



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer

**zum Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die
Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und die
Vollstreckung von Entscheidungen und öffentlichen Urkunden in
Ersachen sowie zur Einführung eines europäischen
Nachlasszeugnisses – KOM (2009) 154 endgültig**

erarbeitet von dem Europaausschuss

Mitglieder:

Rechtsanwalt JR Heinz **Weil**, Paris (Vorsitzender Europaausschuss)
Rechtsanwalt Dr. Martin **Abend**, Dresden
Rechtsanwalt Dr. Hans **Eichele**, Mainz
Rechtsanwalt Dr. Hans-Joachim **Fritz**, Frankfurt a. M.
Rechtsanwalt Andreas Max **Haak**, Düsseldorf
Rechtsanwalt Dr. Klaus **Heinemann**, Brüssel
Rechtsanwalt Dr. Frank **Hospach**, Stuttgart
Rechtsanwalt Stefan **Kirsch**, Frankfurt a. M.
Rechtsanwalt Dr. Jürgen **Lauer**, Köln
Rechtsanwalt und Notar Kay-Thomas **Pohl**, Berlin (Berichterstatter)
Rechtsanwalt Dr. Hans-Michael **Pott**, Düsseldorf
Rechtsanwalt und Justizrat Dr. Norbert **Westenberger**, Mainz
Rechtsanwalt Dr. Thomas **Westphal**, Celle

Rechtsanwalt Dr. Wolfgang **Eichele**, Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin
Rechtsanwältin Dr. Heike **Lörcher**, Bundesrechtsanwaltskammer, Brüssel
Rechtsanwältin Anabel **von Preuschen**, Bundesrechtsanwaltskammer, Brüssel

und dem Ausschuss Internationales Privat- und Prozessrecht

Mitglieder:

Rechtsanwalt und Notar Prof. Dr. Burghard **Piltz**, Gütersloh (Vorsitzender IPR-Ausschuss & Berichterstatter)
Rechtsanwalt Prof. Dr. Ingo **Hauffe**, Ludwigsburg
Rechtsanwalt Dr. Bernd **Reinmüller**, Frankfurt

Rechtsanwältin Mirja **Nieke**, Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin

Februar 2010

BRAK-Stellungnahme-Nr. 05/2010

Verteiler:

Europäische Kommission

 Generaldirektion Binnenmarkt und Dienstleistungen

Europäisches Parlament

 Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz
 Rechtsausschuss

Rat der Europäischen Union

Ständige Vertretung Deutschlands bei der EU

Justizreferenten der Landesvertretungen

Rat der Europäischen Anwaltschaften (CCBE)

Bundesministerium der Justiz

Deutscher Bundestag

 Rechtsausschuss
 Europaausschuss

Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen

Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder

Rechtsanwaltskammern

Deutscher Anwaltverein

Bundesnotarkammer

Bundessteuerberaterkammer

Deutscher Steuerberaterverband

Wirtschaftsprüferkammer

Institut der Wirtschaftsprüfer

Deutscher Notarverein

Deutscher Juristinnenbund

Bundesvorstand Neue Richtervereinigung

Bundesverband der Freien Berufe

Deutscher Richterbund e. V., Berlin

Deutsche Industrie und Handelskammer

Bundesverband der Deutschen Industrie

Deutscher Gerichtsvollzieher Bund

C.H. Beck Verlag

Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG

Redaktion Juristenzeitung / JZ, Tübingen

Redaktion Monatsschrift für Deutsches Recht / MDR, Köln

Redaktion Neue Juristische Wochenschrift / NJW, Frankfurt a. M.

ZAP Verlag

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist als Dachverband der 27 regionalen deutschen Rechtsanwaltskammern und der Rechtsanwaltskammer beim BGH die gesetzliche Vertretung der ca. 153.000 in Deutschland zugelassenen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Sie tritt für die wirtschaftlichen und rechtlichen Belange der Anwaltschaft ein. Die Bundesrechtsanwaltskammer bedankt sich für die Möglichkeit, zu dem Verordnungsvorschlag Stellung zu nehmen.

I. Hintergrund

Der vorliegende Verordnungsentwurf basiert auf der Überzeugung, dass die Verschiedenartigkeit sowohl der materiellrechtlichen Bestimmungen als auch der Vorschriften über die internationale Zuständigkeit und das anwendbare Recht, die Vielzahl der Behörden, die mit einem internationalen Erbfall befasst werden können, sowie die daraus unter Umständen resultierende Nachlassspaltung die Freizügigkeit in der Europäischen Union behindern.

Ziel des Vorschlags ist es, dass es den in der Europäischen Union ansässigen Personen ermöglicht wird, ihren Nachlass vorab zu regeln, und die Rechte der Erben und / oder Vermächtnisnehmer sowie der anderen mit dem Erblasser verbundenen Personen und der Nachlassgläubiger wirksam zu wahren. Dem Verordnungsvorschlag ging 2005 ein Grünbuch voraus, zu dem die Bundesrechtsanwaltskammer Stellung genommen hat.¹

II. Zum Verordnungsvorschlag

Die Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt den Vorschlag grundsätzlich und nimmt zu den einzelnen Regelungen wie folgt Stellung:

1. Internationale Zuständigkeit / Anwendbares Recht

Die Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt, dass der Verordnungsvorschlag einen Gleichlauf von internationaler Zuständigkeit und anwendbarem Recht vorsieht. In Art. 4 VO ist vorgesehen, dass die Gerichte des Mitgliedstaats zuständig sind, in dessen Hoheitsgebiet der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Die gesamte Rechtsnachfolge von Todeswegen unterliegt ebenso dem Recht des Staates, in dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte (Art. 16 VO). Dieser Gleichlauf wird in Verbindung mit dem Prinzip der Nachlassseinheit eine erhebliche Erleichterung der Nachlassabwicklung mit sich bringen.

¹ [Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer](http://www.brak.de) Nr. 26/2005, abzurufen unter www.brak.de

Daneben kann eine Person nach Art. 17 und 18 VO die Rechtsnachfolge in ihren gesamten Nachlass dem Rechts des Staates unterwerfen, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzt, ohne dass zwingend die Gerichte dieses Staates zuständig wären. Der Entwurf sieht in Art. 5 VO vor, dass das Gericht im Mitgliedstaat des gewöhnlichen Aufenthaltes eine Verweisung an ein zur Beurteilung des Falls geeigneteres Gericht eines anderen Mitgliedstaates vornehmen kann. Artikel 5 VO verweist hierbei allerdings nur auf die Rechtswahl nach Art. 17 VO, nicht jedoch auf die Rechtswahl bei Erbverträgen nach Art. 18 VO. Systematisch müsste Art. 5 jedoch auch für Art. 18 VO gelten. Die Bundesrechtsanwaltskammer regt weiterhin an, dass das Gericht auf Antrag aller beteiligten Parteien den Rechtsstreit tatsächlich an das zuständige Gericht des Mitgliedstaats der gewählten Staatsangehörigkeit zu verweisen hat.

2. „Gewöhnlicher Aufenthalt“ als Anknüpfungspunkt für Gerichtszuständigkeit und anwendbares Recht

Die Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt die Festlegung eines einheitlichen Kriteriums als Anknüpfungspunkt für Gerichtszuständigkeit und anwendbares Recht. Jedoch wird in der Verordnung der Begriff des Anknüpfungspunktes „gewöhnlicher Aufenthalt“ nicht definiert. Zwar hat der EuGH im Zusammenhang mit der Brüssel-IIa-Verordnung, die ebenfalls an den gewöhnlichen Aufenthalt anknüpft, Auslegungshilfen gegeben.² Im Hinblick auf das Erbstatut besteht allerdings die Gefahr, dass Erblasser versuchen, durch Veränderung des gewöhnlichen Aufenthaltes zwingendem nationalen Recht, insbesondere im Zusammenhang mit Pflichtteilsansprüchen oder Mindesterbteilsrechten, auszuweichen. Um diesem Missbrauch vorzubeugen, ist eine Definition des Begriffes „gewöhnlicher Aufenthalt“ in Art.2 dringend erforderlich. Darüberhinaus sollte eine Mindestdauer des gewöhnlichen Aufenthaltes von zwei Jahren verlangt werden, bevor dieser zum Anknüpfungskriterium für das Erbstatut wird. Kann ein gewöhnlicher Aufenthalt von mindestens zwei Jahren nicht festgestellt werden, sollte an den vorhergehenden gewöhnlichen Aufenthalt angeknüpft werden. Ferner müsste eine Regelung gefunden werden, die es ermöglicht, in Fällen, in denen der gewöhnliche Aufenthalt nicht festgestellt werden kann, weil der Erblasser mehrere gleichermaßen gewöhnliche Aufenthaltsorte hatte, hilfsweise auf die Staatsangehörigkeit des Erblassers abzustellen, sowohl für die Zuständigkeit des Gerichts als auch für das anzuwendende Recht.

² Entscheidung vom 02. April 2009 ; C-523/07

3. Auseinanderfallen von internationaler Zuständigkeit und anwendbarem Sachrecht

Die Rechtswahl nach Art. 17 oder 18 VO kann dazu führen, dass das international zuständige Gericht das Recht eines anderen EU-Mitgliedstaates anzuwenden hat. Problematisch ist hierbei zum einen, dass das Recht anderer Mitgliedstaaten vielfach prozessual nicht als Recht sondern als Tatsache behandelt wird mit der Folge, dass den Parteien in vollem Umfang die Darlegungs- und Beweislast einschließlich der damit verbundenen Kosten obliegt und überdies der Rechtsmittelzug verkürzt wird. In Deutschland z.B. ist es trotz Änderung des § 545 ZPO noch immer herrschende Meinung, dass wegen der Verletzung des Rechts eines anderen Staates, sei es auch eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, keine Revision stattfindet. Diese schwerwiegenden Nachteile für die Parteien in grenzüberschreitenden Rechtsstreitigkeiten, bei denen es nicht zu einem Gleichlauf von Gerichtszuständigkeit und anwendbarem Recht kommt, können nur dann vermieden werden, wenn auf europäischer Ebene der Grundsatz „iura novit curia“ für das Recht aller Mitgliedstaaten uneingeschränkt gilt. Dies würde bedeuten, dass das Gericht von Amts wegen das anzuwendende Recht zu ermitteln hat und den Parteien im Zusammenhang mit der Ermittlung des anwendbaren Rechts keine zusätzlichen Verfahrenskosten aufgebürdet werden. Weiterhin würde der im nationalen Zivilprozess vorhergesehene Rechtsmittelzug uneingeschränkt zur Verfügung stehen, also insbesondere auch das Rechtsmittel der Revision, soweit dieses für innerstaatliche Sachverhalte vorgesehen ist. Nach Art. 67 Abs. 4 AEU ist es Aufgabe der Union, den Zugang zum Recht zu erleichtern. Gemäß Art. 81 AEU kann die Zusammenarbeit den Erlass von Maßnahmen zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten umfassen. Gemäß Art. 81 Abs. 2 lit. e AEU ist hier wiederum der effektive Zugang zum Recht und gemäß Art. 81 Abs. 2 lit. f „die Beseitigung von Hindernissen für die reibungslose Abwicklung von Zivilverfahren, erforderlichenfalls durch Förderung der Vereinbarkeit der in den Mitgliedstaaten geltenden zivilrechtlichen Verfahrensvorschriften“ Aufgabe der Union. Die prozessuale Behandlung des Sachrechts anderer Unionsstaaten als Tatsache führt zu einer schwerwiegenden Diskriminierung der betroffenen Parteien und erschwert für sie den Zugang zum Recht in vermeidbarer Weise. Insbesondere mit Blick auf die Regelung in Art. 5 VO und die Vorschriften zur Anerkennung und Vollstreckung könnte die zwingende Einführung des Grundsatzes „iura novit curia“ für das Sachrecht aller Mitgliedstaaten hilfreich sein. Sie würde voraussichtlich die Bereitschaft der Gerichte des Aufenthaltsmitgliedstaats zu einer Verweisung an Gerichte des Unionsstaates der Staatsangehörigkeit erheblich vergrößern und würde überdies nicht nur den Parteien erhebliche Unsicherheiten und Kosten ersparen, sondern auch die Akzeptanz der Anerkennung und Vollstreckung von Urteilen innerhalb der Europäischen Union erhöhen.

4. Formwirksamkeit von Testamenten

Die Bundesrechtsanwaltskammer sieht kritisch, dass die Verordnung ausdrücklich keine Regelung zur Testamentsform enthält. Gemäß Art. 19 Abs. 2 lit. k des Verordnungsentwurfes soll die Gültigkeit, Auslegung, Änderung und der Widerruf einer Verfügung von Todes wegen mit Ausnahme ihrer Formgültigkeit dem Recht des Mitgliedstaates unterliegen, das aufgrund des letzten ständigen Aufenthalts des Erblassers oder seiner Rechtswahl zur Anwendung berufen ist. Hinsichtlich der Beurteilung der Formgültigkeit von Testamenten besteht eine bewusste Regelungslücke. In der Begründung zum Verordnungsentwurf wird der Wunsch geäußert, dass diejenigen Mitgliedstaaten, die das Haager Übereinkommen über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anwendbare Recht vom 05.10.1961 nicht ratifiziert haben, dies in Zukunft tun werden. Diese Hoffnung ist nach Auffassung der Bundesrechtsanwaltskammer nicht ausreichend. Vielmehr sollte die Verordnung die Regelung des Haager Übereinkommens vom 05.10.1961 übernehmen, auf Erbverträge erstrecken und damit für alle Mitgliedstaaten verbindlich machen.

5. Rechtswahl

Gemäß Art. 17 VO kann der Erblasser anstelle des Rechtes seines letzten ständigen Aufenthaltes den gesamten Nachlass dem Recht des Staates unterwerfen, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt. Weitere Wahlmöglichkeiten sind nicht vorgesehen. Die Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt diese Lösung, die insbesondere im Hinblick auf die Gefahr, dass der Erblasser zwingenden rechtlichen Vorschriften im Hinblick auf Pflichtteil und Mindesterbrecht ausweicht, sachgerecht erscheint. Nach Art. 18 Abs. 3 VO können Parteien ihren Erbvertrag dem Recht unterwerfen, das eine der Personen, deren Nachlass betroffen ist, nach Art. 17 VO hätte wählen können. Erblasser können mithin das Recht des Staates wählen, dessen Staatsangehörigkeit ein anderer Beteiligter besitzt. Dies kann jedoch nicht zum Nachteil eines Dritten geschehen, der dadurch beispielsweise seinen Pflichtteilsanspruch verlieren würde. Auch dies erscheint sachgerecht.

6. Erbverträge und gemeinschaftliche Testamente

Ehegattentestamente, die wechselbezügliche Verfügungen enthalten, sind in Deutschland häufig, während die dadurch entstehende Bindungswirkung nach dem Recht anderer Mitgliedstaaten teilweise untersagt ist. Es fällt auf, dass die Verordnung nach Art. 2 lit. d das gemeinschaftliche Testament als „ein von zwei oder mehr Personen in derselben Urkunde errichtetes Testament, in dem sich die Personen gegenseitig als Erben einsetzen und / oder in dem ein Dritter als Erbe eingesetzt wird“ definiert und in Art. 2 lit. c auch den Erbvertrag definiert, dann aber in der Folge aber nur den Erbvertrag, nicht auch das gemeinschaftliche

Testament regelt. Es wird davon ausgegangen, dass dies keine bewusste Entscheidung war, sondern dass es sich hierbei um ein Redaktionsversehen handelt. Hierfür spricht, dass in der Begründung des Vorschlags zu Art. 18 VO die gemeinschaftlichen Testamente ebenso wie die Erbverträge erwähnt sind.

Art. 18 VO sieht für einseitig verfügende Erbverträge vor, dass deren Wirksamkeit sich nach dem Recht richtet, das zum Zeitpunkt des Abschlusses des Erbvertrags Erbstatut gewesen wäre. Ist der Erbvertrag nach diesem Recht unwirksam, wird die Wirksamkeit dann geheilt, wenn er nach dem Recht wirksam ist, das im Zeitpunkt des Todes nach der Verordnung auf die Rechtsnachfolge anzuwenden wäre.

Ein Erbvertrag, der Verfügungen von Todes wegen mehrerer Personen enthält, ist dann wirksam, wenn er nach dem Recht als wirksam gilt, das nach Maßgabe von Art. 16 VO auf die Rechtsnachfolge einer der beteiligten Personen anwendbar gewesen wäre, wenn sie an dem Tag verstorben wäre, an dem der Erbvertrag errichtet worden ist. Der Erbvertrag muss also nach dem Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes eines der Beteiligten wirksam sein, wenn nicht eine wirksame Rechtswahl vorliegt, Art. 18 Abs. 3, 17, 50 Abs. 3 VO.

Ist der Erbvertrag nach Maßgabe des auf die Rechtsnachfolge einer einzigen beteiligten Person anzuwendenden Rechts wirksam, findet dieses Recht Anwendung. Ist der Erbvertrag nach Maßgabe des auf die Rechtsnachfolge mehrerer dieser Personen abzuwendenden Rechts wirksam, unterliegt der Erbvertrag dem Recht, zu dem er die engste Verbindung aufweist.

Die Parteien können, wie erwähnt, ihren Erbvertrag – jedoch nur durch ausdrückliche Rechtswahl – dem Recht der Staatsangehörigkeit eines der Beteiligten unterwerfen, vorbehaltlich der bereits erwähnten Schutzklausel in Art. 18 Abs. 4. Sämtliche Regelungen des Artikels 18 zur Wirksamkeit von Erbverträgen müssen unbedingt auf gemeinschaftliche Testamente erstreckt werden.

Die Definition des gemeinschaftlichen Testaments in Artikel 2 lit (d) ist in der deutschen Fassung des Verordnungsentwurfes zu eng, weil nur Erbeinsetzung, nicht auch andere Verfügungen von Todes wegen erwähnt sind. Entsprechend den sachgerechten Formulierungen im englischen und französischen Text sollte allgemein von Verfügungen gesprochen werden.

7. Universelle Anwendung

Nach Art. 25 VO ist der kollisionsrechtliche Teil des Verordnungsvorschlags offensichtlich als allgemeingültige, auch im Verhältnis zu Drittstaaten anzuwendende Kollisionsnorm gedacht. Dieser Ansatz ist grundsätzlich zu begrüßen. Da das Erbrecht jedoch gerade in manchen

außereuropäischen Staaten eine höchst sensible Materie darstellt und viele ausländische Staaten nur mit Einschränkungen geneigt sind, die Anwendung eines ausländischen Rechtes auf in ihrem Hoheitsgebiet belegene Nachlassgüter zu akzeptieren, erscheint es sinnvoll, den Vorrang sowohl eines sachrechtlichen wie auch eines kollisionsrechtlichen Einzelstatuts vor dem Gesamtstatut der Artikel 16 ff. VO vorzusehen. Als Vorlage mag Art. 3 a Abs. 2 EGBGB dienen:

„Soweit Verweisungen im Dritten und Vierten Abschnitt das Vermögen einer Person dem Recht eines Staates unterstellen, beziehen sie sich nicht auf Gegenstände, die sich nicht in diesem Staat befinden und nach dem Recht des Staates, in dem sie sich befinden, besonderen Vorschriften unterliegen.“

Dass eine solche Regelung nicht systemfremd ist, ergibt sich aus Art. 22 des Vorschlages, der allerdings nur besondere Bestimmungen anderer Mitgliedsstaaten respektiert.

Ohne die vorgeschlagene Sonderregelung besteht das Risiko, dass unter Beachtung eines europäischen Rechts und in Übereinstimmung mit den Regeln der Erbrechts-Verordnung ablaufende Rechtsnachfolgen von Todes wegen in nicht europäischen Zielländern nicht akzeptiert werden und damit die mit der Nachlassseinheit angestrebte Koordinierung gesprengt wird.

8. Übergangsbestimmungen

Gemäß Art. 50 VO findet die Verordnung auf die Rechtsnachfolge von Personen Anwendung, die nach dem Beginn der Anwendbarkeit verstorben sind. Eine vor diesem Zeitpunkt getroffene Rechtswahl gilt als wirksam, soweit sie den Anforderungen des Art. 17 VO genügt. In Art. 50 Abs. 3 VO ist für Erbverträge, die vor Anwendbarkeit der Verordnung geschlossen wurden, geregelt, dass eine Rechtswahl für den Erbvertrag dann wirksam sein soll, sobald sie den Anforderungen des Art. 18 VO genügt. Diese Übergangsbestimmung ist ergänzungsbedürftig, weil sie sich nur auf die Rechtswahl, nicht aber auf die Wirksamkeit des Erbvertrages – und des gemeinschaftlichen Testamentes – erstreckt. Erforderlich ist eine Ergänzung der Übergangsbestimmungen dahin, dass ein Statutenwechsel ausgeschlossen ist, wenn ein Erbvertrag oder ein gemeinschaftliches Testament nach dem Tod eines der Beteiligten für den/die überlebenden Beteiligten verbindlich geworden ist.
