zusammenarbeit mit dem Deutschen Notarinstitut (im Auftrag der Europäischen Kommission) erstellte Studie zurück, die ihrerseits die Basis für das im Jahre 2005 von der Kommission vorgelegte Grünbuch (KOM [2005] 65 endg) bildete; s DEUTSCHES NOTARINSTITUT NOTARINSTITUT – Heinrich DÖRNER – Paul LAGARDE: *Étude de droit comparé sur les règles de conflit de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les États membres de l'Union Européenne*. Die Zusammenfassung findet sich elektronisch unter <http://www.dnoti.de/DOC/2004/Zusammenfassung.pdf>. vom 18.9./8.11.2002 (kurz: Studie).

⁹ Trotz der langen Beratungen und zT heftigen Diskussionen im Zuge der Beratung stimmte letztlich die überwiegende Mehrheit der Abgeordneten der Verordnung zu; s nur Buschbaum, Die künftige Europäische Erbrechtsverordnung – Wegbereiter für den acquis im europäischen Kollisionsrecht in Markus BUSCHBAUM: Die künftige Europäische Erbrechtsverordnung –

Abgezeichnet hatte sich der baldige Beschluss der EuErbVO bereits auf der Tagung der EU-Justizminister am 13./14.12.2011 in Brüssel, auf der eine Einigung über den Text erzielt wurde.¹⁰ Am 22.2.2012 legte der Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments (Berichtersteller war Kurt Lechner) eine – in wesentlichen Bereichen vom Verordnungsvorschlag abweichende – Fassung vor,¹¹ die weitgehend unverändert am 13.3.2012 vom Europäischen Parlament beschlossen¹² und am 7.6.2012 vom EU-Justizministerrat angenommen wurde.

Eine im Auftrag der EU-Kommission durchgeführte Studie ergab, dass jährlich etwa 450.000 Erbfälle mit Auslandsberührung eintreten (das sind etwa 9-10%).¹³ Gerade die Bereiche des Familien- und Erbrechts sind in besonderem Maße von nationalen Rechtstraditionen und rechtspolitischen Entscheidungen geprägt. Die internationale Zuständigkeit wird gegenwärtig nach sehr unterschiedlichen Kriterien angeknüpft (in Betracht kommt die Anknüpfung an den letzten gewöhnlichen Aufenthalt, den Wohnsitz, den Belegenheitsort der [unbeweglichen] Nachlassgegenstände bzw ein Mischsystem). Selbiges gilt für die Feststellung des anwendbaren Rechts (Staatsangehörigkeitsprinzip versus Prinzip des letzten gewöhnlichen Aufenthalts, Nachlassseinheit bzw Nachlassspaltung, Möglichkeit zur Rechtswahl). Andererseits divergieren die materiell-rechtlichen Ordnungen der Mitgliedstaaten – historisch bedingt – zT beträchtlich (zu denken ist etwa an die unterschiedliche Ausgestaltung des Pflichtteilsrechts und des Legats

Wegbereiter für den *acquis* im europäischen Kollisionsrecht. In: Heinz-Peter MANSEL – Roland Michael BECKMANN – Annemarie MATUSCHE-BECKMANN (Hrsg.): *Weitsicht in Versicherung und Wirtschaft. Gedächtnisschrift für Ulrich Hübner Gedächtnisschrift Hübner*. Heidelberg–München–Landsberg–Frechen–Hamburg, C.F.Müller, 2012. 589. (591. Rz 11.)

¹⁰ S nur Anna-Zoe STEINER: EU-Verordnung in Erbsachen sowie zur Einführung eines europäischen Nachlasszeugnisses. *NZ*, 2012/4. 104. (105.)

¹¹ Entwurf eines Berichts über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und öffentlichen Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, KOM (2009) 154 endg – C7-0236/2009-2009/0157 (COD). Bericht des Rechtsausschusses des Europäischen Parlaments vom 22.2.2012, Berichtersteller: Kurt Lechner.

¹² Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 13. März 2012 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen und öffentlichen Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses (COM(2009)0154 – C7-0236/2009 – 2009/0157(COD)). Der Text findet sich elektronisch unter <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2012-0068&language=DE&ring=A7-2012-0045>.

¹³ SEK (2009) 411 endg 4. S Studie 187. Eine Statistik findet sich bei. Heinrich DÖRNER – Christian HERTEL – Paul LAGARDE – Wolfgang RIERING: Auf dem Weg zu einem europäischen Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht. *IPRax*, 2005/1. (2005A) 1.f.

[Damnations- bzw Vindikationslegat]). Daraus folgt, dass potentielle Erben mitunter vor beträchtliche Hürden gestellt sind und der freie Personen-¹⁴ und Kapitalverkehr¹⁵ (vgl Art 21 Abs 1, Art 63 AEUV) Einschränkungen erfährt.

Nachdem der Bereich des Erbrechts vom Anwendungsbereich der bisherigen Unionsrechtsakte ausgenommen ist und auch völkerrechtlichen¹⁶ und bilateralen¹⁷ Übereinkommen nur in vereinzelten Bereichen ein Erfolg beschieden war, bestand für den Unionsgesetzgeber Handlungsbedarf.

Ziel der Verordnung ist es, die Zuständigkeit und die Kollisionsnormen in grenzüberschreitenden Erbrechtsfällen zu vereinheitlichen und auf dieser Basis Vorsorge für eine erleichterte Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und öffentlichen Urkunden zu schaffen. Mit dem Europäischen Nachlasszeugnis wird den aus dem Nachlass Berechtigten schließlich ein Instrument in die Hand gegeben, mit dem sie ihre Ansprüche im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr unmittelbar durchsetzen können.

2. Die Grundlagen der Verordnung

Die unterschiedlichen Rechtstraditionen der einzelnen Mitgliedstaaten schlagen sich nicht nur im Bereich des materiellen Rechts, sondern auch in deren Zuständigkeits- und Kollisionsnormen nieder. Jeder Mitgliedstaat legt nach nationalen Gesichtspunkten fest, für welche Fälle er die Befugnis zur Verlassenschaftsabwicklung für sich reklamiert und nach welchen Kriterien sich das materielle Recht richtet, das auf den Erbfall Anwendung findet. Was

¹⁴ S ErwGR 1 der Verordnung.

¹⁵ Wie der EuGH festhielt, handelt es sich beim Erwerb von Todes wegen um eine Form des Kapitalverkehrs – der EuGH spricht vom „Kapitalverkehr mit persönlichem Charakter“ – für den Art 73b EUV (nunmehr Art 63 AEUV) gelte; s EuGH 23.2.2006, Rs C-513/03 (van Hilten-van der Heijden/Inspecteur van de Belastingdienst) Rz 38 ff; EuGH 17.1.2008, Rs C-256/06 (Jäger/Finanzamt Kusel-Landstuhl) Rz 25 f; EuGH 11.9.2008, Rs C-11/07 (Eckelkamp/Belgien) Rz 39 f; EuGH 11.9.2008, Rs C-43/07 (D. M. M. A. Arens-Sikken/Staatssecretaris van Financiën) Rz 30 f.

¹⁶ Vgl. Daniel LEHMANN: Aktuelle Entwicklungen im internationalen EU-Erb- und Erbverfahrensrecht. In: Walter H. RECHBERGER (Hrsg.): *Winfried-Kralik-Symposium 2006*. Wien, Manz, 2007. 1.; Marc HEGGEN: Europäische Vereinheitlichungstendenzen im Bereich des Erb- und Testamentsrechts – Ein Ansatz zur Lösung von Problemen der Nachlassabwicklung bei transnationalen Erbfällen? *RNotZ*, 2007/1–2. 1. (12). Vgl. auch die Übersicht in der Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses vom 26./27.10.2005, ABI 2006 C 28/1.

¹⁷ Deren Regelungsbereich sich aber auf Fragen der Anerkennung und Vollstreckung beschränkt; s Studie 209.

folgt daraus? Jeder der potentiell aus dem Nachlass Berechtigten trachtet danach, einerseits das für ihn *örtlich* günstigste Gericht anzurufen, andererseits auch das Gericht des Staates, der die ihm zukommenden Ansprüche in der *Weise* regelt, die ihm am günstigsten ist.

Die Brüssel I-VO regelt bekanntlich die Internationale Zuständigkeit und trifft Vorsorge für die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen und öffentlicher Urkunden, wenn es um Ansprüche aus *Vertrag* oder *Delikt* geht. Die Kollisionsnormen, die für *Vertrag* bzw. *Delikt* gelten, wurden im Wege der Rom I-¹⁸ und der Rom II-VO¹⁹ weitgehend vereinheitlicht. Unabhängig davon, welches Gericht angerufen wird, führen die Kollisionsnormen zur Anwendung desselben Rechts (des Rechts desselben Mitgliedstaates). Träfe der Gemeinschaftsgesetzgeber im Bereich des Erbrechts, in dem es an einheitlichen Kollisionsnormen mangelt, lediglich Vorsorge für ein uniformes Zuständigkeits-, Anerkennungs- und Vollstreckungssystem, könnte das die gegenwärtigen Rechtsunsicherheiten nicht beseitigen. Verlegte ein (künftiger) Erblasser seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in einen Staat, nach dessen Kollisionsrecht andere Kriterien für die Begründung des Erbstatuts maßgeblich sind, als es in seinem Heimatstaat der Fall ist, so träte damit – vom durchschnittlichen Erblasser idR unbemerkt – ein Statutenwechsel ein. Art und Umfang der erbrechtlichen Ansprüche würden folglich je nach Anknüpfung divergieren.²⁰ Eine unterschiedliche Anknüpfung führte letztlich auch dazu, dass mitunter mehrere Staaten ihre Zuständigkeit und die Anwendung ihres Rechts für sich reklamierten. – Beschränkte sich der Ordnungsgeber, andererseits, auf eine bloße Vereinheitlichung der Kollisionsnormen, bestünde die Gefahr eines „*forum shopping*“²¹ durch die Erben.²²

¹⁸ Verordnung (EG) Nr 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABl 2008 L 177/6.

¹⁹ Verordnung (EG) Nr 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABl 2007 L 199/40.

²⁰ S Walter H. RECHBERGER – Susanne FRODL: Die Entwicklung des Europäischen Zivilprozessrechts – Überlegungen aus Anlass des Vorschlags der Europäischen Kommission für eine Erbrechtsverordnung, KOM (2009) 154 endg. *Jubiläumsausgabe der ZfRV*, 2012.; Daniel LEHMANN: Ernüchternde Entwicklung beim Europäischen Erbrecht? *FÜR*, 2008/5. 203.

²¹ Grundlegend hierzu Andreas HELDRICH: *Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht*. München, Mohr Siebeck, 1969. 67. („Entscheidung über die gerichtliche Kompetenz kann daher „schon die sachliche Entscheidung des Prozesses vorwegnehmen““).

²² Vgl. DÖRNER–HERTEL–LAGARDE–RIERIN aaO. 1 (2), sowie die Studie 205, deren Autoren daher für eine Gesamtlösung plädieren.

Der Ordnungsgeber wählt daher einen Ansatz, der internationale Zuständigkeit und Vereinheitlichung der Kollisionsnormen²³ in sich vereint.²⁴ Nur darin kann eine automatische Anerkennung und Vollstreckung ihre Grundlage und letztlich auch das Europäische Nachlasszeugnis seine Berechtigung finden.²⁵

Eckpunkte der Verordnung sind die folgenden: Die Zuständigkeit zur Durchführung des gesamten Nachlassverfahrens wird vor dem Gericht *eines* Mitgliedstaates konzentriert, das Erbstatut nach objektiven Kriterien für alle Mitgliedstaaten gleich angeknüpft, und zwar unabhängig davon, ob es sich um bewegliches oder unbewegliches Vermögen handelt (Nachlassseinheit). Durch das Abstellen auf dasselbe Anknüpfungskriterium für die internationale Zuständigkeit und das anwendbare Recht soll ein Gleichlauf erzielt werden, jedes Gericht wendet folglich in der Regel sein eigenes materielles Recht an.²⁶

3. Beispielfall

Der Erblasser, *Theodor*, ist österreichischer Staatsbürger mit Wohnsitz in Alpbach, Österreich. Er verlegt seinen Wohnsitz – zwecks Betreuung seines Enkelsohnes – nach al’Ain, Vereinigte Arabische Emirate (VAE), wo sein Sohn mit Familie als Bauingenieur arbeitet. *Theodor* verstirbt in al’Ain und zwar ohne Hinterlassung einer letztwilligen Verfügung. *Theodor* hinterlässt seine drei Kinder *Max* (Abu Dhabi, VAE), *Gabriele* (Paris, Frankreich) und *Anna* (Innsbruck, Österreich); seine Ehefrau, *Elisabeth*, ist vorverstorben. Sein Nachlass besteht aus einem Bauernhaus in Alpbach, Österreich, einer Villa in al’Ain, VAE, sowie Konten bei der *OTP Bank* in Budapest.

²³ Die Vereinheitlichung der materiell-rechtlichen Bestimmungen ist hingegen nicht von der Kompetenz des Gemeinschaftsgesetzgebers umfasst.

²⁴ So auch Heinrich DÖRNER: Vorschläge für ein europäisches Internationales Erbrecht. In: Stefan Chr. SAAR – Andreas ROTH – Christian HATTENHAUER (Hrsg.): *Recht als Erbe und Aufgabe: Heinz Holzauer zum 21. April 2005*. Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2005. (2005B) 474. (475); DÖRNER–HERTEL–LAGARDE–RIERING aaO. 1.

²⁵ S zu all dem FRODL (2012A) aaO. 951.

²⁶ Nicht unkritisch zur unbedingten Verwirklichung des Gleichlaufgrundsatzes: HELDRICH aaO. 130. f, nach dessen Ansicht ein solcher nur dann gerechtfertigt wäre, wenn „die beiden Rechtsbereichen zugrundeliegenden Interessen ausnahmsweise auf die gleichen Ziele gerichtet sind“; s auch HELDRICH aaO. 177. f. Daran wird deutlich, dass eine uneingeschränkte Verwirklichung des Gleichlaufgrundsatzes nicht zu begrüßen ist, es vielmehr einer Abwägung der im Spiel stehenden Interessen der unterschiedlichen Akteure sowie einer Anerkennungsprognose bedarf.

Die erste Frage ist, welche Gerichte für die Durchführung des Verlassenschaftsverfahrens zuständig sind. Daran schließt sich die Frage, welches Recht sie anzuwenden haben.

Nach der derzeit in Österreich geltenden Rechtslage sind österreichische Gerichte zur Entscheidung über das in Österreich belegene *unbewegliche* Vermögen stets zuständig (§ 106 Abs 1 Z 1 JN), zur Abhandlung über ausländisches *unbewegliches* Vermögen nie. *Bewegliches* Vermögen, das im Ausland belegen ist, wird nur dann in die inländische Verlassenschaftsabhandlung einbezogen, wenn der Erblasser österreichischer Staatsbürger war und seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hatte, oder er österreichischer Staatsbürger war, seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt zwar im Ausland hatte, aber die Durchsetzung der erbrechtlichen Ansprüche im Ausland unmöglich ist (§ 106 Abs 1 Z 3 JN).

Daraus folgt, dass österreichische Gerichte hier ausschließlich hinsichtlich des in Österreich belegenen Bauernhauses international zuständig sind (§ 106 Abs 1 Z 1 JN).

Das anwendbare Recht ist in jedem Fall – und zwar unabhängig vom Ort des Ablebens – österreichisches Recht, da Theodor unverändert österreichischer Staatsbürger war (§ 28 Abs 1 IPRG).

Diese Bestimmungen erfahren mit Inkrafttreten der Verordnung einen grundlegenden Wandel: Die Zuständigkeit hinsichtlich sämtlicher Vermögenswerte wird bei einem einzigen Gericht konzentriert; sowohl für die Zuständigkeit als auch für das anwendbare Recht wird dasselbe Anknüpfungskriterium festgelegt.

4. Die Verordnung im Detail

4.1. Anwendungsbereich

4.1.1. Zeitlich und örtlich

Die Verordnung gilt drei Jahre nach ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt, sohin ab dem 17.8.2015 (Art 84), zeitigt aber bereits jetzt gewisse Wirkungen (Art 83): Errichtet der Erblasser bereits jetzt eine Verfügung oder macht er von der Möglichkeit der Rechtswahl Gebrauch, so ist diese wirksam, soweit sie den in Art 22 statuierten Anforderungen genügt. Sie ist auch gültig, wenn sie den Vorschriften des Internationalen Privatrechts des Staates entspricht, in dem der Erblasser zum Zeitpunkt der Rechtswahl seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte

oder dessen Staatsangehörigkeit er besaß (Art 83 Abs 2, 3). Voraussetzung ist freilich, dass der Erblasser erst nach dem 16.8.2015 verstirbt.²⁷

Der örtliche Anwendungsbereich erstreckt sich auf sämtliche Mitgliedstaaten mit Ausnahme von Dänemark (ErwGr 83).²⁸ Das Vereinigte Königreich und Irland sind nicht zur Anwendung der Verordnung verpflichtet,²⁹ halten sich allerdings die jederzeitige Möglichkeit eines *opt-in* offen (ErwGr 82).³⁰ Von der Verordnung unberührt bleiben bisherige internationale Übereinkünfte auf dem Gebiet des Erbrechts, die von Mitgliedstaaten geschlossen wurden (Art 75).³¹ Selbiges gilt auch für die Bestimmungen der EuInsVO (Art 76).

4.1. 2. Sachlich

In den Anwendungsbereich der Verordnung fallen sämtliche zivilrechtliche Aspekte der Rechtsnachfolge von Todes wegen – gleichgültig ist, ob es sich um gesetzliche oder testamentarische Erbfolge handelt (Art 3 Abs 1 lit a). Keine Unterscheidung sieht die Verordnung zwischen streitigem und außerstreitigem Verfahren vor, so wurde etwa eine ganze Reihe von Bestimmungen nahezu unverändert aus der Brüssel I-VO übernommen.

²⁷ Abgesehen davon entfaltet die Verordnung gegenwärtig keine Wirkungen. Die Frage danach ist jedoch nicht rein hypothetischer Natur, sondern könnte sich etwa im Hinblick auf die Bindungswirkung von Erbverträgen oder die Gültigkeit eines Erbverzichts schon jetzt stellen; s hierzu – durchaus kritisch – Felix M. WILKE: Das internationale Erbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung. *RIW*, 2012/9. 601. (602).

²⁸ Dänemark beteiligt sich gemäß Art 1 und 2 des dem EUV und AEUV beigefügten Protokolls Nr 22 nicht an den auf Titel IV des Vertrages gestützten Rechtsakten.

²⁹ Zu den Hintergründen für das bislang mangelnde opt-in s nur Rachel STEEDEN: Großbritannien: Vorbehalte gegenüber der EU-Erbrechtsverordnung. *ZEV*, 2010/10. 513.; Richard FRIMSTON: Podiumsdiskussion: Was wird sich ändern? Der Europäische Erbschein aus dem Blickwinkel der Rechtspraxis – seine Einsatzformen, seine Rechtswirkungen. In: Walter H. RECHBERGER (Hrsg): *Brücken im europäischen Rechtsraum. Europäische öffentliche Urkunde und Europäischer Erbschein. 21. Europäische Notarentage 2009*. Wien, Manz'sche, 2010. 67. (68); BUSCHBAUM aaO. 591. Der Hauptkritikpunkt lag im Bereich des Pflichtteilsrechts (kein Pflichtteilsrecht im kontinentaleuropäischen Sinn, keine Pflicht zur Herausgabe eines zu Lebzeiten des Erblassers erhaltenen Geschenks) sowie in der diffusen Natur des Anknüpfungskriteriums des gewöhnlichen Aufenthalts.

³⁰ Das Vereinigte Königreich und Irland beteiligen sich gemäß Art 1 und 2 des dem EUV und AEUV beigefügten Protokolls Nr 21 nicht an den auf Titel IV des Vertrages gestützten Rechtsakten.

³¹ Zur Frage, wie im Falle einer Unvereinbarkeit dieser Übereinkommen mit Unionsrecht vorzugehen ist s ausführlich Christian KOHLER: Die künftige Erbrechtsverordnung der Europäischen Union und die Staatsverträge mit Drittstaaten. In: Gerte REICHELT – Walter H. RECHBERGER (Hrsg.): *Europäisches Erb- und Erbverfahrensrecht. Zum Verordnungsvorschlag der Europäischen Kommission zum Erb- und Testamentsrecht*. Wien, Jan Sramek Verlag, 2011. 109. (119)

Nicht in den Anwendungsbereich der Verordnung fallen Steuer- und Zollsachen,³² der Personenstand, Familienverhältnisse,³³ die Rechts- und Handlungsfähigkeit von natürlichen Personen (mit Ausnahme der Testier- und Erbfähigkeit), Fragen des ehelichen³⁴ Güterrechts, grundsätzlich³⁵ Rechte und Vermögenswerte, die auf andere Weise als durch die Rechtsnachfolge von Todes wegen übergehen sowie Fragen des Gesellschaftsrechts (Art 1 Abs 2).

Zwei Ausnahmen wurden neu eingefügt bzw neu gefasst: Der Bereich des Unterhalts ist, was mE volle Zustimmung verdient, nicht mehr pauschal ausgenommen. Unterhaltsansprüche fallen – sofern sie mit dem Erbfall entstehen – in den Anwendungsbereich der Verordnung (Art 1 Abs 2 lit e).³⁶ Genauso verhält es sich mit Trusts, die von Todes wegen errichtet wurden (ErwGr 13; Art 1 Abs 2 lit j).³⁷ Von besonderer Bedeutung für den österreichischen Rechtsbereich ist die in Art 1 Abs 2 lit l genannte Ausnahme: Demnach ist nicht nur die Art dinglicher Rechte vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgenommen, sondern es ist auch für jede Eintragung von Rechten (sowie deren gesetzliche Voraussetzungen und Wirkungen) an beweglichen oder unbeweglichen Vermögensgegenständen in ein Register das am Registerort geltende Recht – also nicht das in der Hauptsache

³² Zu den Hintergründen für diese Ausnahme s ErwGr (10) und (18).

³³ Und diesen gleichzuhaltende Rechtsverhältnisse, die nach dem auf sie anzuwendenden Recht vergleichbare Wirkungen entfalten; s Art 1 Abs 2 lit a.

³⁴ Siehe – mutatis mutandis – die vorige FN.

³⁵ Vorbehaltlich des Art 23 Abs 2 lit i.

³⁶ Dafür auch das MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW: Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession. *RebelsZ*, 2010/3. 522. Rz 37.; Nan TORFS – Ernst VAN SOEST: Le règlement européen concernant les successions: d.i.P., reconnaissance et certificat successoral. In: Alain-Laurent VERBEKE – Jens M. SCHERPE – Maarten DE CLERQ – Tobias HELMS – Patrick Senaeve VERBEKE (Eds.): *Confronting the frontiers of family and succession law: Liber Amicorum Walter Pintens*. Cambridge, Intersentia, 2012. 1443. (1449. „présente aussi des problèmes“); Elisabeth SCHEUBA: Anmerkungen zur Entstehungsgeschichte. In: Martin SCHAUER – Elisabeth SCHEUBA (Hrsg.): *Europäische Erbrechtsverordnung*. Wien, Manz'sche, 2012. 1. (12); vgl. Constanze FISCHER-CZERMAK: Anwendungsbereich und Anwendbares Recht. In: SCHAUER – SCHEUBA (Hrsg.) aaO. 23., 43. (26), die jedoch für eine differenzierte Sichtweise in Bezug auf die Unterhaltspflicht des geschiedenen Ehegatten eintritt.

³⁷ Damit wurde den Comments des MPI aaO. Rz 45 sowie dem diesen folgenden ersten Lechner-Bericht (Entwurf eines Berichts über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und öffentlichen Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, KOM [2009] 154 endg – C7-0236/2009-2009/0157 [COD]. Bericht des Rechtsausschusses des Europäischen Parlaments vom 23.2.2011, Berichterstatter: Kurt Lechner), s Änderungsantrag Nr 29 zu Art 1, entsprochen.

anwendbare – maßgeblich (Art 1 Abs 2 lit I; ErwGr 18).³⁸ Nach diesem Recht bestimmt sich auch, ob einer Eintragung konstitutive oder lediglich deklarative Wirkung zukommt (ErwGr 19).

4.1.3. Funktionell

Die örtliche wie funktionelle Zuständigkeit richtet sich nach nationalem Recht (Art 2). In Art 3 Abs 2 ist ausdrücklich festgehalten, dass vom Gerichtsbegriff sämtliche Behörden bzw Angehörige von Rechtsberufen³⁹ erfasst sind, die in gerichtlicher Funktion tätig werden. Dabei sind allerdings einige Mindestvoraussetzungen zu erfüllen: Die Unparteilichkeit der Behörde und die Gewährung rechtlichen Gehörs muss sichergestellt sein; die Entscheidungen der befassen Behörde müssen rechtskraftfähig sein und die gleichen Rechtswirkungen nach sich ziehen, die in derselben Sache ergangenen gerichtlichen Entscheidungen zukämen. Ferner muss dem Antragsteller die Möglichkeit offenstehen, die von der Behörde erlassenen Entscheidungen nach dem Recht des Mitgliedstaates, in dem sie ihre Tätigkeit entfaltet, anzufechten. Werden Behörden bzw Angehörige von Rechtsberufen in gerichtlicher Funktion tätig, so unterliegen sie dem Zuständigkeitsregime der Verordnung (ErwGr 20, 21). Diese Unterscheidung zeitigt Auswirkungen im Bereich der Anerkennung und Vollstreckung: Nur solche Rechtsakte, die von Angehörigen von Rechtsberufen im Einklang mit den Zuständigkeitsvorschriften der Verordnung erlassen werden, unterliegen dem Anerkennungsregime, wie es für gerichtliche Entscheidungen vorgesehen ist; für andere Dokumente sind die für öffentliche Urkunden geltenden Bestimmungen maßgeblich (ErwGr 22).

³⁸ Art 9 in der Fassung des ursprünglichen Verordnungsvorschlags wurde hingegen eliminiert. Vorgesehen war hier eine Zuständigkeit der Gerichte des Belegenheitsortes zur Durchführung sachenrechtlicher Maßnahmen, die auf die Übertragung der Nachlassgegenstände, deren Eintragung in ein öffentliches Register oder deren Umschreibung gerichtet sind, sofern dies nach dem Belegenheitsrecht vorgeschrieben ist.

³⁹ Näher hierzu A. STEINER aaO. 108.

4.2. Internationale Zuständigkeit

4.2.1. Bei gewöhnlichem Aufenthalt in einem Mitgliedstaat

Die Verordnung sieht – wie bereits oben erwähnt – für die Anknüpfung der Internationalen Zuständigkeit dasselbe Kriterium vor wie für den Bereich des anwendbaren Rechts: den letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers (Art 4). Das Abgehen vom Staatsangehörigkeitsprinzip stieß – vor allem für den Bereich des anwendbaren Rechts – im Zuge der Beratungen auf heftige Kritik,⁴⁰ es wurde jedoch daran festgehalten. Als Rechtfertigung für den Wandel wurde vorgebracht, dass sich an diesem Ort in der Regel der Großteil des Nachlasses befinde,⁴¹ das Gericht am Ort des letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers die größte Sachnähe aufweise, somit die Tatsachenfeststellung erleichtert⁴² und Kosten reduziert würden,⁴³ ein Festhalten am Staatsangehörigkeitsprinzip

⁴⁰ S nur für viele Ena-Marlis BAJONS: Zur Interdependenz von IPR und IZVR bei der Schaffung eines europäischen Justizraums für grenzüberschreitende Nachlassangelegenheiten. In: DEUTSCHES NOTARINSTITUT (Hrsg.): *Les Successions Internationales dans l'UE. Perspectives pour une Harmonisation*. Würzburg, Deutsches Notarinstitut, 2004. 465. (468 ff, insbesondere 479); Ena-Marlis BAJONS: Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht in grenzüberschreitenden Erbrechtsfällen innerhalb des europäischen Justizraums. Eine Abkehr von nationalen Grundwertungen durch freie Orts- und Rechtswahl? In: Stephan LORENZ – Alexander TRUNK – Horst EIDENMÜLLER – Christiane WENDEHORST – Johannes ADOLFF (Hrsg.): *Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag*. München, C.H. Beck, 2005. (2005A) 495. (499. ff, insb 505: „Dem [...] Anknüpfungspunkt des letzten gewöhnlichen Aufenthalts des Erblassers fehlt es nach all dem Vorgesagten schlicht an innerer Legitimität [...]“).

⁴¹ Nach Ansicht des Ordnungsgebers bedinge dies die fortschreitende Mobilität der Unionsbürger und wäre dies ebenfalls zur Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Rechtspflege notwendig (ErwGr (23)).
Zustimmend hierzu etwa WILKE aaO. 602. f („erscheint zweckmäßig“); grundsätzlich positiv auch Lena KUN: Die neue Europäische Erbrechtsverordnung – ein Überblick (Teil I). *GPR*, 2012. 208. (210.). S auch Martin SCHAUER: Die neue Erbrechts-VO der Europäischen Union – eine Annäherung. *JEV*, 2012. 78. (81., 84.), der die neue Anknüpfung für den Bereich der Internationalen Zuständigkeit durchaus begrüßt, für den Bereich des anzuwendenden Rechts indes sehr kritisch sieht.

⁴² S hierzu HELDRICH aaO. 112. f, der hierfür das mittelalterliche englische Recht anführt, nach dem die jury members „in unmittelbarer Nachbarschaft des Ortes beheimatet sein [mussten], an dem sich die interessierenden Ereignisse zugetragen hatten“. Dieser Ort war in der Klageschrift anzuführen. Daraus folgte, dass englische Gerichte in ihrem Rechtskreis eingetretene Fälle – also nach ihrem eigenen Recht – zu beurteilen hatten.

⁴³ Vgl. Heinz-Peter MANSEL: Vereinheitlichung des internationalen Erbrechts in der Europäischen Gemeinschaft – Kompetenzfragen und Regelungsgrundsätze. In: Sabih ARKAN – Aynur YONGALIK – Başak ŞİT (eds.): *Dr. Tugrul Ansay'a Armağan*. Ankara, Turan Yayınevi, 2006. 185. (201., 210.); Walter H. RECHBERGER – Theresia SCHUR: Eine internationale Zuständigkeitsordnung in Verlassenschaftssachen. Empfehlungen aus österreichischer Sicht. In: Brigitta JUD – Walter H. RECHBERGER – Gerte REICHELT (Hrsg.): *Kollisionsrecht in der Europäischen Union: Neue*

entspreche weder dem Geist eines geeinten Europas noch der Realität – eine derartige Anknüpfung erleichtere die Integration des Erblassers in eine bestimmte Rechtsordnung.⁴⁴

Hervorzuheben ist, dass sich die solcherart konzentrierte Zuständigkeit auf die Abwicklung des gesamten, wo immer befindlichen Nachlasses erstreckt – nicht nur auf das in anderen *Mitgliedstaaten* belegene unbewegliche Vermögen, sondern selbst auf jenes, das in *Drittstaaten* belegen ist.

Dies scheint auf den ersten Blick gewiss überaus praktisch – die Durchsetzung der mitgliedstaatlichen Entscheidung im Drittstaat wird jedoch in der Mehrheit der Fälle (vor allem dann, wenn es um dort belegenes unbewegliches Vermögen bestellt ist) scheitern. Aus diesem Grunde sieht der Verordnungsgeber die Möglichkeit einer Verfahrensbeschränkung vor. Das nach Art 4 zuständige Gericht kann – notwendig ist hier allerdings der Antrag einer der Parteien – das Verfahren beschränken und gewisse Vermögenswerte von seiner Kompetenz auszunehmen, sofern sich diese in einem Drittstaat befinden und nicht mit einer Anerkennung (und Vollstreckbarerklärung) der Entscheidung im jeweiligen Belegenheitsstaat (=Drittstaat) zu rechnen ist (Art 12). Obwohl

Fragen des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechtes. Wien, Jan Sramek, 2008. 185. (206.).

⁴⁴ S. etwa DÖRNER (2005B) aaO. 478.; Heinrich DÖRNER: Das Grünbuch „Erb- und Testamentsrecht“ der Europäischen Kommission. *ZEV*, 2005/4. (2005C) 137. (138.): „Die Staatsangehörigkeitsanknüpfung konserviert Bindungen, die in einem zusammenwachsenden Europa jedenfalls für den mobilen Teil seiner Bürger mehr und mehr an Bedeutung verlieren.“ Ähnlich Dieter LEIPOLD: Europa und das Erbrecht. In: Gerhard KÖBLER – Meinhard HEINZE – Wolfgang HRMADKA (Hrsg.): *Europas universale rechtsordnungspolitische Aufgabe im Recht des dritten Jahrtausends: Festschrift für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag*. München, C.H. Beck, 2000. 647. (665.).). Mit Verweis auf das Integrationsargument auch Angelo DAVI: L'Autonomie de la Volonté en Droit International Privé des Successions dans la Perspective d'une Future réglementation Européenne. In: DEUTSCHES NOTARINSTITUT (Hrsg.): *Les Successions Internationales dans l'UE. Perspectives pour une Harmonisation*. Würzburg, Deutsches Notarinstitut, 2004. 387. (388). Zustimmend zu der von der Studie angeführten Begründung Lajos VÉKÁS: Objektive Anknüpfung des Erbstatuts. In: Gerte REICHELT – Walter H. RECHBERGER (Hrsg.): *Europäisches Erb- und Erbverfahrensrecht. Zum Verordnungsvorschlag der Europäischen Kommission zum Erb- und Testamentsrecht*. Wien, Jan Sramek Verlag, 2011. 41. (53.), der aber zugleich auch dem Staatsangehörigkeitsprinzip gute Argumente zugesteht. Ebenso zustimmend unter Hinweis auf die Integration das MPI, Comments Rz 132. S. in diesem Zusammenhang auch Daniel LEHMANN: *Die Reform des internationalen Erb- und Erbprozessrechts im Rahmen der geplanten Brüssel-IV Verordnung*. Angelbachtal, ZErB, 2006. Szj. 129., der auf die Fälle hinweist, in denen Gastarbeiter über die Jahre hinweg den Bezug zu ihrer Heimatrechtsordnung verloren haben, eine formelle Einbürgerung in die neue Rechtsordnung indes auf sich warten lasse oder überhaupt nicht erfolge. Dafür auch Knut Werner LANGE: Die geplante Harmonisierung des Internationalen Erbrechts in Europa. *ZVglR Wiss*, 2011/4. 426. (428., 441.) (Diskriminierung von Personen, die nicht die Staatsangehörigkeit des Aufenthaltsstaates haben, wird ausgeschlossen).

auch die meisten *Mitgliedstaaten* derzeit eine ausschließliche Zuständigkeit für die auf ihrem Hoheitsgebiet belegenen unbeweglichen Gegenstände vorsehen, besteht die Möglichkeit einer Beschränkung des Verfahrens nur im Verhältnis zu Drittstaaten.⁴⁵

Eine Definition des gewöhnlichen Aufenthalts findet sich im Text der Verordnung weder bei der Internationalen Zuständigkeit noch beim anwendbaren Recht. Einzig die Erwägungsgründe geben darüber – und zwar in ziemlich detaillierter Weise – Aufschluss.⁴⁶ Maßgeblich für die Bestimmung des letzten gewöhnlichen Aufenthalts soll eine Gesamtbetrachtung sein, die den Kriterien der Dauer und Regelmäßigkeit des Aufenthalts Rechnung trägt. Allerdings trägt die Definition auch ein subjektives (Willens-)Element in sich: Aus den Umständen und Gründen muss sich eine „besonders enge und feste Bindung [des Erblassers] zu dem betreffenden Staat erkennen“ lassen (ErwGr 23). Es ist nun durchaus möglich, dass der Erblasser einen gewöhnlichen Aufenthalt zwar aus beruflichen Motiven begründet, er jedoch weiterhin enge Beziehungen zu seinem Heimatstaat unterhält und sich in diesem auch sein familiärer Lebensmittelpunkt befindet. Derartige Fälle sollen durch eine Fiktion zugunsten des Herkunftsstaates gelöst werden (ErwGr 24).⁴⁷ Selbiges – oder auch ein Abstellen auf den Belegenheitsort der Vermögenswerte – soll auch für den Fall gelten, in dem der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt in mehreren Staaten hatte (ErwGr 24 aE).

Eingeführt wird eine Sonderbestimmung für Ausnahmefälle: In jenen Fällen, in denen der Wille des Erblassers offenkundig nicht darauf gerichtet war, sich der Rechtsordnung eines Staates zu unterwerfen, zu dem etwa eine berufliche Verbindung bestand, soll der Behörde Ermessen zukommen, weiterhin an den

⁴⁵ Dies ist zwar iSd Verordnung folgerichtig (andernfalls würde der Zweck, der mit der Zuständigkeitskonzentration erreicht werden soll, nämlich der Nachlassseinheit zum Durchbruch zu verhelfen, wieder konterkariert), im Hinblick auf die vom Stockholm-Programm angestrebte Wahrung der Eigentumsordnungen der Mitgliedstaaten indes bedenklich. Der Verordnungsgeber ist sich dessen wohl bewusst und um einen Ausgleich bemüht: Ob eine Eintragung in ein öffentliches Register konstitutiv oder deklarativ wirkt, soll sich nach dem Recht des Registerortes bestimmen (ErwGr 19). Überdies verbleiben Eintragung von Rechten – und zwar sowohl an beweglichen als auch an unbeweglichen Vermögenswerten – sowie die Voraussetzungen für die Eintragung und deren Wirkungen weiterhin dem innerstaatlichen Recht (Art 1 Abs 2 lit l).

⁴⁶ Krit hierzu STEINER aaO. 109.; FRODL (2012A) aaO. 958.; SCHEUBA aaO. 19.; ferner krit zur Formulierung der Erwägungsgründe („klingen teils schief“ „im Grundsatz arg unbestimmt“) WILKE aaO. 603., der jedoch positiv würdigt, dass damit eine einheitliche autonome Bestimmung erfolgt ist und die Definition nicht jedem Gericht selbst überlassen bleibt. Unkritisch hingegen BUSCHBAUM aaO. 593.

⁴⁷ Bedeutung wird hier nicht zuletzt der Häufigkeit und Dauer der Besuche des Erblassers bei seinen Angehörigen zukommen, ebenso seinen (im Falle von „Rentner-Kolonien“) nicht vorhandenen Kenntnissen der Sprache seines Aufenthaltsstaates; s KUNZ (2012A) aaO. 211.

Herkunftsstaat des Erblassers anzuknüpfen⁴⁸ (ErwGr 25).⁴⁹ Die Bestimmung gilt explizit nur für das auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendende Recht (s auch Art 21 Abs 2). Im Sinne des Gleichlaufprinzips wäre an dieser Stelle die Möglichkeit einer Abgabe der Rechtssache (durch Unzuständigerklärung) an die Gerichte des Staates wünschenswert gewesen, dessen Recht Anwendung findet. Die Verordnung kennt eine solche Möglichkeit jedoch nur im Falle einer Rechtswahl über Antrag einer der Parteien des Verfahrens (Art 6 lit a).⁵⁰

Unmittelbar auf die allgemeine Zuständigkeit folgend trifft der Verordnungsgeber Anordnungen über Möglichkeiten der Verschiebung der Zuständigkeit im Falle einer Rechtswahl seitens des Erblassers. Ich möchte diese aus Gründen der Übersichtlichkeit jedoch erst im Zusammenhang mit dem anwendbaren Recht behandeln.

4.2.2. Bei gewöhnlichem Aufenthalt in einem Drittstaat

Ziel der Verordnung ist es, nicht nur Sachverhalte mit unmittelbarem Unions-Bezug zu erfassen, sondern auch für jene Konstellationen Vorsorge zu treffen, die nur – aber immerhin – einen mittelbaren Bezug zum Unionsgebiet aufweisen, sei es kraft Belegenheit von Vermögen, kraft Staatsangehörigkeit oder kraft sonstiger enger Verbindungen.⁵¹ In diesem Sinne sind die Bestimmungen über die subsidiäre Zuständigkeit und die Notzuständigkeit zu verstehen. Die in Art 10 geregelte subsidiäre Zuständigkeit war im Verordnungsvorschlag sehr weit gefasst, erfuhr jedoch – nach Kritik aus der Lehre⁵² – eine Einschränkung.

⁴⁸ Bloße Schwierigkeiten bei der Feststellung des gewöhnlichen Aufenthalts sollen ein derartiges Abgehen von der Regelanknüpfung nicht rechtfertigen (ErwGr (25)).

⁴⁹ Nach Hinrich DÖRNER: EuErbVO: Die Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht ist in Kraft, *ZEVI* 2012, 505 (510), ist für die Begründung eines gewöhnlichen Aufenthalts „der rechtsgeschäftliche Wille, den Aufenthaltsort zum Mittelpunkt der Lebensverhältnisse zu machen“ nicht notwendig.

⁵⁰ Hierzu näher unten.

⁵¹ ErwGr 30 nennt die Vereinheitlichung der Zuständigkeit mitgliedstaatlicher Gerichte in Bezug auf Fälle, die an sich nicht in den Anwendungsbereich der Verordnung fallen, als zugrundeliegendes Ziel.

⁵² S. etwa Thomas RAUSCHER: EG-ErbVO-E. In: Thomas RAUSCHER (Hrsg.): *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht. EuZPR/EuIPR*. München, Sellier, 2010. Szj. 2. Auch Brigitta LURGER: Der Europäische Erbschein – ein neues Rechtsinstrument für Notare und Rechtspraktiker in Europa. In: Walter H. RECHBERGER (Hrsg.): *Brücken im europäischen Rechtsraum. Europäische öffentliche Urkunde und Europäischer Erbschein. 21. Europäische Notarentage 2009*. Wien, Manz'sche, 2010. 45. (58), will die Zuständigkeit auf die in diesem Mitgliedstaat belegenen Vermögenswerte beschränkt wissen. Ebenso Claudia RUDOLF:

Grundlegende Voraussetzung für die Ausübung der subsidiären Zuständigkeit ist die Belegenheit von Vermögen im Unionsgebiet. Dass es sich hierbei um einen *überwiegenden* Teil des Vermögens des Erblassers handelt, erfordert Art 10 nicht.⁵³

Art 10 unterscheidet nun zwei Konstellationen: einerseits den kraft Staatsangehörigkeit des Erblassers oder kraft letzten gewöhnlichen Aufenthalts zum Unionsgebiet vermittelten Nahebezug (Art 10 Abs 1), andererseits eine Zuständigkeit, die sich einzig auf die Belegenheit von Vermögen stützt, ohne sonstige Voraussetzungen zu statuieren (Art 10 Abs 2). Die Zuständigkeitstatbestände sind streng subsidiär (ErwGr 30). Der wesentliche Unterschied zwischen Abs 1 und Abs 2 liegt im *Umfang* der gerichtlichen Zuständigkeit: Hatte der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes die Staatsangehörigkeit des Belegenheitsstaates oder war dort sein früherer gewöhnlicher Aufenthalt (der nicht länger als fünf Jahre zurückliegen darf, Abs 1), so sind die Gerichte dieses Mitgliedstaates zur Entscheidung über das *gesamte* – und zwar wo immer befindliche, sohin auch das in Drittstaaten belegene (!) – Vermögen zuständig.⁵⁴ Ist keines dieser Merkmale erfüllt, so beschränkt sich die Zuständigkeit der Gerichte des Belegenheitsortes auf das *dort* (dh in diesem Mitgliedstaat) befindliche Nachlassvermögen. Anknüpfungsmerkmal ist bloß die Belegenheit des (beweglichen wie unbeweglichen) Vermögens – weiterer Kriterien bedarf es für Art 10 Abs 2 nicht.

Vorschlag einer EU-Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht. NZ, 2010/99, 353. (356)

⁵³ Es muss sich nach dem Text der Verordnung (die Erwägungsgründe schweigen hierzu) nicht um den gesamten Nachlass und auch nicht um wesentliche Teile desselben handeln (arg „in dem sich Nachlassvermögen befindet“). Mit Respekt auf die Souveränität der Drittstaaten und zur Vermeidung von konkurrierenden Zuständigkeiten (zu denen es im Falle von Mehrfachstaatsangehörigkeiten oder einer Rechtswahl kommen kann) wäre eine Ergänzung des Textes um das Kriterium der „nicht unverhältnismäßig geringen“ Vermögenswerte wünschenswert gewesen. Derartiges hatte auch der Kommissionsvorschlag für die Neufassung der Brüssel I-VO vorgesehen (s Art 25 – „nicht in einem unangemessenen Verhältnis zur Höhe der Forderung“; siehe hierzu auch

Christian RAUSCHER. In: Susanne FRODL: *Tagungsbericht Europäisches Zivilverfahrensrecht – 10 Jahre Brüssel I-VO Innsbruck*, 2.3.2012 (unveröffentlicht) sowie § 99 öJN, wo dieses Kriterium durch die Zivilverfahrensnovelle 1983 [BGBl 135/1983] eingefügt wurde). Diese subsidiäre Zuständigkeit fand gleichwohl nicht Eingang in die endgültige Fassung der Brüssel I-VO neu.

⁵⁴ Freilich besteht auch hier die Möglichkeit zur Beschränkung des Verfahrens (Art 12). Von dieser wird im Anwendungsbereich des Art 10 – wo die internationale Zuständigkeit ja eigentlich bei einem Drittstaatsengericht läge – extensiv Gebrauch zu machen sein.

4.2.3. Forum necessitatis

Damit unterscheidet sich die subsidiäre Zuständigkeit von der in Art 11 geregelten Notzuständigkeit (*forum necessitatis*). Nach dem Vorbild der EuUVO (Art 7)⁵⁵ soll Fällen der drohenden Rechtsschutzverweigerung in Drittstaaten Einhalt geboten werden. Voraussetzung ist lediglich, dass die Rechtssache einen ausreichenden Bezug zum Mitgliedstaat des angerufenen Gerichts aufweist.⁵⁶ Die Notwendigkeit zur Schaffung einer solchen Bestimmung folgt – allerdings primär nur für streitige Verfahren – aus Art 6 EMRK. Dies bedeutet gleichwohl nicht, dass in jedem Mitgliedstaat ein *forum* eröffnet wäre; ein solches ist freilich nur bei entsprechendem Inlandsbezug⁵⁷ der Rechtssache gegeben.⁵⁸

Die Zuständigkeit umfasst – wie auch nach Art 10 Abs 1 – den *gesamten* Nachlass (arg „in einer Erbsache“). Aus Gründen des Respekts der drittstaatlichen Zuständigkeit einerseits und aus praktischen Gründen (Durchsetzung der Entscheidung im Drittstaat) andererseits wird die Einleitung eines Verfahrens, gestützt auf Art 11, gleichwohl nur in einer geringen Anzahl an Fällen in Betracht kommen.

⁵⁵ Selbiges wurde auch im Zuge der Revision der Brüssel I-VO diskutiert (Art 26, s etwa Christian RAUSCHER: Reform. In: Bernhard KÖNIG – Peter G MAYR: *Europäisches Zivilverfahrensrecht in Österreich III - 10 Jahre Brüssel I-Verordnung*. Wien, Manz'sche, 2012. 7.), fand jedoch nicht Eingang in die endgültige Fassung.

⁵⁶ Dieser wird sich, wie in Art 10, aus der Staatsangehörigkeit, dem letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers oder der Belegenheit von Vermögenswerten ergeben.

⁵⁷ Der aus Art 6 EMRK abgeleitete Anspruch besteht allerdings nicht schon alleine aufgrund der Staatsangehörigkeit des Gerichtsstaates; s Reinhold GEIMER: Verfassungsrechtliche Vorgaben bei der Normierung der Internationalen Zuständigkeit. In: Franz MATSCHER – Ignaz SEIDL-HOHENVELDERN – Christa KARAS-WALDHEIM (Hrsg.): *Europa im Aufbruch: Festschrift Fritz Schwind zum 80. Geburtstag*. Wien, Manz, 1993. 17. (34). Anders jedoch nach Art 14 des französischen Code Civil.

⁵⁸ S. HELDRICH aaO. 140., 145. f, sowie Franz MATSCHER: Die Einwirkungen der EMRK auf das IPR und das IZVR. In: Franz MATSCHER – Ignaz SEIDL-HOHENVELDERN – Christa KARAS-WALDHEIM (Hrsg.): *Europa im Aufbruch: Festschrift Fritz Schwind zum 80. Geburtstag*. Wien, Manz, 1993. 71. (79); GEIMER (1993) aaO. 32.

Einzig dann, wenn die Anwendung inländischen Rechts durch ein ausländisches Gericht – konkret: eine vom ausländischen Richter vorgenommene Rechtsgestaltung – im Inland nicht anerkannt würde, müsste eine Notzuständigkeit im Inland eröffnet werden; s GEIMER (1993) aaO. 35.

4.3. Anzuwendendes Recht⁵⁹

4.3.1. Grundanknüpfung

Die Abkehr vom bisher überwiegenden Anknüpfungsmerkmal der Staatsangehörigkeit unter Hinwendung zur Aufenthaltsanknüpfung stand bereits mit der vom Deutschen Notarinstitut im Herbst 2002 vorgelegten Studie fest.⁶⁰ Trotz der heftigen in der Lehre immer wieder geäußerten Kritik⁶¹ wurde auch für den Bereich des anwendbaren Rechts daran festgehalten (Art 21).⁶² Anzuwenden ist das nach Art 21 bestimmte Recht auch dann, wenn es sich dabei um dasjenige eines Drittstaates handelt (Art 20).

Der Ordnungsgeber ist sich freilich dessen bewusst, dass das Abgehen von der bisherigen – sicher festzustellenden – Anknüpfung zu Unzulänglichkeiten führen kann. Die Bestimmung wurde daher um einen zweiten Absatz ergänzt. Ergibt sich aus der Gesamtheit der Umstände, dass der Erblasser zu einer anderen Rechtsordnung eine engere Verbindung hatte, so kommt dieses Recht zur Anwendung (ErwGr 24, 25; Art 21 Abs 2).⁶³ Damit wird zwar für eine ausgewogene Handhabung der Fälle gesorgt, in denen der Erblasser keine Rechtswahl getroffen hat – eine derartige offene Formel widerspricht jedoch

⁵⁹ An dieser Stelle sei Herrn Prof. Dr. László Burián und Frau Prof. Dr. Katalin Raffai herzlich gedankt, die mir mit ihren Diskussionsbeiträgen zur Rechtswahl und zum *ordre public* Anregungen zum Ausbau dieses Manuskripts gegeben haben.

⁶⁰ S. RAUSCHER aaO. 3.

⁶¹ Siehe hierzu für viele BAJONS (2004) aaO. 468 ff, insb 479.; dies in HELDRICH 499. ff, insb 505. Dagegen etwa LEHMANN aaO. Rz 162., 173. („verliert die Staatsangehörigkeitsanknüpfung bei zunehmender Internationalisierung und Europäisierung der Lebensgewohnheiten mehr und mehr an innerer Legitimation“ – „Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt [...] insgesamt die legitimere Festlegung“, Rz 174).

⁶² Ein Ausgleich hätte sich in einer kombinierenden Lösung finden lassen. Als Vorbild hätte Art 3 des Haager Übereinkommens über das auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendende Recht vom 1.8.1989 dienen können. S auch RECHBERGER–SCHUR aaO. 207., und Walter H. RECHBERGER: Europäische Projekte zum Erb- und Testamentsrecht. In: Gerte REICHEL (Hrsg.): *30 Jahre österreichisches IPR-Gesetz - Europäische Perspektiven. Symposium 10. Oktober 2008 - Bundesministerium für Justiz, Wien*. Wien, Manz'sche, 2009. 77. (78). s Brigitta LURGER: Zukunftsperspektiven für das europäische Familien- und Erbrecht. In: Erfried BÄCK (Hrsg.): *Familien- und Erbrecht - Europas Perspektiven. 18. Europäische Notarentage 2006*. Wien, Manz'sche, 2007. 53. (68); Brigitta LURGER: Der Einfluss der Personenfreizügigkeit des EGV auf das österreichische Familien- und Erbrecht. (Teil II) *EF-Z*, 2008/3. 164. (165); Brigitta LURGER: Erbschein. In: Walter H. RECHBERGER (Hrsg.): *Brücken im europäischen Rechtsraum. Europäische öffentliche Urkunde und Europäischer Erbschein. 21. Europäische Notarentage 2009*. Wien, Manz'sche, 2010. 50.

⁶³ Damit orientiert sich der Ordnungsgeber an Art 4 Abs 3 Rom I- und Rom II-Verordnung.

Praktikabilitätserwägungen und führt letztlich den die Verordnung prägenden Grundsatz der Vorhersehbarkeit ad absurdum.⁶⁴

4.3.2. Veränderung der Anknüpfung durch Rechtswahl

Praktisch als Ausgleich für die nunmehrige Anknüpfung an das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts⁶⁵ räumt die Verordnung dem Erblasser die Möglichkeit ein, das Recht seines Heimatstaates zu wählen (Art 22) – sowohl für die gewillkürte als auch für die Intestaterbfolge.⁶⁶

Nach Art 22 kann der Erblasser das Recht des Staates wählen, dem er im Zeitpunkt der Rechtswahl oder im Zeitpunkt seines Todes angehört.⁶⁷ Der Verordnungsvorschlag sprach lediglich von der Wahl des Rechts des Staates,

⁶⁴ Krit auch GEIMER: Gedanken zur europäischen Rechtsentwicklung. Von der Donaumonarchie zur Europäischen Union. *NZ* 2012/16, 70 (76); WILKE aaO. 605; FRODL aaO. 955; SCHAUER: Das heitere Erbrechtsraten aus Brüssel – Neues zur Erbrechts-Verordnung, *ecolex* 2012, 575; ders., *JEV* 2012, 78, 85, der diese als Beispiel für „beträchtliche Nachteile“ anführt, die „den „Vorzügen der neuen Rechtslage“ gegenüberstehen; FISCHER-CZERMAK: Anwendbares Recht, in SCHAUER - SCHEUBA (Hrsg.), *Erbrechtsverordnung* 45 f. Gegen eine Ausweichklausel schon LEHMANN: Reform Rz 241 f sowie ders., Die EU-Erbrechtsverordnung zur Abwicklung grenzüberschreitender Nachlässe, *DStR* 2012, 2085 (2086 „verfehlt“ „keine praktische Bedeutung gewinnen“). Unkritisch dagegen – allerdings zu den in Art 3 des Haager Erbrechtsübereinkommens enthaltenen Ausweichklauseln – SÜSS in SÜSS (Hrsg.), *Erbrecht in Europa* 2 (2008) 298, unter Berufung darauf, dass im Wege einer Ausweichklausel nur das Recht zur Anwendung berufen würde „auf das sich die Beteiligten eingestellt haben“, dies somit der Rechtssicherheit diene.

⁶⁵ Für die Zulassung einer Rechtswahl schon TIM BRANDI: *Das Haager Abkommen von 1989 über das auf die Erbfolge anzuwendende Recht*. Berlin, Duncker & Humblot, 1996. 278. unter Berufung darauf, dass die Erben bis zum Eintritt des Erbfalls „keine schutzwürdige Erwartung auf die Anwendbarkeit eines bestimmten mit dem Sachverhalt eng verbundenen Rechts“ hätten; ebd 280, 285, 336; ANATOL DUTTA: Die Rechtswahlfreiheit im künftigen internationalen Erbrecht der EU. In: Gerte REICHELT – Walter H. RECHBERGER (Hrsg.): *Europäisches Erb- und Erbverfahrensrecht. Zum Verordnungsvorschlag der Europäischen Kommission zum Erb- und Testamentsrecht*. Wien, Jan Sramek Verlag, 2011. 57. (63); für die Zulassung einer – beschränkten – Rechtswahl auch ULRICH HAAS: Der europäische Justizraum in „Erbsachen“. In: Peter GOTTWALD (Hrsg.): *Perspektiven der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen in der Europäischen Union: ein Forschungsbericht*. Bielefeld, Giesecking, 2004. 43. (103). Grundsätzlich ebenso für eine beschränkte Rechtswahlmöglichkeit LEHMANN: *Reform Rz* 295 („sinnvoll“) und – zur Verordnung – BUSCHBAUM aaO. 590.

⁶⁶ S. STEINER aaO. 110. Dh der Erblasser kann auch nur das anwendbare Recht wählen, ohne eine letztwillige Verfügung zu treffen. KUNZ aaO. 208. – Maßgeblich ist nur, dass die Rechtswahl in der Form einer letztwilligen Verfügung (s Art 22 Abs 2) getroffen wird, nicht notwendigerweise mit dieser gemeinsam.

⁶⁷ In der Literatur hatten sich immer wieder Stimmen für eine weitergehende Rechtswahlmöglichkeit ausgesprochen; s nur etwa – zum Verordnungsvorschlag – die Comments des MPI aaO. Rz 141, 143 sowie – zur Verordnung – jüngst WILKE aaO. 606.; sowie zur Vorbeugung von bösen Überraschungen durch einen Statutenwechsel LEHMANN (2012) aaO. 2088; idS auch SCHAUER (2012A) aaO. 86.

dessen Staatsangehörigkeit der Erblasser besitzt (Art 17 Abs 1) und unterschied nicht, in welchem Zeitpunkt diese vorhanden sein muss. In der Literatur⁶⁸ wurden folglich Zweifel geäußert, ob der Erblasser die Staatsangehörigkeit, die er im Zeitpunkt der Rechtswahl hatte, *kumulativ* auch im Zeitpunkt seines Todes besitzen muss. Zur Beseitigung derartiger Unsicherheiten sprach sich das *MPI*⁶⁹ für eine erweiterte Rechtswahlmöglichkeit aus. Diese sollte – unter anderem – die Wahl einer früheren Staatsangehörigkeit einschließen; auf diesem Wege würde eine einmal getroffene Rechtswahl unabhängig von einem Wechsel der Staatsangehörigkeit weitergelten. Die sehr weitreichende Möglichkeit zur Rechtswahl, wie vom *MPI* vorgeschlagen, fand zwar nicht Eingang in die Verordnung, allerdings sprechen Stabilitätsinteressen des Erblassers und der Grundsatz der Rechtssicherheit dafür, eine einmal getroffene Rechtswahl fortbestehen zu lassen. Es wird sich daher bei den von Art 22 vorgesehenen Möglichkeiten mE um echte Alternativen handeln, eine Verfügung zugunsten des Heimatrechts (im Zeitpunkt der Rechtswahl) wird daher gültig bleiben.

Die Fälle, in denen der Erblasser das Recht des Staates wählt, dem er im Zeitpunkt seines Todes angehört/angehören wird, werden in der Praxis gering sein.⁷⁰ Mit *Brandi*⁷¹ wird davon auszugehen sein, dass der Anwendungsbereich vor allem in der Heilung einer an sich ungültigen Rechtswahl liegt. Dieses Ergebnis scheint sich für die EuErbVO aus dem ersten *Lechner*-Bericht⁷² zu ergeben: Dieser hatte vorgeschlagen, eine Rechtswahl nur zugunsten des Heimatrechts im Zeitpunkt der Rechtswahl vorzusehen. Eine Rechtswahl sollte jedoch Wirksamkeit erlangen, wenn der Erblasser die Staatsangehörigkeit des Staates, dessen Recht er gewählt hat, zwar im Zeitpunkt der Rechtswahl noch nicht besitzt, sie jedoch vor seinem Tod erwirbt.

⁶⁸ Zweifelnd – gleichwohl noch zum Verordnungsvorschlag – im Hinblick darauf, ob eine Rechtswahl zugunsten des Heimatrechts das Fortbestehen dieser Staatsangehörigkeit erfordert Thomas RAUSCHER aaO. Rz 57.

⁶⁹ S MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW aaO. Rz 140 f.

⁷⁰ Kritisch hierzu WILKE aaO. 605. („unklar bleibt [...], welches praktische Bedürfnis die Möglichkeit erfüllen soll“); FISCHER-CZERMAK aaO. 47. nennt den Fall, dass der Wechsel der Staatsangehörigkeit im Zeitpunkt der Rechtswahl unmittelbar bevorsteht.

⁷¹ S. BRANDI aaO. 296, 321.

⁷² Entwurf eines Berichts über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und öffentlichen Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, KOM (2009) 154 endg – C7-0236/2009-2009/0157 (COD). Bericht des Rechtsausschusses des Europäischen Parlaments vom 23.2.2011, Berichterstatter: KURT LECHNER; Änderungsantrag Nr 55.

Das gewählte Recht muss als solches bezeichnet werden (oder sich aus den Umständen der Verfügung ergeben; Art 22 Abs 2) – ob eine Rechtswahl „zugunsten des Heimatrechts des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes“ zulässig ist, wird in der Literatur kontrovers beurteilt.⁷³ Festgehalten wurde – der Verordnungsvorschlag schwieg hierzu – dass die Rechtswahl nicht ausdrücklich erfolgen muss, sondern sich auch aus der Gesamtheit der Umstände – insbesondere aus der Bezugnahme auf gewisse Rechtsinstitute – ergeben kann (ErwGr 39; Art 22 Abs 2). Damit wurde umgesetzt, was die Lehre⁷⁴ – aus praktischen Erwägungen – wiederholt eingemahnt hatte.⁷⁵

Daraus könnte man mE auch die Zulässigkeit einer abstrakten Rechtswahl ableiten: Wenn schon eine *implizite* Rechtswahl möglich ist (die sich ja auch aus den Begriffen der Rechtsordnung, der der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes angehört, ergeben kann), müsste dies umso mehr für eine zwar *explizite*, jedoch *abstrakte* Rechtswahl in der oben genannten Form gelten. Die Fälle werden sich in der Praxis gleichwohl in engen Grenzen halten, würde sich der Erblasser damit jeder Rechtssicherheit begeben.

Handelt es sich um einen Mehrstaater, so kann jede – nicht nur die effektive – Staatsangehörigkeit gewählt werden (Art 22 Abs 1). Im Gegensatz zu den diesbezüglichen Vorschlägen des *MPI*⁷⁶ muss sich die Rechtswahl auf den

⁷³ Gegen eine solche Möglichkeit Ulrike JANZEN: Die EU-Erbrechtsverordnung. *DNotZ*, 2012/7. 484. (486). Nach dem Waters-Report (Donovan W. M. WATERS: Explanatory Report. In: HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW: *Convention on the law applicable to succession to the estates of deceased persons. Text adopted by the Sixteenth Session*. 1990., by D.W.M. Waters [= Waters Report], elektronisch unter http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=2959) Rz 62 ist es zwar nicht erforderlich, den Staat, dessen Recht gewählt wurde, explizit zu nennen – Waters weist gleichwohl darauf hin, dass dies im Hinblick auf Probleme, die sich aus einer abstrakten Rechtswahl sonst ergeben (Wechsel der Staatsangehörigkeit zwischen Rechtswahl und Todeszeitpunkt) empfehlenswert ist.

Für die Zulässigkeit einer abstrakten Rechtswahl jedoch FISCHER-CZERMAK aaO. 47.; für eine abstrakte Wahlmöglichkeit – zumindest zugunsten des Rechts des gewöhnlichen Aufenthalts im Zeitpunkt der Wahl der Verfügung – auch BRANDI: *Erbrechtsübereinkommen* 304.

⁷⁴ S jüngst nur WILKE aaO. 605.

⁷⁵ Erst die Zulassung einer solchen konkludenten Rechtswahl vermag das der Rechtswahl innewohnende Ziel, einen effektiven Ausgleich für die Abkehr von dem bisher in den meisten Mitgliedstaaten geltenden Staatsangehörigkeitsprinzip zu schaffen, zu verwirklichen. Zu berücksichtigen gilt es schließlich, dass es der Mehrheit der Unionsbürger an tiefen Kenntnissen des internationalen Erbrechts mangelt, sie daher nicht um die Verlagerung der Anknüpfung einerseits und die Notwendigkeit einer ausdrücklichen Rechtswahl andererseits weiß.

⁷⁶ S. MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW aaO. Rz 139.

gesamten Nachlass beziehen – dies ist mE iSd die Verordnung tragenden Grundsätze⁷⁷ sehr zu begrüßen.

4.3.3. Auswirkungen der Rechtswahl auf die internationale Zuständigkeit – Beibehaltung des Gleichlaufs von *forum* und *ius*

Wählt der Erblasser sein Heimatrecht, so würde dies grundsätzlich zu einem Auseinanderfallen von *forum* und *ius* führen: Das nach Art 4 zuständige Gericht hätte ausländisches Recht, konkret das Heimatrecht des Erblassers, anzuwenden. Zur Überwindung der damit in aller Regel verbundenen Verfahrensverzögerungen und Verteuerung sieht die Verordnung weder eine mit der Wahl der *lex causae* verbundene *progroatio fori* vor noch eine automatische Zuständigkeitsverschiebung.⁷⁸ Sie gewährt den Parteien des Verfahrens jedoch zwei Möglichkeiten: jene des Abschlusses einer Gerichtsstandsvereinbarung⁷⁹ (Art 5) einerseits, und jene einer einvernehmliche Regelung der Erbsache (Art 8) andererseits. Derartige Vereinbarungen sind – ihrem Telos entsprechend – gleichwohl nicht unumschränkt zulässig, sondern nur zugunsten der Behörden der *lex designata*. Auf diese Weise kann – muss aber gleichwohl nicht – der Gleichlauf von *forum* und *ius* erhalten bleiben.

4.3.4. Beibehaltung des Gleichlaufs: Gerichtsstandsvereinbarung

Als logische Konsequenz aus dieser abweichenden Zuständigkeitsbegründung sieht der Ordnungsgeber in zwei Fällen die Möglichkeit einer Unzuständigerklärung vor: Das Gericht *kann* sich auf *Antrag eines der Verfahrensbeteiligten*⁸⁰ für unzuständig erklären, wenn es die Behörden der *lex designata* nach einer Gesamtabwägung der Umstände des Einzelfalls für besser

⁷⁷ Va im Sinne einer möglichst vorhersehbaren Planung des Nachlasses.

⁷⁸ Eine solche wäre mE jedoch zu begrüßen gewesen. Dafür plädierte auch LEHMANN (2006) aaO. Rz 420 ff. Zu beschränken wäre eine solche indes freilich – im Hinblick auf den universellen Charakter des Art 20 – auf die Wahl des Rechts eines Mitgliedstaates; S. LEHMANN (2006) aaO. Rz 435.

⁷⁹ Und zwar nicht nur für Streitigkeiten zwischen Erben, sondern bereits für die Durchführung des Abhandlungsverfahrens. Diese Möglichkeit war im Verordnungsvorschlag noch nicht enthalten.

⁸⁰ Der Verordnungstext, der auch hier das streitige Verfahren vor Augen hat, spricht von „Verfahrensparteien“. Dieser Begriff ist jedoch in Bezug auf das außerstreitig durchgeführte Verfahren zur Verlassenschaftsabwicklung, in dem in aller Regel eine Mehrheit von Personen einander gegenübersteht, irreführend.

geeignet erachtet, die Sache zu hören.⁸¹ Die Unzuständigerklärung ist also hier von einer doppelten Voraussetzung abhängig (Art 6 lit a: Antrag, Ermessen des Gerichts⁸²). Anders ist dies, wenn die Parteien eine *Gerichtsstandsvereinbarung* zugunsten des Gerichts des gewählten Rechts geschlossen haben: in diesem Falle *hat* sich das erstangerufene Gericht für unzuständig zu erklären (Art 6 lit b).

Gerade im außerstreitigen Verfahren, in dem sich – anders als im streitigen Verfahren – idR eine Mehrzahl von Beteiligten gegenübersteht, kann der Fall eintreten, dass eine Gerichtsstandsvereinbarung nur zwischen zwei Beteiligten bzw zwischen denjenigen Beteiligten, die *von Anfang an* als aus dem Nachlass Berechtigte feststehen, geschlossen wurde. Es ist daher durchaus möglich, dass die Gerichtsstandsvereinbarung auch auf Personen durchschlägt, die sich erst später als aus dem Nachlass Berechtigte herausstellen. Um auch in diesen Fällen eine möglichst reibungslose und effiziente (Fort-)Führung des Verfahrens sicherzustellen, sieht die Verordnung eine – Art 26 Brüssel I-VO nachgebildete – Bestimmung über die rügelose Streiteinlassung vor (Art 9). Dies ist mE die einzig sinnvolle Lösung, kann das Verfahren in dem Zeitpunkt, in dem übergangene Beteiligte hervorkommen, mitunter schon sehr weit fortgeschritten sein und eine Unzuständigerklärung die Notwendigkeit einer kompletten Neudurchführung des Verfahrens vor dem Gericht am letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers bedeuten. Die Fälle, in denen es zu einer derartigen Rüge (und Unzuständigerklärung) kommt, werden sich gleichwohl in engen Grenzen halten: Erstens ist eine Gerichtsstandsvereinbarung ohnehin nur zugunsten des Heimatstaates des Erblassers zulässig und zweitens werden wohl auch die Personen, die nicht an der Gerichtsstandsvereinbarung beteiligt sind, die mit dem

⁸¹ Zu denken ist hier etwa an den Fall, dass sich der gewöhnliche Aufenthalt der (Mehrheit der) Parteien in einem anderen Mitgliedstaat befindet oder die (Mehrheit der) Nachlassgegenstände außerhalb des internationalen Zuständigkeitsbereiches des erstangerufenen Gerichts belegen sind (ist; Art 6 lit a).

⁸² Im Gegensatz zu dem vom EuGH – noch zum Brüsseler Übereinkommen – statuierten Verbot des *forum non conveniens* (EuGH 1.3.2005, Rs C-281/02 [Owusu/Jackson] Rz 37 ff [bes 46] und die umfangreichen Schlussanträge von GA Léger in dieser Rs, Rz 217 ff) lässt die Verordnung hier ein beschränktes *forum non conveniens* zu. Damit nimmt der Verordnungsgeber eine gewisse Anleihe an Art 15 Brüssel IIa-Verordnung sowie an Art 8 KSÜ (Haager Kinderschutzübereinkommen vom 19.10.1996, BGBl III 49/2011). Bei näherer Lektüre wird jedoch deutlich, dass die hier vorgesehene Bestimmung weiter gefasst ist: Es bedarf nicht des Vorliegens eines Ausnahmefalles, im Gegensatz zu der von Art 15 Brüssel IIa-Verordnung vorgesehenen Kooperation zwischen den Behörden hat das ursprünglich mit der Sache befasste Gericht seine Unzuständigkeit auszusprechen, wenn die am Verfahren Beteiligten eine Gerichtsstandsvereinbarung geschlossen haben; hierzu näher WILKE aaO. 603 mwN.

Auseinanderfallen von *forum* und *ius* zwangsläufig verbundenen Konsequenzen (Verfahrensverzögerung, Erhöhung der Kosten) gewärtigen.

4.3.5. Beibehaltung oder Auseinanderfallen des Gleichlaufs: außergerichtliche Regelung

Der Verordnungsgeber trägt letztlich noch dem Umstand Rechnung, dass in manchen Mitgliedstaaten eine außergerichtliche einvernehmliche Regelung der Erbsache möglich ist. Wird nun ein Verfahren vor dem nach Art 4 respektive Art 10 zuständigen Gericht eingeleitet, und hat der Erblasser das Recht seines Heimatstaates gewählt, so steht den am Verfahren Beteiligten die Möglichkeit offen, die Erbsache vor den Behörden der *lex designata* einer einvernehmlichen außergerichtlichen Regelung zuzuführen (Art 8). Das ursprünglich zuständige Gericht hat in diesem Fall das Verfahren zu beenden.

Obwohl in Art 8 nur für die *amtswegige* Einleitung eines Verfahrens vorgesehen, soll den Parteien nach ErwGr 29 noch eine viel weitreichendere Möglichkeit zur einvernehmlichen Regelung der Erbsache offenstehen: Wird das Verfahren vor dem nach Art 4 zuständigen Gericht *nicht von Amts wegen* eingeleitet, so kommt den Parteien die Möglichkeit zu, die Erbsache nicht nur im Mitgliedstaat des gewählten Rechts, sondern in einem solchen *ihrer Wahl* einer einvernehmlichen Regelung zuzuführen. Vorausgesetzt ist einzig, dass dies nach dem Recht *dieses* Mitgliedstaates zulässig ist. Die Möglichkeit zur einvernehmlichen Regelung ist daher nicht an eine Rechtswahl des Erblassers geknüpft oder von dieser abhängig.

4.3.6. Reichweite des Erbstatuts – Gültigkeit letztwilliger Verfügungen

Mit den Art 24 bis 27 wurde ebenfalls einem in der Lehre immer wieder geäußerten Wunsch⁸³ Rechnung getragen und fanden Bestimmungen über die materielle sowie formelle Gültigkeit letztwilliger (schriftlicher)⁸⁴ Verfügungen Eingang in die Verordnung. Dies ist mE sehr zu begrüßen. Damit werden

⁸³ Der erste Lechner-Bericht (Änderungsantrag Nr 64; zu Art 18b [neu]) sah – in Anlehnung an den diesbezüglichen (gleichwohl umfassenderen) Vorschlag des MPI (Comments Rz 160 f) – mit Art 18b eine Bestimmung über die Formgültigkeit von Verfügungen von Todes wegen vor.

⁸⁴ Die Formgültigkeit mündlicher Verfügungen hingegen unterfällt nicht dem Anwendungsbereich; s Art 1 Nr 2 lit f. Das Haager Testamentsformübereinkommen (siehe die folgende FN) unterscheidet nicht zwischen schriftlichen und mündlichen Verfügungen, kennt aber einen Vorbehalt; s Art 10 HTFÜ. Aus diesem Grund erfuhren auch die in die Verordnung aufgenom-

Fragen der Gültigkeit in Staaten, die das Haager Testamentsformübereinkommen (HTFÜ)⁸⁵ ratifiziert haben und in solchen, in denen dies nicht der Fall ist, einheitlich beurteilt; andererseits werden damit für jene Bereiche, für die das Übereinkommen nicht gilt – es sind dies Erbverträge – uniforme Vorschriften geschaffen. Ist ein Staat bereits Mitglied des HTFÜ, bleiben die Vorschriften des Übereinkommens unberührt (Art 75 Abs 1). Angeknüpft wird für die Form primär an das Recht des Errichtungsorts, subsidiär an die Staatsangehörigkeit des Erblassers⁸⁶ im Errichtungs- oder Todeszeitpunkt (Art 27).⁸⁷

Die Zulässigkeit und die materiellen Wirksamkeit⁸⁸ (respektive die Änderung bzw der Widerruf) letztwilliger Verfügungen – Erbverträge eingeschlossen – richtet sich nach dem hypothetischen Erbstatut im Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung (Art 24 Abs 1, Art 25 Abs 1). Dabei kann es sich auch um das nach Art 22 gewählte Recht handeln (Art 24 Abs 2). Handelt es sich um einen Erbvertrag, der den Nachlass mehrerer Personen betrifft, so muss dieser nach sämtlichen hypothetischen Erbstatuten zulässig sein. Treten Fragen der (materiellen) Wirksamkeit auf bzw ist es um die Bindungswirkung eines solchen bestellt, ist das Recht heranzuziehen, zu dem der Erbvertrag die engste Bindung hat (Art 25 Abs 2).

4.3.7. Reichweite des Erbstatuts – Nachlassverwaltung

Die bereits vom Verordnungsvorschlag vorgesehenen Bestimmungen über die Nachlassverwaltung – die primär für den *common law*-Rechtsbereich konzipiert sind – wurden grundlegend reformiert und neu gestaltet (Art 29). Ist in der Hauptsache ein Gericht im Vereinigten Königreich, Irland,⁸⁹ Malta

menen Bestimmungen eine Einschränkung; s JANZEN: Die EU-Erbrechtsverordnung. *DNotZ*, 2012, 484 (488 FN 14).

⁸⁵ Haager Übereinkommen vom 5.10.1961 über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht.

⁸⁶ Bzw mindestens einer Person, deren Rechtsnachfolge von Todes wegen vom gegenständlichen Erbvertrag betroffen ist.

⁸⁷ Art 27 sieht daneben noch weitere subsidiäre Anknüpfungsmomente vor.

⁸⁸ Hierzu zählen etwa die Testierfähigkeit, allfällige Einsetzungsbeschränkungen sowie die Auslegung der Verfügung; s Art 26.

⁸⁹ Dazu kann es derzeit (bis zu einem allfälligen opt-in dieser beiden Staaten; s ErwGr 82) gar nicht kommen; dem Erblasser steht es zwar frei, sein Heimatrecht – auch wenn es das eines Drittstaates ist – zu wählen (Art 22 iVm Art 20), eine Zuständigkeit der Gerichte der *lex designata* kommt jedoch nur dann in Betracht, wenn es sich bei der *lex designata* um die Rechtsordnung eines Mitgliedstaates handelt (Art 6 e contrario). Das Vereinigte Königreich, Irland und Dänemark sind für die Anwendung der Verordnung jedoch Drittstaaten.

bzw Zypern zuständig, hat es aber aufgrund einer Rechtswahl ausländisches Recht anzuwenden, so kann es, wenn nach seinem internen Recht die Bestellung eines Nachlassverwalters obligatorisch ist,⁹⁰ einen oder mehrere derartige Verwalter bestellen (Art 29 Abs 1). Die Befugnisse des Nachlassverwalters sind unterschiedlich weit gezogen, je nachdem, ob das Recht eines (anderen) Mitgliedstaates oder jenes eines Drittstaates zur Anwendung kommt.

Grundsätzlich ist ein aus dem Nachlass Berechtigter (und kein Fremdverwalter) mit der Verwaltung des Nachlasses zu betrauen und gilt für die Verwaltung in materieller Hinsicht das *von der Verordnung berufene Recht* (Art 29 Abs 1, 2).⁹¹ Nur für den Fall, dass dieses Recht den Nachlassverwalter nicht mit hinreichenden Befugnissen ausstattet, die zum Erhalt des Nachlassvermögens oder zum Schutz der Nachlassgläubiger notwendig sind, kann es diesem subsidiär die Befugnisse übertragen, die einem Verwalter nach seinem Recht zukämen (Art 29 Abs 2). Selbst bei Betrauung mit weitreichenderen Befugnissen ist der Verwalter indes gehalten, die Vorschriften des in der Hauptsache anzuwendenden Rechts im Hinblick auf den Eigentumsübergang sowie die Haftung für Nachlassverbindlichkeiten und die Rechte der Berechtigten und Verpflichteten zu berücksichtigen.⁹²

Handelt es sich bei dem anzuwendenden Recht jedoch nicht nur um ausländisches, sondern um das eines *Drittstaates*, so kann das Gericht, das den Verwalter bestellt, ihn mit *sämtlichen Befugnissen*, die ein *Verwalter nach seinem eigenem Recht* hätte, ausstatten (Art 29 Abs 3). Der Nachlassverwalter ist gehalten, die Bestimmung der aus dem Nachlass Berechtigten,⁹³ vor allem hinsichtlich ihrer Pflichtteile, nach dem in der Hauptsache anzuwendenden Recht vorzunehmen (Art 29 Abs 3).

⁹⁰ Gleichgestellt ist dem eine Pflicht des Gerichts, diesem Auftrag zu entsprechen.

⁹¹ Von ungebrochener Aktualität ist die zu diesem Problemfeld von LEHMANN (2006) aaO. Rz 322 ff, ventilierte Kritik. Der Autor macht darauf aufmerksam, dass durch eine – vermittelt der Anwendung fremden Rechts entstehende – unbeschränkte und persönliche Haftung der Erben das System der Nachlassverwaltung und des Nachlassübergangs durch personal representatives möglicherweise „eines wesentlichen Zweckes beraubt“ würde. Gleichzeitig weist der Autor auf die dadurch mögliche Wahrung des Grundsatzes der Nachlassseinheit hin.

⁹² Die Haftung der Erben kann sich freilich ändern, wenn dies eine Folge der Bestellung eines Fremdverwalters nach dem in der Hauptsache anwendbaren Recht ist; s ErwGr 44. Hier sieht auch Ena-Marlis BAJONS: Internationale Zuständigkeit. In: Martin SCHAUER – Elisabeth SCHEUBA (Hrsg.): *Europäische Erbrechtsverordnung*. Wien, Manz'sche, 2012. 29. (39. FN 20.), einiges an Anpassungsbedarf in den nationalen Rechtsordnungen.

⁹³ Wer davon umfasst ist, richtet sich nach dem gemäß der Verordnung anzuwendenden Recht; s ErwGr 47; hingewiesen wird vor allem darauf, dass die Rechtsstellung der Vermächtnisnehmer in den einzelnen Mitgliedstaaten divergierend ausgestaltet ist (unmittelbarer Anfall des Vermächtnisses respektive obligatorischer Anspruch gegen den/die Erben).

4.3.8. Reichweite des Erbstatuts – Sonstiges

Nahezu unverändert aus dem Verordnungsvorschlag übernommen wurde die Bestimmung betreffend Eingriffsnormen (Art 30), dh Bestimmungen, die die Rechtsnachfolge in gewisse unbewegliche Güter bzw Unternehmen aus wirtschaftlichen, sozialen oder familiären Erwägungen beschränken. Diese Bestimmungen beanspruchen unabhängig von dem auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendenden Recht Geltung für sich. ErwGr 54 weist nunmehr auf deren restriktive Natur hin; nicht darunter fallen etwa nationale Regelungen, die für derartige Vermögenswerte einen höheren Pflichtteil vorsehen.⁹⁴

Ist ein Nachlass nach dem Recht, das von der Verordnung zur Anwendung berufen ist, erbenlos, so kann sich – wie auch schon im Verordnungsvorschlag vorgesehen – ein Staat das auf seinem Hoheitsgebiet gelegene Nachlassvermögen aneignen. Es kommt also nicht – wie etwa nach § 29 öIPRG möglich⁹⁵ – zu einer nochmaligen „Erbensuche“ nach der *lex rei sitae*. Neu hinzugefügt wurde, dass Gläubiger dadurch nicht in ihrem Zugriff auf das gesamte wo immer befindliche Nachlassvermögen geschmälert sind (Art 33).

4.3.9. Renvoi und ordre public

Der Verordnungsvorschlag sah vor, dass das von der Verordnung bezogene Recht – und zwar unabhängig davon, ob es sich um jenes eines Mitglied- oder jenes eines Drittstaates handelte, – dessen Sachrecht sein sollte. Eine von dessen Kollisionsrecht angeordnete Rück- bzw Weiterverweisung sollte sohin unbeachtlich sein (Art 26). Der Ordnungsgeber hat die in der Lehre hierzu wiederholt geäußerte Kritik⁹⁶ und die von ihr eingemahnte Unterscheidung

⁹⁴ Ebenso sollen unterschiedliche Kollisionsnormen für bewegliches und unbewegliches Vermögen unbeachtlich sein.

⁹⁵ S. nur Michael SCHWIMANN: Kommentar zum IPRG. In: Peter RUMMEL (Hrsg.): *Kommentar zum ABGB. 3. Auflage. 2. Band / 6. Teil: IPRG, EVÜ*. Wien, Manz, 2004. II/63 (2004) Rz 1 zu § 29 (Anwendung der *lex rei sitae* nicht nur dann, wenn diese ebenso Erblosigkeit vorsieht oder den Nachlass einer Gebietskörperschaft zuweist, sondern auch, wenn nach der *lex rei sitae* doch ein gesetzliches Erbrecht anderer natürlicher Personen vorgesehen ist).

⁹⁶ Vgl. Studie 273 f. IsS BAJONS (2004) aaO. 483; dies BAJONS (2005A) i. m.508; Reinhold GEIMER: Die geplante Europäische Erbrechtsverordnung. In: Gerte REICHELT – Walter H. RECHBERGER (Hrsg.): *Europäisches Erb- und Erbverfahrensrecht. Zum Verordnungsvorschlag der Europäischen Kommission zum Erb- und Testamentsrecht*. Wien, Jan Sramek Verlag, 2011. I. (9), GEIMER (2012) aaO. 77; ebenso Erik JAYME: Zur Reichweite des Erbstatuts. In: Gerte REICHELT – Walter H. RECHBERGER (Hrsg.): *Europäisches Erb- und Erbverfahrensrecht. Zum Verordnungsvorschlag der Europäischen Kommission zum Erb- und Testamentsrecht*. Wien, Jan Sramek Verlag, 2011. 27. (30., 39. f); Peter KINDLER: Vom Staatsangehörigkeits-

zwischen den Rechtsfolgen einer Bezugnahme auf mitgliedstaatliches und einer solchen auf drittstaatliches Recht aufgegriffen. Art 34 Abs 1 sieht nunmehr ausdrücklich vor, dass ein Verweis auf das Recht eines Drittstaates (s Art 20) grundsätzlich als solcher zugunsten dessen Sach- und Kollisionsrechts zu verstehen ist. Dies allerdings nur insoweit, als das Internationale Privatrecht des Drittstaates entweder einen Verweis zugunsten des Rechts eines Mitgliedstaates ausspricht oder es auf das Recht eines anderen Drittstaates verweist und der andere Drittstaat den Verweis annimmt (also sein eigenes Recht anwendet). Damit eröffnet der Ordnungsgeber auch für die Fälle, in denen das Gericht eines Mitgliedstaates seine Zuständigkeit auf Grundlage von Art 10 oder Art 11 in Anspruch nimmt, die Möglichkeit für einen Gleichlauf von *forum* und *ius* (wenn das Kollisionsrecht des Drittstaates etwa auf die *lex rei sitae* oder auf das Heimatrecht zurückverweist und der Erblasser dieses gewählt hat⁹⁷) – zwingend kommt es zu einem solchen freilich nicht.⁹⁸

E contrario folgt aus Art 34, dass eine Bezugnahme auf das Recht eines Mitgliedstaates (Art 21) stets als Sachnormweisung zu verstehen ist. Liegt der Grund für die Anwendung des Rechts eines Drittstaates jedoch in einer Rechtswahl des Erblassers oder ist er das Ergebnis der Anwendung der Ausweichklausel (Art 21 Abs 2), sind Rück- bzw Weiterverweisung nicht zu beachten (Art 34 Abs 2).

Wie bereits im Verordnungsvorschlag findet sich der materielle *ordre public*-Vorbehalt (Art 35) auch im Text der Verordnung wieder, ergänzt um das Kriterium der „Offensichtlichkeit“. Nicht übernommen wurde hingegen die in Abs 2 des

zum Domizilprinzip: das künftige internationale Erbrecht der Europäischen Union. *IPRax*, 2010/1. 44. (48); MANSEL (2006) aaO. 185. (215); idS wohl auch Thomas RAUSCHER aaO. Rz 45; Rembert SÜSS: Der Vorschlag der EG-Kommission zu einer Erbrechtsverordnung (Rom IV-Verordnung) vom 14. Oktober 2009. *ZErB*, 2009/12. 342. (344); VÉKÁS aaO. 41. (46); Rolf WAGNER: Der Kommissionsvorschlag vom 14. 10. 2009 zum internationalen Erbrecht: Stand und Perspektiven des Gesetzgebungsverfahrens. *DNotZ*, 2010/7. 506. (516). Siehe auch MPI aaO. Rz 241 f sowie den ersten Lechner-Bericht (Änderungsantrag Nr 75; zu Art 26). Die im endgültigen Text der Verordnung angeordnete Zulassung des *renvoi* begrüßen etwa Ulrich SIMON – Markus BUSCHBAUM: Die neue EU-Erbrechtsverordnung. *NJW*, 2012/33. 2393. (2396).

⁹⁷ Der von Art 34 Abs 1 lit a geregelte Fall des Rückverweises auf das Recht eines Mitgliedstaates wird – wie Ena-Marlis BAJONS: Die EU-ErbrechtsVO: Gleichlauf und Auseinanderfall von *forum* und *ius* im Wechselspiel mit Drittstaaten. In: Jürgen STAMM (Hrsg.): *Festschrift für Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Helmut Rießmann zum 70. Geburtstag*. Saarbrücken, juris, 2013. 751. (758) betont – als solcher auf das *Sachrecht* dieses Mitgliedstaates, nicht einschließlich dessen Kollisionsrechts, zu verstehen sein, weil andernfalls in aller Regel – über Art 21 Abs 1 – wiederum auf das Recht des Drittstaates zurückverwiesen würde.

⁹⁸ Näher hierzu BAJONS aaO. 758.

Vorschlags (s Art 27 des Vorschlags) enthaltene Einschränkung.⁹⁹ Nach dieser hätte eine Berufung auf den *ordre public* ausgeschlossen sein sollen, wenn sich die Regelung des Pflichtteilsanspruchs nach dem Recht des angerufenen Gerichts von der des tatsächlich anwendbaren Rechts unterscheidet. Die Streichung der in Art 27 Abs 2 des Vorschlags enthaltenen Einschränkung berechtigt mE zu der Annahme, dass unterschiedliche Pflichtteilsregelungen eine Berufung auf den *ordre public* (und damit die Versagung der Anwendung bestimmter nationaler Bestimmungen) rechtfertigen können.¹⁰⁰ Dies gleichwohl nicht unumschränkt, sondern nur dann, wenn die *lex causae* überhaupt keinen Pflichtteilsanspruch oder zumindest kein dem Pflichtteilsanspruch gleichzuhaltendes Äquivalent¹⁰¹ vorsieht.¹⁰² In jedem Falle ist vom *ordre public*-Vorbehalt „sparsamster Gebrauch

⁹⁹ Für eine Streichung des Art 27 Abs 2 etwa auch VÉKAS aaO. 56.; Elisabeth SCHEUBA: Generationenübergreifender Vermögenstransfer jenseits des Erbrechts. In: Constanze FISCHER-CZERMAK – Gerhard HOPF – Georg KATHREIN – Martin SCHAUER (Hrsg.): *Festschrift 200 Jahre ABGB*. Wien, Manz'sche, 2011. 1409. (1431).

¹⁰⁰ So – unter Berufung auf die diesbezügliche Rspr des deutschen BVerfG (Mindestbeteiligung der Kinder am Nachlass als Grundrecht) – ebenfalls DÖRNER: EuErbVO: Die Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht ist in Kraft. *ZEV* 2012. 505. (512). AA A. STEINER: *NZ* 2012, 111. Ebenso gegenteiliger Ansicht FISCHER-CZERMAK: Anwendbares Recht. In: SCHAUER – SCHEUBA (Hrsg): *Erbrechtsverordnung*. 54. („Anwendung fremden Rechts muss im konkreten Fall ein geradezu unerträgliches Ergebnis nach sich ziehen“). S zum englischen System der Mindestteilhabe am Vermögen des Erblassers statt aller Anne RÖTHEL: Familiäre Vermögensteilhabe im englischen Recht: Entwicklungen und Erklärungsversuche. *RebelsZ*, 2012/1. 132. (148 ff), die die gemeinhin vertretene Theorie, ein Pflichtteilsrecht wäre dem englischen Recht fremd, anschaulich widerlegt.

¹⁰¹ S jüngst für eine Berücksichtigung von „Kompensationen etwa durch familienrechtlich zu qualifizierende Institute“ etwa WILKE aaO. 607., der gleichwohl nur von „anderen“ Pflichtteilsregelungen spricht und offenlässt, ob das gänzliche Fehlen von Pflichtteilsansprüchen – infolge der Streichung der oben erwähnten Vorbehaltsklausel – eine Berufung auf den *ordre public* rechtfertigen kann. Dies ist jedoch weder in Rspr noch in Lehre unumstritten; s etwa nur die Nachweise bei Gerhard KÖBLER – Meinhard HEINZE – Wolfgang HROMADKA (Hrsg): *Europas universale rechtsordnungs-politische Aufgabe im Recht des dritten Jahrtausends: Festschrift für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag*. München, C.H. Beck, 2000. 589. (605).

¹⁰² Die Versorgungsfunktion des Pflichtteils ist – in den Worten HAAS' (Ulrich HAAS: Ist das Pflichtteilsrecht verfassungswidrig? *ZEV* 2000/7. 249 [252]) – „in vielen Fällen gemindert, nicht aber aufgehoben“; ebenso Elisabeth SCHEUBA: Reformen im Erbrecht – Einzelne Anmerkungen dazu aus der Rechtspraxis. In: *Verhandlungen des Siebzehnten Österreichischer Juristentag. Zivilrecht. Die Reform des Österreichischen Erbrechts. Referate und Diskussionsbeiträge. II/2*. 106. (113, 121), die die innerfamiliäre Ausgleichsfunktion als heutzutage vordergründig und damit als legitime Basis für eine Einschränkung der Testierfreiheit erachtet.

zu machen“,¹⁰³ weil keine Rechtsordnung als der anderen überlegen betrachtet werden kann.¹⁰⁴

Wenngleich die Bedeutung des *ordre public* im Unionsgebiet gering sein wird, ist sie gleichwohl nicht überflüssig: Nach Art 20 findet das Recht des letzten gewöhnlichen Aufenthalts des Erblassers ja auch dann Anwendung, wenn es dasjenige eines Drittstaates ist.¹⁰⁵ Dazu kann es nicht nur im Wege der Rechtswahl kommen (Art 22), sondern auch, wenn grundsätzlich das Gericht eines Drittstaates zuständig wäre, sich ein mitgliedstaatliches Gericht jedoch im Wege der subsidiären (Art 10) oder der Notzuständigkeit (Art 11) für kompetent erklärt (was nicht notwendigerweise zur Anwendung des materiellen Rechts des *Forumstaates* führt!).^{106,107}

Für derartige Konstellationen ist die Beibehaltung eines *ordre public*-Vorbehalts unerlässlich – dies vor allem im Hinblick auf Rechtsordnungen, die erbrechtliche Ansprüche etwa vom Geschlecht des Erben¹⁰⁸ abhängig machen oder solche, die die eheliche Geburt zur Voraussetzung für die gleiche Höhe erbrechtlicher Ansprüche erklären,¹⁰⁹ ferner in Fällen, in denen etwa die noch in aufrechter Ehe lebende Ehefrau des Erblassers ihre erbrechtlichen Ansprüche zugunsten einer neuen Ehepartnerin des Erblassers (die der Erblasser nach einer anderen Rechtsordnung – vielleicht sogar rechtmäßig – geheiratet hat) verliert.¹¹⁰

¹⁰³ Bea VERSCHRAEGEN: Kommentar zum IPRG. In: Peter RUMMEL (Hrsg.): *Kommentar zum ABGB*. 3. Auflage. 2. Band / 6. Teil: IPRG, EVÜ. Wien, Manz, 2004. ABGB II/63 (2004) § 6 IPRG Rz 1.

¹⁰⁴ S nur VERSCHRAEGEN aaO. § 6 IPRG Rz 1.

¹⁰⁵ Vgl MANSSEL (2006) aaO. 217.; DÖRNER (2005C) aaO. 226; GEIMER (2011) aaO. 9; s auch TORF–VAN SOEST aaO. 1445. unter Hinweis auf die in islamisch geprägten Staaten anzutreffende erhebliche Einschränkung des Erbrechts des überlebenden Ehepartners.

¹⁰⁶ S auch BAJONS (2013) aaO. 757.

¹⁰⁷ Und zu einer Verschiebung der Zuständigkeit kommt es ja nur im Wege einer Gerichtsstandsvereinbarung (Art 5, 6 lit b) und nur dann, wenn das gewählte Recht das eines Mitgliedstaates ist.

¹⁰⁸ Vgl Hélène GAUDEMET-TALLON: Quelques réflexions sur les propositions concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière successorale dans l'Union européenne. In: DEUTSCHES NOTARINSTITUT (Hrsg.): *Les Successions Internationales dans l'UE. Perspectives pour une Harmonisation*. Würzburg, Deutsches Notarinstitut, 2004. 445. (455. f), die hier allerdings den anerkennungsrechtlichen ordre public-Vorbehalt vor Augen hat: « ... important que le juge de l'État requis puisse éventuellement faire valoir son ordre public contre une décision rendue par le juge de l'État d'origine. ».

¹⁰⁹ S. Studie 252; ferner Robert FUCIK: Anerkennung und Vollstreckung. In: Martin SCHAUER – Elisabeth SCHEUBA (Hrsg.): *Europäische Erbrechtsverordnung*. Wien, Manz'sche, 2012. 57. (63. FN. 18.)

¹¹⁰ S hierzu OGH 11.11.1992, 1 Ob 524/92 = ZfRV, 1993/47 = EFSlg 70.419 sowie Ena-Marlis BAJONS: Die OGH-Judikatur zur internationalen Nachlassabwicklung im Lichte des neuen

Maßgeblich ist dabei nicht die Regelung des ausländischen Rechts an sich, sondern das durch sie herbeigeführte Ergebnis.¹¹¹ Vorauszusetzen ist in jedem Fall freilich ein entsprechender Nahebezug zum Inland. Auf diesem Wege ließen sich mE auch jene Fälle, in denen der Erblasser – etwa nach islamischem Recht – trotz aufrechter, im Unionsgebiet geschlossener Ehe eine zweite Ehe eingegangen ist, in den Griff bekommen. Demnach könnten evtl die Bestimmungen islamischen Rechts, die für die erbrechtliche Beteiligung sämtlicher Ehefrauen am Nachlass gelten, angewandt werden, unter der Voraussetzung, dass die noch in aufrechter Ehe lebende erste Ehefrau denselben Teil zugesprochen bekäme.¹¹² Die Bestimmung müsste daher allenfalls dahingehend reduziert werden, dass nicht nur jene Ehefrauen, die nach islamischem Ritus angetraut wurden, aus dem Nachlass berechtigt sind.

4.4. Anerkennung und Vollstreckung

4.4.1. Gerichtliche Entscheidungen

Die Bestimmungen über die Anerkennung von Entscheidungen wurden inhaltlich unverändert in den Text der Verordnung übernommen (Art 39). Allerdings nimmt die EuErbVO von einem bloßen Verweis auf die Brüssel I-VO Abstand und schafft eigene Regelungen (allerdings nur für die Vollstreckung, Art 44 bis 58). Die Gründe für die Versagung der Anerkennung fanden gleichlautend Eingang in die Verordnung (Art 40). Festgehalten wird am Verbot der *révision au fond* (Art 41). Wie auch im Bereich der Brüssel I-VO handelt es sich bei der Vollstreckbarerklärung in erster Instanz um ein einseitiges Verfahren: Die Entscheidung wird unverzüglich für vollstreckbar erklärt (Art 48); dem Antragsgegner kommt erst im Nachhinein die Möglichkeit zu, binnen 30 bzw 60 Tagen ab Zustellung einen Rechtsbehelf gegen die Vollstreckbarerklärung einzulegen (Art 50).

AußStrG und AußStr-BegleitG (Teil II) – Die Geltendmachung erbrechtlicher Ansprüche bei Belegenheit des Nachlassvermögens in mehreren Staaten, NZ, 2005/18.

¹¹¹ S nur VERSCHRAEGEN (2004) aaO. § 6 IPRG Rz 3. Ein Verstoß gegen die inländische öffentliche Ordnung zieht nicht die gänzliche Ersetzung der anzuwendenden ausländischen Rechtsvorschriften nach sich, sondern bloß des Teilbereiches, durch den die öffentliche Ordnung tangiert ist; s VERSCHRAEGEN aaO. (2004) § 6 IPRG Rz 6.

¹¹² IdS wohl auch VERSCHRAEGEN (2004) aaO. § 6 IPRG Rz 3, nach der zwar die Eingehung einer Mehrehe (bei entsprechendem Inlandsbezug) gegen den österreichischen ordre public verstößt, nicht notwendigerweise jedoch die Zuerkennung von Unterhaltsansprüchen an sämtliche Ehefrauen.

4.4.2. Öffentliche Urkunden

Die unveränderte Übertragung der für gerichtliche Entscheidungen vorgesehenen Anerkennungsbestimmungen auf öffentliche Urkunden entfachte in der Lehre heftige Kritik.¹¹³ Der Verordnungsgeber hat darauf entsprechend reagiert und Art 34 des Vorschlags gänzlich umformuliert.¹¹⁴ Die entsprechende Bestimmung findet sich nun unter dem Titel der „Annahme öffentlicher Urkunden“ wieder (Art 59). Vermieden werden sollte damit – unter dem Deckmantel der Anerkennung –, die Kollisions- (und auch materiellen) Vorschriften des Zweitstaates zu unterlaufen und dessen rechts- und ordnungspolitische Vorstellungen in Frage zu stellen.¹¹⁵ Die Frage nach der Gültigkeit und der Wirkungen des in einer Urkunde bezeugten Rechtsgeschäfts bzw Rechtsverhältnisses muss sich auch weiterhin nach dem von den Kollisionsnormen berufenen Recht richten.¹¹⁶ Auf den Zweitstaat erstreckt wird ausschließlich die formelle Beweiskraft. Die Urkunde entfaltet im Zweitstaat die gleiche formelle Beweiskraft oder die am

¹¹³ Die Bestimmung war im Kommissionsvorschlag als „Anerkennung“ titulierte. Bei öffentlichen Urkunden gibt es – mangels entscheidungsgleicher Wirkungen – nichts anzuerkennen. Darauf haben Walter H. RECHBERGER: *Die Europäische öffentliche Urkunde – ein Eckpfeiler der vorsorgenden Rechtspflege?* In: Walter H. RECHBERGER (Hrsg.): *Brücken im europäischen Rechtsraum. Europäische öffentliche Urkunde und Europäischer Erbschein*. Nachlasszeugnis und seine Wirkungen. *ÖJZ*, 2012/1. 14. (19); ders., sowie Marius KOHLER – Markus BUSCHBAUM: Die „Anerkennung“ öffentlicher Urkunden? – Kritische Gedanken über einen zweifelhaften Ansatz in der EU-Kollisionsrechtsvereinheitlichung. *IPRax*, 2010/4. (2010A) 313. (314); Marius KOHLER – Markus BUSCHBAUM: La «reconnaissance» des actes authentiques prévue pour les successions transfrontalières. *Rev crit DIP*, 2010/4. (2010B) 629. (643); Marius KOHLER – Markus BUSCHBAUM: Vereinheitlichung des Erbkollisionsrechts in Europa. Zweiter Teil. (Fortsetzung von Heft 3/2010) – Eine kritische Würdigung des Kommissionsvorschlags zur Erbrechtsverordnung *GPR*, 2010/4. (2010C) 162. (164. f); Thomas TRAAAR: Zum Verordnungsvorschlag aus österreichischer Sicht. In: Gerte REICHELT – Walter H. RECHBERGER (Hrsg.): *Europäisches Erb- und Erbverfahrensrecht. Zum Verordnungsvorschlag der Europäischen Kommission zum Erb- und Testamentsrecht*. Wien, Jan Sramek Verlag, 2011. 85. (105); SÜSS: *ZErb* 12/2009, 347. („Fremdkörper von zweifelhafter Bedeutung“); MPI: *Comments Rz 255* eingehend hingewiesen. Für eine präzisere Formulierung des Normtexts – vor allem im Hinblick auf die von der Anerkennung der Bestimmung umfassten Rechtsbereiche – Wolfgang FABER – Stefan GRÜNBERGER: Vorschlag der EU-Kommission zu einer Erbrechts-Verordnung. *NZ*, 2011/25. 97. (111).

¹¹⁴ Was von der Lehre zustimmend gewürdigt wurde; s nur SIMON – BUSCHBAUM aaO. 2397; BUSCHBAUM aaO. 601.

¹¹⁵ Siehe hierzu nur etwa Heinz-Peter MANSEL: Kritisches zur „Urkundsinhaltsanerkennung“, *IPRax* 2011. 341 f; Susanne FRODL: Absicherung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten versus Eingriff in die materiellen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten – Zum Grünbuch: Den freien Verkehr öffentlicher Urkunden und die Anerkennung der Rechtswirkungen von Personenstandsurkunden erleichtern. *NZ*, 2012/5. (2012B) 139.

¹¹⁶ S näher MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW aaO. Rz 259 f.

ehesten damit vergleichbaren Wirkungen (über Antrag kann die ausstellende Behörde die Beweiskraft, die der Urkunde im Ursprungsstaat zukommt, für die Verwendung im Zweitstaat mittels des in Art 81 Abs 2 vorgesehenen Formblattes beschreiben). Auch hier findet sich die *ordre public*-Schranke wieder. Art 74 hält überdies fest, dass es im Anwendungsbereich dieser Verordnung keiner Legalisation oder Apostille bedarf.

Werden gegen die Urkunde Einwände erhoben, so ist zu unterscheiden: Wird die Echtheit der Urkunde in Frage gestellt, so haben hierüber die Gerichte des Ursprungsmitgliedstaats zu befinden. Maßgeblich ist deren eigenes Recht (Art 59 Abs 2).¹¹⁷ Ist es hingegen um die materielle Gültigkeit der Urkunde bestellt, also um Einwände, die sich gegen das in der Urkunde bezeugte Rechtsgeschäft oder Rechtsverhältnis richten,¹¹⁸ ist hierfür das nach der Verordnung zuständige Gericht berufen (Art 59 Abs 3). Dieses hat – grundsätzlich – nach dem gemäß Kapitel III anzuwendenden Recht darüber zu entscheiden (Art 59 Abs 3).

4.5. Das Europäische Nachlasszeugnis

4.5.1 Allgemeines

Es erstaunt nicht, dass – trotz umfangreicher Kritik aus der Lehre – am Projekt des Europäischen Nachlasszeugnisses festgehalten wurde.¹¹⁹ Die Kritik der Lehre galt vordergründig dem Eingriff in die materiellen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, der sich vor allem durch die autonom definierten Wirkungen des Zeugnisses, nicht zuletzt durch die Möglichkeit zu seiner Verwendung auch im Ausstellungsstaat vollzieht.

Warum bedarf es eines einheitlichen europäischen Erbrechtsnachweises? Nach derzeitigem Recht nehmen manche (wenn nicht sogar viele) Mitgliedstaaten eine ausschließliche Zuständigkeit für die Abhandlung der (zumindest unbeweglichen) Vermögenswerte für sich in Anspruch, die auf ihrem Hoheitsgebiet belegen sind. Höchst unterschiedlich geregelt ist die Art des Erbschaftserwerbs: Während sich dieser in manchen Mitgliedstaaten *ipso iure* im Zeitpunkt des Erbanfalls vollzieht,

¹¹⁷ Der Begriff der Authentizität sollte autonom ausgelegt werden und nicht nur die Echtheit, sondern auch die Formerfordernisse für die Urkunde, die Befugnisse der Behörde und das zur Ausstellung einer solchen Urkunde erforderliche Verfahren betreffen (ErwGr 62).

¹¹⁸ Angesprochen sind hier etwa Fragen im Zusammenhang mit der Verteilung des Nachlasses, in Bezug auf eine letztwillige Verfügung und die daraus resultierende Bestimmung der Berechtigten (s ErwGr 63).

¹¹⁹ S. auch SCHAUER: Europäisches Nachlasszeugnis. In: Martin SCHAUER – Elisabeth SCHEUBA (Hrsg): *Europäische Erbrechtsverordnung*. Wien, Manz'sche, 2012. (2012C) 73. (74).

sehen andere Rechtsordnungen die Verteilung des Vermögens durch einen Nachlassverwalter oder die Durchführung eines gerichtlichen Verfahrens, das die Grundlage für die Inbesitznahme der Vermögensgegenstände bildet, vor.¹²⁰ Dies führt dazu, dass die Erbnachweise eine unterschiedliche Ausgestaltung erfahren und ihnen Wirkungen zukommen, die mitunter erheblich voneinander abweichen (konstitutiv/deklarativ).¹²¹ Die Beweiswirkung endet an den Grenzen des Staates, der die Bescheinigung ausstellt.¹²² Die Erbensprecher kommen daher vielerorts nicht darum umhin, in dem Staat, in dem die Nachlassgegenstände belegen sind, entsprechende Anpassungs- bzw Ergänzungsverfahren zu durchlaufen.¹²³ Das Europäische Nachlasszeugnis (im Folgenden: ENZ) möchte dagegen Abhilfe bieten.

4.5.2. Das Europäische Nachlasszeugnis im Detail

Das ENZ will es Erben, Vermächtnisnehmern,¹²⁴ Testamentsvollstreckern und Nachlassverwaltern ermöglichen, ihre Rechtsstellung (und gegebenenfalls die Zuweisung der ihnen zugedachten Vermögenswerte) in einem anderen Mitgliedstaat auf unkomplizierte Weise zu bezeugen (Art 63). Nachlassgläubiger werden von der Verordnung nicht genannt.¹²⁵ Zur Ausstellung sind nicht nur Gerichte ieS befugt, sondern – im Einklang mit dem weiten Gerichtsbegriff der Verordnung (Art 3 Abs 2) – auch andere Behörden, etwa Notare, soweit dies nach dem internen Recht des international zuständigen Staates vorgesehen ist (ErwGr 70; Art 64). Welche Behörden dies jeweils sind, ist der Kommission mitzuteilen

¹²⁰ S Studie 289 f. So etwa in Österreich, wo sich die Übertragung des Nachlasses im Zuge des gerichtlichen Einantwortungsverfahrens vollzieht (s § 797 ABGB).

¹²¹ Vgl. DÖRNER–HERTEL–LAGARDE–RIERING aaO. 7; Christian HERTEL: *Unterschiedliche Notariatssysteme in Europa und die künftige Europäische Erbrechtsverordnung. Vortrag bei der Budapester Tagung am 28.3.2011*. Ein Überblick findet sich bei Theresia SCHUR: *Zur Idee eines Europäischen Erbscheins aus österreichischer Sicht*. (Dissertation 2008) 47. ff.

¹²² S die vorige FN sowie RECHBERGER (2012) aaO. 14 FN 4.

¹²³ Vgl Studie 218, 289 f. Das MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW aaO. Rz 264, spricht zurecht davon, dass „a certificate of inheritance issued under national law [...] will normally be downgraded to a simple component of evidence which can be useful, but is generally not sufficient to prove the quality of being a heir“. Das MPI steht der Einführung eines ENZ im Grundsatz positiv gegenüber (s Rz 265, 270).

¹²⁴ Allerdings nur solche, die unmittelbar aus dem Nachlass berechtigt sind, wohl also nur Vindikationslegatäre (s auch ErwGr (47), wo ausdrücklich auf die unterschiedlichen Formen des Legats hingewiesen wird).

¹²⁵ Auch diese sollen – sofern sie das ENZ für die Vollstreckung im Ausland benötigen – nach deutschem Recht antragslegitimiert sein; s, Markus BUSCHBAUM – Ulrich SIMON: Das Europäische Nachlasszeugnis. *ZEY*, 2012/10. 525.

(ErwGr 70). Diskutiert wird in der Lehre die Zentralisierung der Zuständigkeit zur Ausstellung der ENZ¹²⁶ eine solche ist mE jedoch abzulehnen.¹²⁷ Die zuständige Behörde hat die Voraussetzungen für die Ausstellung des Zeugnisses von Amts wegen zu prüfen (worunter wohl ein Hinweis auf den im Ausstellungsverfahren geltenden Untersuchungsgrundsatz zu erblicken ist).¹²⁸

Die von der Lehre vorgebrachte Kritik wurde vom Verordnungsgeber aufgegriffen und ausdrücklich festgehalten, dass das ENZ zur Verwendung in einem anderen Mitgliedstaat bestimmt ist (Art 62 Abs 1). Allerdings: Sobald das ENZ für den grenzüberschreitenden Gebrauch ausgestellt wurde, löst es auch im Ursprungsstaat die in Art 69 statuierten Rechtsfolgen aus (Art 62 Abs 3).¹²⁹ Darauf wurde bereits im Verordnungsvorschlag hingewiesen. Das ENZ soll eine Vereinfachung für den grenzüberschreitenden Rechtsverkehr bieten, tritt aber nicht an die Stelle nationaler Erbrechtsnachweise (Art 62 Abs 3; ErwGr 67), seine Verwendung ist nicht obligatorisch (Art 62 Abs 2). Daraus folgt, dass ausländische

¹²⁶ Dieser Vorschlag findet sich jüngst bei SCHAUER (2012C) aaO. 86. Diesen Weg hat der österreichische Gesetzgeber etwa für die Durchführung Europäischer Mahnverfahren (Verordnung [EG] Nr 1896/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens, ABl 2006 L 399/1) beschritten (s nur § 252 Abs 2 öZPO). Unstrittig ist die Zulässigkeit einer solchen Verfahrensweise jedoch nicht; Walter H. RECHBERGER: Die Verordnung Nr. 1896/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens. In: Stefan LEIBLE – Jörg Philipp TERHECHTE (Hrsg.): *Enzyklopädie des Europarechtes, Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht. Band III*. Baden-Baden, Nomos, 2013. S. 21. Rz 21 mwN.

¹²⁷ Gewiss ließe der Wortlaut des Art 64 („in dem Mitgliedstaat ausgestellt, dessen Gerichte nach den Artikeln [...] zuständig sind“, Hervorhebung von mir) eine derartige Zuständigkeitskonzentration zu. Dafür spräche auch die Möglichkeit einer entsprechenden Spezialisierung des Gerichtspersonals – und damit verbunden – eine effizientere und effektivere Abwicklung des Ausstellungsverfahrens. Letzteres Argument müsste jedoch auch für die Europäische Bagatellverordnung (Verordnung [EG] Nr 861/2007 zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen, ABl 2007 L 1999/1) Gültigkeit beanspruchen. Und für dieses wurde eine solche Zuständigkeitskonzentration – zumindest vom österreichischen Gesetzgeber – nicht normiert (s § 548 öZPO), wiewohl das für § 252 Abs 2 gebrauchte Argument, die zentralisierte Zuständigkeit solle ausländischen Rechtssuchenden, die keiner Vertretung bedürfen, erleichtern, ihre Rechte zu verfolgen (ErlRV 89 BlgNR 24. GP 12), auch hier gelten müsste (s Art 10 EuBagVO). Nicht zuletzt gegen eine Zuständigkeitskonzentration spricht die ohnehin schon aufwändige Ausgestaltung des Prüfungsverfahrens (Art 66).

¹²⁸ Offenlassend Martin SCHAUER: Europäisches Nachlasszeugnis. *EF-Z*, 2012/154. (2012D) 245. (248); SCHAUER (2012c) aaO. 88. („kann das Recht der MS bestimmen, ob für die Überprüfung der Angaben des ASt der Untersuchungsgrundsatz gilt“). Ebenso BUSCHBAUM–SIMON aaO. 525, die davon sprechen, dass das Prüfungsverfahren „in die mitgliedstaatlichen Verfahren über die Erteilung eines nationalen Erbnachweises eingebettet“ ist.

¹²⁹ Daran entzündeten sich – mE durchaus berechtigte – kompetenzrechtliche Bedenken. Für eine Vereinbarkeit mit dem in Art 5 Abs 3 EUV enthaltenen Subsidiaritätsgrundsatz offenbar WILKE aaO. 608. (Gefahr der Unvereinbarkeit scheint dadurch gebannt, dass das Zeugnis erst dann Wirkung im Inland entfaltet, wenn es für den grenzüberschreitenden Rechtsverkehr ausgestellt wurde).

Behörden verpflichtet sind – auch im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr – nationale Entscheidungen, öffentliche Urkunden oder Vergleiche zum Nachweis der Rechtsstellung des jeweiligen Berechtigten zu akzeptieren (ErwGr 69).

Nachdem sich der Erbschaftserwerb in gewissen Mitgliedstaaten gegenwärtig kraft eines besonderen Verfahrens – in Österreich etwa kraft Einantwortung (§ 797 ABGB) – vollzieht, und die in diesem Verfahren ergangene Entscheidung den Rechtsgrund für den Erwerb der Erbschaft darstellt (sich der Erbschaftserwerb also nicht bereits mit Erbanfall *ipso iure* vollzieht), war der Ordnungsgeber gefordert, hierfür im Bereich des ENZ Rechnung zu tragen. Nach ErwGr 68 soll die das ENZ ausstellende Behörde allfällige Formalitäten beachten, die nach dem Recht des Registerortes für unbewegliche Sachen vorgeschrieben sind. Offen bleibt nicht nur, in welcher Form (ENZ unter Vorbehalt) sich dies vollziehen soll,¹³⁰ sondern auch, ob die nationalen Eigenheiten auf diese Weise wirklich vollumfänglich gewahrt werden können oder ihnen zumindest in hohem Maße entsprochen wird.

Einen wesentlichen Kritikpunkt im Zuge der Beratungen bildeten auch die weitreichenden Wirkungen, die dem ENZ zgedacht sind. Die Bestimmungen wurden dennoch inhaltlich beibehalten, textlich jedoch modifiziert und ergänzt. Grundlage für sämtliche weitere Wirkungen des ENZ stellt die in Art 69 Abs 2 enthaltene Richtigkeitsvermutung dar.¹³¹ Festgehalten wird nunmehr, dass diese nicht mehr für den *Inhaber* des ENZ gilt, sondern für denjenigen, der im ENZ *genannt*, also daraus berechtigt ist. Strittig ist, ob die Vorlage des ENZ eine Voraussetzung für die Schutzwürdigkeit des Dritten (und zwar sowohl hinsichtlich des rechtsgeschäftlichen Erwerbs als auch hinsichtlich der Befugnisse des Testamentsvollstreckers oder Nachlassverwalters) bildet bzw Grundlage für eine schuldbefreiende Leistung darstellt. ME wird dies – vor allem in Anbetracht der umfangreichen Wirkungen, die das ENZ entfaltet – zu bejahen sein.¹³²

¹³⁰ Der Ordnungsgeber beschränkt sich auf die Aussage, dass derartige Formalitäten im Wege des Informationsaustausches zu klären sind.

¹³¹ ErwGr 71 führt beispielsweise die materielle Wirksamkeit einer letztwilligen Verfügung an, nicht jedoch Status- oder Eigentumsfragen hinsichtlich der Nachlassgegenstände. Kritisch zu diesen autonomen Beweislastregeln Lena KUNZ: Die neue Europäische Erbrechtsverordnung – ein Überblick (Teil II.) *GPR*, 2012/5. 253. (257).

¹³² Ebenso SCHAUER (2012D) aaO. 250.; SCHAUER (2012C) aaO. 93. AA hingegen BUSCHBAUM–SIMON aaO. 528., unter Berufung auf den Wortlaut des Art 69 Abs 4; BUSCHBAUM aaO. 599.; Aikaterini KOUSOULA: *Europäischer Erbschein – Vorschläge auf der Basis einer rechtsvergleichenden Untersuchung der deutschen und griechischen Regelung*. Baden-Baden, Nomos, 2009. 314., die die Kenntnis des Dritten von der Ausstellung eines Erbscheins als ausreichend erachtet sowie das MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW aaO. Rz 320.

Das Zeugnis entfaltet in sämtlichen Mitgliedstaaten dieselben Wirkungen, stellt jedoch keinen vollstreckbaren Titel dar (ErwGr 71). Abs 3 und 4 normieren – ebenfalls inhaltlich unverändert – die Gutgläubenswirkung¹³³ des Zeugnisses, Abs 5 die Legitimationswirkung. Der Verordnungstext präzisiert nunmehr, dass es sich beim ENZ nicht um einen gültigen Titel, sondern um ein für die Eintragung des Nachlassvermögens „wirksames Schriftstück“ handelt, vorbehaltlich – auch das ist neu – der in Art 1 Abs 2 lit k und l enthaltenen Bestimmungen (Abs 5).

Nachdem die kurze zeitliche Befristung – die im Übrigen von der innerstaatlichen (etwa österreichischen Rechtslage) abweicht¹³⁴ – auf Kritik in der Lehre stieß,¹³⁵ sieht die Verordnung nunmehr eine Verlängerung vor: Das ENZ gilt für einen Zeitraum von sechs Monaten (Art 70 Abs 3).¹³⁶ Als Rechtsbehelfe gegen die Ausstellung des ENZ kommen Berichtigung (von Schreibfehlern), Änderung bzw Widerruf des ENZ (im Fall inhaltlicher Unrichtigkeiten) in Betracht (Art 71).

¹³³ Nicht nur Wissenlichkeit, sondern bereits grobe Fahrlässigkeit des Vertragspartners erschüttert den guten Glauben. Hierin zeigt sich eine Divergenz zur bisherigen (etwa österreichischen) innerstaatlichen Rechtslage; s nur SCHAUER (2012C) aaO. 95 mwN. Kritisch zur abgeschwächten Gutgläubenswirkung des ENZ BUSCHBAUM aaO. 600, 603 f, nach dem der gute Glaube erst bei Kenntnis des Dritten hätte entfallen sollen (weiterreichende Gutgläubenswirkung „hätte die Akzeptanz dieses neuen Instruments [...] erheblich gefördert. [...] In diesem Sinne fördert Art. 59 ErbRVO die Zirkulation nationaler Erbnachweise mit starken Gutgläubenswirkungen“).

¹³⁴ S nur SCHAUER aaO. 95.

¹³⁵ Eine derart kurze Frist wurde mehrheitlich abgelehnt; vgl. etwa FABER–GRÜNBERGER aaO. 113.; Wolfgang FABER: Der aktuelle Vorschlag einer EU-Verordnung für Erbsachen – ein Überblick. *JEV*, 2010/1. 42. (50), RUDOLF aaO. 362; R. WAGNER aaO. 518. Generell für eine zeitliche Beschränkung RECHBERGER (2009) aaO. 81. Für eine Befristung auch SCHAUER (2012D) aaO. 249.

Die Neufassung begrüßt auch STEINER aaO. 112. Dagegen etwa Knut Werner LANGE: Das geplante Europäische Nachlasszeugnis. *DNotZ*, 2012/3. 168. (178), der die nunmehrige Ausdehnung der Frist auf sechs Monate als „unverständlich“ bezeichnet. Bereits eine dreimonatige Frist – könnte doch der unrichtigerweise im Zeugnis genannte Erbe bereits innerhalb dieses Zeitraums einen großen Teil des Nachlasses an sich bringen – würde sich wohl nicht unbedingt als missbrauchsresistent darstellen; idS auch SÜSS aaO. 347.

¹³⁶ Davon kann allerdings in begründeten Ausnahmefällen abgewichen und eine längere Frist festgelegt werden (Art 70 Abs 3).

4.5.3. Das Wechselspiel zwischen Europäischem Nachlasszeugnis und nationalen Erbrechtsnachweisen

Nach wie vor nicht restlos geklärt bleibt das Verhältnis zwischen nationalen Erbrechtsnachweisen und dem Europäischen Nachlasszeugnis. Hier lassen sich zwei Bereiche ausmachen: Probleme, die sich aus der unterschiedlichen Reichweite der Wirkungen, die nationalen Erbrechtsnachweisen einerseits, und dem ENZ andererseits, zukommen¹³⁷ und die Frage der Verfahrensweise im Falle einer Konkurrenz mehrerer ENZ oder mehrerer nationaler Erbrechtsnachweise miteinander. Von besonderer Relevanz ist die Frage, ob ein Gericht, das bereits ein – sei es, nationales, sei es Europäisches – Nachlasszeugnis ausgestellt hat, zur Ausstellung des jeweils anderen befugt bleibt.¹³⁸

Die Verordnung sieht, wie dargestellt, nunmehr ausdrücklich vor, dass der Zweck des Zeugnisses iSd Art 63 (dh die Notwendigkeit der Ausstellung des Zeugnisses für den grenzüberschreitenden Einsatz) ausdrücklich im Antrag auf Ausstellung angegeben werden muss (Art 65 Abs 3 lit f iVm Art 62 Abs 1, Art 63 Abs 1). Eine Ausstellung für reine Binnenfälle kommt daher nicht in Betracht.¹³⁹ Kompliziert wird es aber, wenn man bedenkt, dass das – einmal für den grenzüberschreitende Rechtsverkehr ausgestellte – Zeugnis sodann auch dieselben (nämlich die in Art 69 angeführten, autonom definierten) Wirkungen im Ursprungsstaat entfaltet. Welcher Wert kommt dann der nationalen Bescheinigung zu, an deren Stelle das Zeugnis ja gerade nicht treten soll (Art 62 Abs 3)? Kann sich dann der Vertragspartner des aus dem ENZ Berechtigten je nach Günstigkeit auf den Gutgläubensschutz nach der Verordnung (bereits grobe Fahrlässigkeit schadet) oder nach nationalem Recht (§ 824 Satz 2 ABGB, erst die tatsächliche Kenntnis von der Unrichtigkeit der Einantwortungsurkunde

¹³⁷ Auf diese Problematik – wenngleich vor dem endgültig vorliegenden Text der Verordnung – macht ua auch LANGE (2012) aaO. 174. aufmerksam.

¹³⁸ Hierauf und darauf, dass das ENZ in diesem Bereich besondere Probleme aufwirft – wiewohl es sich als wesentliche Vereinfachung der grenzüberschreitenden Rechtsbeziehungen darstellt –, weist LANGE (2012) aaO. 175., 178., hin.

¹³⁹ Für eine derartige Einschränkung – gegründet auf den Wortlaut des Art 62 Abs 3, wonach das Zeugnis nicht an die Stelle innerstaatlicher Verfahren treten sollte – schon MARKUS BUSCHBAUM – MARIUS KOHLER: *Le certificat successoral européen et les certificats successoraux nationaux: une coexistence source de tension*. *GPR*, 2010/5. (2010D) 210. (211); KOHLER – BUSCHBAUM: *Rev crit DIP* 99 (4) 2010, 633 f. AA – im Ergebnis indes ident – ANDREAS FÖTSCHL: *Successions internationales. Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung*, 2010/4. (Vol. 68.) 104. (Möglichkeit zur Erlangung eines ENZ auch für Binnenfälle, Einsatzbereich jedoch nur im Ausland).

schadet) berufen?¹⁴⁰ Ist das Wechselspiel zwischen nationaler und europäischer Bescheinigung dem von nationalem Titel und Europäischem Vollstreckungstitel gleichzuhalten? Führt etwa das – wenn auch nach den Rahmenbedingungen der EuErbVO abgewinkelte – Verfahren zunächst zur Ausstellung eines nationalen Erbrechtsnachweises, auf dessen Basis dann das Europäische Nachlasszeugnis, also praktisch ein Europäischer Vollstreckungstitel in Erbrechtssachen, ausgestellt wird?

Der Verordnungsgeber ist den von der Lehre unterbreiteten Vorschlägen, das Wechselspiel zwischen ENZ und nationalen Erbrechtsnachweisen zugunsten eines „Europäischen Vollstreckungstitels in Erbsachen“¹⁴¹ aufzulösen, letztlich nicht gefolgt. Ausgefallen ist die Entscheidung zugunsten eines eigenständigen Europäischen Nachlasszeugnisses: Dieses ist nicht auf den nationalen Erbrechtsnachweis gestützt, sondern von diesem unabhängig, was sich vor allem in dem umfangreichen, von der Verordnung vorgesehenen Prüfungsverfahren und den autonom definierten Wirkungen, die es entfaltet, manifest wird.¹⁴² Ungeachtet dieser Unabhängigkeit vom nationalen Recht wird – nicht zuletzt bei einem Nebeneinander von nationalem Erbrechtsnachweis und ENZ oder zwischen mehreren ENZ¹⁴³ – ein Widerspruch nach nationalem Recht aufzulösen, nationales Verfahrensrecht verschiedentlich auch sonst heranzuziehen sein.¹⁴⁴ Insgesamt nimmt das ENZ daher eine Position zwischen gerichtlichen Entscheidungen und öffentlichen Urkunden ein und kann mit *Buschbaum*¹⁴⁵ als „erbrechtliches Nachweisdokument *sui generis*“ bezeichnet werden.

5. Abschließende Bemerkungen

Anhand des eben vorgenommenen kurzen Streifzuges durch die Landschaft des künftigen Europäischen Erbrechts wird deutlich, dass der Europäische Gesetzgeber zweifelsfrei ein sehr ambitioniertes Projekt zu einem Abschluss

¹⁴⁰ Für eine Wahlmöglichkeit etwa SCHAUER: Nachlasszeugnis. In: SCHAUER–SCHEUBA (2012C) aaO. 96.

¹⁴¹ S. FÖTSCHL aaO. 104.; BUSCHBAUM–KÖHLER (2010C) aaO. 162. (166); BUSCHBAUM–KÖHLER (2010D) aaO. 210.; KÖHLER–BUSCHBAUM (2010B) aaO. 633.; diesen folgend RECHBERGER (2012) aaO. 19.

¹⁴² S. auch BUSCHBAUM aaO. 598.

¹⁴³ Hierzu kann namentlich mangels einheitlicher Anknüpfung (Stichwort § 1371 BGB) innerhalb der Mitgliedstaaten kommen; s BUSCHBAUM aaO. 599.

¹⁴⁴ BUSCHBAUM aaO. 598.

¹⁴⁵ BUSCHBAUM aaO. 599.

gebracht hat. Dieses kann durchaus Vorbildwirkung für andere Rechtsakte entfalten.¹⁴⁶ Die Grundanliegen der Verordnung verdienen jedenfalls Zustimmung. Sehr zweckmäßig ist etwa die Möglichkeit zur Beschränkung des Verfahrens im Falle der Belegenheit von Vermögen in einem Drittstaat (Art 12). Beizupflichten ist auch der Zulassung der Rückverweisung (Art 34). Im Grunde zuzustimmen ist ebenfalls dem Gedanken des Europäischen Nachlasszeugnisses. Viele der von der Lehre vorgetragenen Einwände fanden beim Europäischen Gesetzgeber Gehör. Nicht zuletzt positiv hervorzuheben ist die lange Legisvakanz, die – hoffentlich – genügend Zeit zur Erhebung und Umsetzung des nationalen Anpassungsbedarfs bieten wird.

Gleichwohl wird mit diesem Projekt auf vielen Gebieten Neuland betreten bzw. werden Rechtstraditionen, die über lange Zeit hinweg in Geltung standen (und als unumstößlich galten), zugunsten der Einheit im Europäischen Rechtsraum durchbrochen. Den Hauptkritikpunkt bildet sicherlich die Abkehr der Anknüpfung vom Staatsangehörigkeits- und die Hinwendung zum Aufenthaltsprinzip, die – trotz heftiger Kritik – Eingang in die Verordnung gefunden hat. Dieses *Faktum* war gleichwohl wenig überraschend¹⁴⁷ seine *Umsetzung* bietet indes unverändert Anlass zur Kritik: Eine Entscheidung des Unionsgesetzgebers, die von einer solchen Tragweite gekennzeichnet ist, hätte mE einer ausgewogeneren Lösung bedurft. Dass sich der Ordnungsgeber zu keiner derartigen Lösung durchgerungen, die für die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts maßgeblichen Faktoren nicht im Text der Verordnung niedergeschrieben hat, lässt darauf schließen, dass dieser Punkt bis zuletzt äußerst umstritten war, sich der Ordnungsgeber nicht unumwunden zu dieser ausdrücklichen Positionierung im Text bekennen wollte. Diese – zentrale (!) – Norm der Verordnung hätte – sie bedeutet schließlich für die meisten Mitgliedstaaten eine Abkehr von bisherigen Grundsätzen – eine eindeutige Regelung im Text erfahren sollen.¹⁴⁸

Darüber hinaus spielt die Kompetenzfrage eine Rolle. Wie gezeigt, ist der Eingriff der Verordnung in die materiellen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten

¹⁴⁶ BUSCHBAUM aaO. 591., spricht davon, dass mit dem Geltungsbereich der *lex rei sitae*, dem ENZ sowie der Annahme öffentlicher Urkunden, ein *acquis* „in zentralen Fragen des europäischen Kollisionsrechts geschaffen wird“ und begrüßt besonders die Bestimmung über die Annahme öffentlicher Urkunden, mit der ein Gleichklang zwischen gerichtlichen und außergerichtlichen Erbnachweisen geschaffen wird (ebd 604).

¹⁴⁷ Die Abkehr vom bisher überwiegenden Anknüpfungsmerkmal der Staatsangehörigkeit stand bereits mit der vom Deutschen Notarinstitut im Herbst 2002 vorgelegten Studie fest; s. RAUSCHER aaO. Rz 3.

¹⁴⁸ FRODL (2012A) aaO. 958.

zT durchwegs erheblich. Der Europäische Rat erklärt im Stockholm-Programm¹⁴⁹ die Ausdehnung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung (auf das Gebiet des Erbrechts) zu einem hehren Ziel. Gleichzeitig sollen aber – wie ebenda statuiert – die Rechtssysteme der Mitgliedstaaten im Zuge der weiteren Vereinheitlichungen gewahrt werden (Achtung der Eigentumsordnungen). Die Vereinbarkeit dieser beiden Prinzipien stößt besonders im Bereich des Erbrechts – das, wie kaum ein anderes Rechtsgebiet von tief in den nationalen Rechtsordnungen verwurzelten Moral- und Wertvorstellungen geprägt ist – an immanente Grenzen.¹⁵⁰

Ein Hinweis gilt schließlich den Vorstellungen und Erwartungen der Unionsbürger: Nicht zuletzt will das Stockholm-Programm – nach seinem vielversprechenden Titel – „Ein offenes und sicheres Europa im Dienste und zum Schutz der Bürger“ schaffen. Fraglich ist, ob dies – angesichts der Vielzahl an Rechtsakten im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen – nicht ein hehres Bestreben bleibt.¹⁵¹ Darüber hinaus wäre es mE sinnvoll gewesen, den Ausgang der mit der Vorlage des Heidelberg-Reports¹⁵² entfachten Reformdiskussion zur Brüssel I-VO abzuwarten. Diese wurde am 12.12.2012 mit der Verabschiedung der Neufassung der Brüssel I-VO abgeschlossen. Bemerkenswert ist, dass zwar in gewissen Bereichen Gleichklang besteht,¹⁵³ in anderen hingegen Divergenzen nur zu deutlich werden.¹⁵⁴ Die EuErbVO, die Sachverhalten mit Drittstaatenbezug grundsätzlich besonderes Augenmerk beimisst, und die Interessen der Drittstaaten durch die Möglichkeit zur Beschränkung des Verfahrens (Art 12) zu wahren sucht, verbleibt im Bereich der Rechtshängigkeit (Art 17, 18 EuErbVO) bei der *ursprünglichen* Fassung der Brüssel I-VO (Art 27, 28 Brüssel I-VO). Das neue Regelungswerk sieht folglich

¹⁴⁹ ABI 2010 C 115/1; Pkt 3.1.2.

¹⁵⁰ IdS schon FRODL aaO.

¹⁵¹ Kritik auch bei FRODL (2012B) aaO.137.

¹⁵² Siehe nur den umfassenden Heidelberg-Report; Burkhard HESS – Thomas PFEIFFER – Peter SCHLOSSER: *The Brussels I - Regulation (EC) No 44/2001*. München, C.H.Beck–Hart–Nomos, 2008.

¹⁵³ Beispielsweise im Bereich der Einstweiligen Maßnahmen (Art 19 EuErbVO, Art 35 Brüssel I-VO); im Verfahren der automatischen Anerkennung (Art 39 EuErbVO, Art 36 Brüssel I-VO); in der Beibehaltung des *ordre public* (Art 40 lit a EuErbVO, Art 45 Abs 1 lit a); in der fehlenden Notwendigkeit einer Postanschrift oder eines bevollmächtigten Vertreters im Vollstreckungsstaat (Art 46 EuErbVO, Art 41 Brüssel I-VO).

¹⁵⁴ Etwa bei der Beibehaltung des Exequaturverfahrens, s Art 43 EuErbVO versus Art 39 Brüssel I-VO neu; keine Aufnahme eines Vermögensgerichtsstandes bzw einer Notzuständigkeit, „Annahme“ öffentlicher Urkunden nur in der EuErbVO (Art 59) – bloß „Vollstreckung“ öffentlicher Urkunden in der Brüssel I-VO neu (Art 58).

zwar eine Beschränkung des Verfahrens im Hinblick auf die in Drittstaaten belegenen Vermögenswerte vor, nicht jedoch eine gänzliche Aussetzung des Verfahrens zugunsten einer in einem *Drittstaat* anhängigen identen Erbsache (so aber Art 33, 34 Brüssel I-VO neu).¹⁵⁵ Dies erstaunt umso mehr, als auch die EuErbVO in Art 40 lit d die Versagung der Anerkennung wegen Unvereinbarkeit mit einer Entscheidung, die in derselben Erbsache in einem *Drittstaat* ergangen ist, regelt. Art 17 und 40 stellen sich daher als eine unbesehene Übernahme der Art 27 und 34 Abs 4 Brüssel I-VO alt dar.¹⁵⁶

Dem Bestreben nach Rechtssicherheit, das sämtlichen Rechtsakten innewohnt, würde vielleicht am besten durch eine Zusammenfassung der Regelungswerke in einem *Code of European Conflict Law*¹⁵⁷ gedient. Dies umso mehr, als das Anliegen der weiteren, gegenwärtig auf der Agenda des Unionsgesetzgebers stehenden Regelungswerke, ebenfalls die Verknüpfung von Bestimmungen der Zuständigkeit mit solchen des Kollisionsrechts ist.¹⁵⁸ Damit würde der Unionsgesetzgeber dem im Stockholm-Programm artikulierten Ziel nach einer Schaffung eines offenen und sicheren Europas zum Schutze seiner Bürger gewiss näher rücken.¹⁵⁹

6. Lösung des Beispielfalles

Zum Abschluss möchte ich Ihnen die Lösung des eingangs gebildeten Beispielfalles darbringen:

¹⁵⁵ Die Verordnung trägt nur Vorsorge für die Rechtshängigkeit zwischen der gerichtlichen und außergerichtlichen Regelung der Erbsache (ErwGr 36).

¹⁵⁶ Für den Bereich der Brüssel I-VO neu wurde dieser Widerspruch erfreulicherweise aufgelöst (s Art 33 respektive Art 45 Abs 1 lit d).

¹⁵⁷ Diese Ideen unterbreiten RAUSCHER aaO. Rz 10, sowie Mary-Rose McGUIRE: Kodifikation des Europäischen Zivilprozessrechts? *Ecolex*, 2011/3. 218. (221) jeweils mwN, und finden volle Zustimmung von RECHBERGER–FRODL aaO.

¹⁵⁸ Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen im Bereich des Ehegüterrechts, KOM (2011) 126 endg sowie Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen im Bereich des Güterrechts eingetragener Partnerschaften, KOM (2011) 127 endg. Siehe ferner auch den jüngst veröffentlichten Vorschlag für eine Neufassung der Europäischen Insolvenzverordnung (Verordnung [EG] Nr 1346/2000 des Rates über Insolvenzverfahren), KOM (2012) 744 endg.

¹⁵⁹ S. schon FRODL (2012A) aaO. 958 f.

6.1. Internationale Zuständigkeit

Der Erblasser *Theodor* hatte seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt nicht in einem Mitgliedstaat, sondern in den Vereinigten Arabischen Emiraten, also in einem Drittstaat. Daher besteht nach Art 4 grundsätzlich keine primäre Zuständigkeit mitgliedstaatlicher Gerichte. Allerdings: *Theodor* ist unverändert österreichischer Staatsbürger und hatte auch seinen *früheren* gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich. Und *Theodor* hinterlässt – mit dem in Alpbach belegenen Bauernhaus – unbewegliches Vermögen in Österreich. Damit greift die subsidiäre Zuständigkeit des Art 10 Abs 1 lit a. Daraus folgt, dass das – nach nationalem Recht näher zu bestimmende – Gericht bzw die jeweilige Behörde zur Entscheidung über den *gesamten* Nachlass berufen ist. Folglich nicht nur über das in Österreich befindliche Bauernhaus, sondern auch über die bei der *OTP Bank* in Budapest befindlichen Vermögenswerte. Selbst die Villa in Abu Dhabi wäre grundsätzlich in das Verlassenschaftsverfahren vor österreichischen Behörden miteinzubeziehen. Allerdings kann die österreichische Behörde über Antrag einer der Parteien das Verfahren beschränken und die in Abu Dhabi befindliche Villa aus dem Verfahren ausscheiden (Art 12). Dies wird sehr zweckmäßig sein, weil die Entscheidung des österreichischen Gerichts in Abu Dhabi nicht anerkannt wird (Verletzung der Zuständigkeit der Gerichte der Vereinigten Arabischen Emirate).

6.2. Anerkennung und Vollstreckung

Die Entscheidung des österreichischen Gerichts ist gemäß Art 39 in Ungarn anzuerkennen. In Abu Dhabi wird dies hingegen nicht der Fall sein, weswegen den Parteien ein Antrag auf Beschränkung des Verfahrens gemäß Art 12 nahezu legen ist.

6.3. Europäisches Nachlasszeugnis

Das von einer österreichischen Behörde ausgestellte Europäische Nachlasszeugnis umfasst sowohl das in Österreich belegene Bauernhaus als auch die in Budapest befindlichen Geldwerte. Es umfasst wohl nicht (siehe Art 12) die in Abu Dhabi belegene Villa. Selbst wenn das Gericht diese nicht aus dem Verlassenschaftsverfahren ausgeschieden hätte, wäre ein ENZ, das auch diese umfasste, in der Praxis wertlos, weil in Abu Dhabi nicht durchsetzbar.

6.4. Anwendbares Recht

Anzuwenden ist gemäß Art 21 das Recht des letzten gewöhnlichen Aufenthalts, und zwar auch dann, wenn es sich dabei um das Recht eines Drittstaates handelt (Art 20). *Theodor* hatte seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt in Abu Dhabi. Das bedeutet: Anwendung findet das Recht der Vereinigten Arabischen Emirate; allerdings nicht bloß deren Sach-, sondern deren Internationales Privatrecht. Ein Verweis auf das Recht eines Drittstaates ist nämlich grundsätzlich ein solcher auf dessen Sach- und Internationales Privatrecht (Art 34). Art 17 des Zivilgesetzbuches der Vereinigten Arabischen Emirate nennt als Personalstatut „the law of the deceased“, also das Recht der Staatsangehörigkeit, es verweist also auf österreichisches Recht zurück (*Theodor* ist unverändert österreichischer Staatsbürger).

Damit ist der von der Verordnung angestrebte Gleichlauf gewahrt: Es kommt zu einer Konvergenz zwischen internationaler Zuständigkeit und anwendbarem Recht. Zuständig sind österreichische Gerichte (Art 10 Abs 1 lit a), anwendbar ist österreichisches Recht (Art 20, 21, 34).