

Das der EuErbVO zugrunde liegende Prinzip der **Nachlasseneinheit** (Art. 23 Abs. 1) kann also nicht durch die Wahl mehrerer Rechtsordnungen unterlaufen werden,<sup>15</sup> auch nicht bei mehrfacher Staatsangehörigkeit.<sup>16</sup>

Die Rechtswahl muss vom Erblasser in der **Form** einer Verfügung von Todes wegen getroffen werden. Darunter versteht die EuErbVO Testament, gemeinschaftliches Testament und Erbvertrag (Art. 3 Abs. 1 lit. d) EuErbVO). Art. 25 Abs. 3 EuErbVO hält ausdrücklich fest, dass die für eine Rechtswahl in einem Testament geltenden Grundsätze auch für **Erbverträge** anzuwenden sind.

Neben der Möglichkeit einer beschränkten Rechtswahl im technischen Sinn besteht für den Erblasser auch die Möglichkeit einer **De-facto-Rechtswahl**, indem er seinen **gewöhnlichen Aufenthalt** in einen anderen Staat **verlegt**.<sup>17</sup> Damit kann er bereits aufgrund der Regeln über die objektive Anknüpfung zugunsten des Rechts des neuen Aufenthaltsstaats optieren, was ihm mehr Gestaltungsspielräume eröffnen kann als die in Art. 22 EuErbVO vorgesehene beschränkte Rechtswahl.<sup>18</sup>

**b) Zweck der Zulässigkeit einer beschränkten Rechtswahl nach Art. 22 EuErbVO.** Während das deutsche Kollisionsrecht seit dem IPR-Neuregelungsgesetz 1986 in Art. 25 Abs. 2 EGBGB eine (stark beschränkte) Rechtswahl zuließ, nämlich die Wahl deutschen Rechts für das in Deutschland belegene unbewegliche Vermögen, stand das österreichische Kollisionsrecht (§ 28 IPRG)<sup>19</sup> – so wie die meisten anderen nationalen Kollisionsrechte in Europa<sup>20</sup> – einer Rechtswahl im Erbrecht gänzlich **ablehnend** gegenüber.<sup>21</sup> Dahinter steht die Überlegung, dass bei Zulassung der Rechtswahl die zwingenden Bestimmungen des materiellen Rechts, speziell die Pflichtteilsregeln,<sup>22</sup> umgangen werden könnten, vor allem dann, wenn die Wahl des Aufenthaltsrechts im Zeitpunkt der Rechtswahl zugelassen würde.<sup>23</sup>

Diesem Aspekt stehen jedoch auch – aus Sicht des Erblassers<sup>24</sup> – **Vorteile** der Zulassung einer Rechtswahl gegenüber:<sup>25</sup>

- Gerade dann, wenn die objektive Anknüpfung (an den gewöhnlichen Aufenthalt) eher volatil ist, sollte dem Erblasser als Fortsetzung seiner materiellen **Testierfreiheit** die Möglichkeit geboten werden, jenes Erbrecht zu berufen, zu dem er die **engste Verbindung** hat, ohne auf die rechtsunsichere Anwendung der Ausweikklausel nach Art. 21 Abs. 2 EuErbVO bauen zu müssen.
- Die Möglichkeit der Rechtswahl erhöht die **Vorhersehbarkeit des Erbstatuts** und sorgt für eine gewisse Stabilität, insb. dann, wenn der Erblasser häufig seinen gewöhnlichen Aufenthalt wechselt.<sup>26</sup>

<sup>15</sup> Dutta in MünchKommBGB<sup>6</sup> Art. 22 EuErbVO R.n. 8.

<sup>16</sup> Schauer, AnwBl 2016, 254, 259 mwN.

<sup>17</sup> Zum Missbrauch dieser Möglichkeit Dutta in MünchKommBGB<sup>6</sup> Art. 21 EuErbVO R.n. 6 a.E. Siehe auch Scheuba, Aus der Praxis: Die Rechtswahl wirft ihre Schatten voraus, ecolex 2014, 210.

<sup>18</sup> Schauer, AnwBl 2016, 254, 260.

<sup>19</sup> Verschraegen, Internationales Privatrecht (2012) R.n. 271.

<sup>20</sup> Anstatt vieler B. Jud, GPR 2005, 133, 136.

<sup>21</sup> Zur historischen Entwicklung näher Cach/Weber, JEV 2013, 90.

<sup>22</sup> Zweifellos kann die Erbfolge auch ohne Rechtswahl durch eine letztwillige Verfügung gestaltet werden; das Pflichtteilsrecht setzt dem aber Grenzen.

<sup>23</sup> B. Jud, GPR 2005, 133, 136.

<sup>24</sup> Die Interessen und Erwartungen der Erben und Familienangehörigen spielen demgegenüber im europäischen Erbkollisionsrecht nur eine untergeordnete Rolle.

<sup>25</sup> Zusammenfassend Rudolf/Zöchling-Jud/Kogler in Rechberger/Zöchling-Jud Kap. 3 R.n. 54.

<sup>26</sup> Schauer, AnwBl 2016, 254, 259.

- 12 Als **Nachteil** in Kauf genommen werden muss, dass der von der EuErbVO angestrebte Gleichlauf von *forum* und *ius* aufgebrochen wird. Art. 5 EuErbVO ermöglicht eine Gerichtsstandsvereinbarung auf die Gerichte des Mitgliedstaats, dessen Recht der Erblasser nach Art. 22 EuErbVO gewählt hat.

**Beispiel:**<sup>27</sup> Stirbt ein österreichischer Staatsangehöriger mit gewöhnlichem Aufenthalt in Slowenien nach dem 16. August 2015, wäre auf seine Erbfolge gem. Art. 21 Abs. 1 EuErbVO slowenisches Recht anzuwenden. Hatte er eine lang dauernde Wohn- und Lebensgemeinschaft, gehört die Lebensgefährtin nach slowenischem Recht zu den gesetzlichen Erben und den Pflichtteilsberechtigten, wenn eine Eheschließung mit dem Erblasser rechtlich möglich gewesen wäre.<sup>28</sup> Wählt der Erblasser, um bspw. das Pflichtteilsrecht der Lebensgefährtin zu verhindern, österreichisches Recht, sind die slowenischen Gerichte gem. Art. 4 EuErbVO für die Nachlassabwicklung international zuständig, haben aber österreichisches Erbrecht anzuwenden.

- 13 **c) Rechtswahl in Bezug auf das Errichtungsstatut (Art. 24 EuErbVO).** Art. 24 EuErbVO regelt, welches Recht auf die Beurteilung der Frage der Zulässigkeit und materiellen Wirksamkeit einer letztwilligen Verfügung – nicht eines Erbvertrags (dazu Art. 25 EuErbVO) – anzuwenden ist (**Errichtungsstatut** von Testamenten). Das Errichtungsstatut ist unwandelbar.<sup>29</sup> Es soll Sicherheit darüber bestehen, welches Recht anzuwenden ist, um die Zulässigkeit, materielle Wirksamkeit und Bindungswirkung einer letztwilligen Verfügung zu beurteilen.<sup>30</sup> Ein späterer Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts oder der Staatsangehörigkeit soll für diese Fragen unbedeutend sein.<sup>31</sup> Das kann freilich dazu führen, dass die mit der Erbsache befasste Behörde ein fremdes Recht anwenden muss.<sup>32</sup>

- 14 Der von der EuErbVO in Art. 24 Abs. 1 vorgesehene Regelfall ist die **umfassende Rechtswahl** des Erblassers, die sich sowohl auf das Erbstatut als auch auf das Errichtungsstatut bezieht. Die auf das Erbstatut bezogene Rechtswahl strahlt in diesem Fall auf das Errichtungsstatut aus.<sup>33</sup>

Art. 24 Abs. 2 EuErbVO eröffnet dem Erblasser die Möglichkeit einer **Teilrechtswahl** in Bezug auf die **Zulässigkeit** und die **materielle Wirksamkeit** seiner Verfügung von Todes, sofern er dieses Recht für die gesamte Rechtsnachfolge von Todes wegen nach Art. 22 EuErbVO unter den dort vorgesehenen Bedingungen wählen hätte können. Diese Teilrechtswahl kann nur für alle dem Errichtungsstatut unterliegenden Fragen gemeinsam erfolgen<sup>34</sup> und nicht bloß für einzelne Aspekte wie bspw. die Testierfähigkeit. Von praktischer Bedeutung kann die Teilrechtswahl dann sein, wenn die letztwillige Verfügung nach dem Heimatrecht, nicht aber nach dem Recht des gewöhnlichen Aufenthalts zulässig ist, dieses allerdings für sonstige Fragen der Erbfolge (zB das Pflichtteilsrecht) maßgebend sein soll.<sup>35</sup>

<sup>27</sup> Abgewandelt nach *Fischer-Czermak*, EF-Z 2013, 53.

<sup>28</sup> *Rudolf*, Erbrecht in Slowenien, in *Süß* (Hrsg.), Erbrecht in Europa<sup>3</sup> (2016), 1247f. (R.n. 13) und 1253 (R.n. 29).

<sup>29</sup> *Looschelders in Hüfstege/Mansel*, BGB 6<sup>2</sup>, Art. 24 R.n. 1.

<sup>30</sup> *ErwGr*. 48; *Bauer*, *Zak* 2017, 64, 65 f.

<sup>31</sup> *Pesendorfer in Burgstaller/Neumayr/Geroldinger/Schmaranzer*, EuErbVO, Art. 24 R.n. 2; *Kroll-Ludwigs*, *notar* 2016, 75, 77.

<sup>32</sup> *Fischer-Czermak in Deixler-Hübner/Schauer*, EuErbVO, Art. 24 R.n. 1.

<sup>33</sup> *Kroll-Ludwigs*, *notar* 2016, 75, 76.

<sup>34</sup> *Weber*, *notar* 2015, 296, 299.

<sup>35</sup> *Bonomi/Öztürk in Dutta/Herrler*, Europäische Erbrechtsverordnung, R.n. 32 ff.

#### d) Gestaltungsmöglichkeiten in der Kombination v. Art. 22 und Art. 24 EuErbVO. 15

Der Erblasser kann

- eine „umfassende Rechtswahl“ gemäß Art. 22 Abs. 1 EuErbVO treffen, die ipso iure auch für das Errichtungsstatut (Art. 24 Abs. 1 EuErbVO) gilt oder
- eine auf das Errichtungsstatut beschränkte Rechtswahl gem. Art. 24 Abs. 2 EuErbVO treffen.

Uneinheitlich beantwortet wird die Frage, ob der Erblasser auch eine isolierte Rechtswahl allein im Hinblick auf das Erbstatut (Art. 22 Abs. 1 EuErbVO) treffen kann;<sup>36</sup> in diesem Fall würde das gewählte Heimatrecht allein über die Rechtsnachfolge von Todes wegen entscheiden, wohingegen sich das Errichtungsstatut gem. Art. 21 Abs. 1 EuErbVO nach dem Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers richtet.

## 2. Ausübung der Rechtswahl, materielle Wirksamkeit und Wirkung

Die EuErbVO unterscheidet zwischen den in Art. 22 Abs. 2 EuErbVO geregelten Formerfordernissen der Rechtswahl und ihrer materiellen Wirksamkeit (Art. 22 Abs. 3 EuErbVO). 16

**a) Beteiligte Personen.** Eine Rechtswahl in einer einseitigen Erklärung wie einem Testament kann **nur vom Erblasser** getroffen werden. Den Erben ist im Rahmen der Erbauseinandersetzung eine Rechtswahl verwehrt. 17

**b) Form.** Eine Rechtswahl muss nach Art. 22 Abs. 2 EuErbVO in einer Erklärung in Form einer **Verfügung von Todes wegen** erfolgen. Art. 3 Abs. 1 lit. d) EuErbVO versteht unter einer Verfügung von Todes wegen ein Testament, ein gemeinschaftliches Testament und einen Erbvertrag. In der Bestimmung des Art. 22 Abs. 2 EuErbVO ist ein Verweis auf Art. 27 EuErbVO („Formgültigkeit einer schriftlichen Verfügung von Todes wegen“) zu sehen, der allerdings nur für schriftliche letztwillige Verfügungen Formalternativen zur Verfügung stellt, nicht jedoch für – im Haager Testamentsübereinkommen ebenfalls geregelte – **mündliche Verfügungen** von Todes wegen. Daraus, dass Art. 1 Abs. 2 lit. f) EuErbVO die Formgültigkeit mündlicher Verfügungen vom Anwendungsbereich der Verordnung ausnimmt, kann nicht der Schluss gezogen werden, dass die mündliche Rechtswahl aus Formgründen von der EuErbVO untersagt werde; ein Schriftlichkeitserfordernis findet sich in der EuErbVO gerade nicht. Die Bestimmung des auf die Form einer mündlichen Rechtswahl anwendbaren Rechts erfolgt deshalb – wie die des Rechts, das auf die Form einer mündlichen Verfügung von Todes wegen anzuwenden ist – nach dem Kollisionsrecht der *lex fori*, vor einem deutschen oder österreichischen Gericht daher nach dem Haager Testamentsübereinkommen.<sup>37</sup> 18

Wie sich aus dem Wortlaut des Art. 22 Abs. 2 EuErbVO klar ergibt, muss die Rechtswahl nicht **in** einer Verfügung von Todes wegen erfolgen, sondern „in einer Erklärung in Form einer Verfügung von Todes wegen“. Demnach ist auch eine „isolierte“ Rechtswahl zulässig.<sup>38</sup> 19

**c) Rechtswahlerklärung.** Das anzuwendende Recht kann entweder **ausdrücklich** gewählt werden oder sich (**konkulent**) aus den Bestimmungen einer Verfügung von Todes wegen ergeben (Art. 22 Abs. 2 EuErbVO). 20

Außer im Fall eines Erblassers mit mehreren Staatsangehörigkeiten, der eines seiner Heimatrechte wählen kann (Art. 22 Abs. 1 UAbs. 2 EuErbVO), reicht es aus, wenn der Erb- 21

<sup>36</sup> *Kroll-Ludwigs*, notar 2016, 75, 77 mwN.

<sup>37</sup> *Nordmeier*, GPR 2013, 148, 153.

<sup>38</sup> *Frank/Döbereiner*, Nachlassfälle mit Auslandsbezug Rn. 179; *Kroll-Ludwigs*, notar 2016, 75, 76.

lasser das Anknüpfungskriterium der Staatsbürgerschaft **abstrakt** nennt, ohne die konkrete Rechtsordnung („deutsches Recht“) anzugeben.<sup>39</sup> Auf diese Weise erhält auch die (sonst gedanklich schwer fassbare) Wahl des Rechts, dem der Erblasser im Todeszeitpunkt angehört,<sup>40</sup> eine Bedeutung.<sup>41</sup>

- 22 Als Beispiel für eine **konkludente Rechtswahl** nennt ErwGr. 39, dass „*der Erblasser in seiner Verfügung Bezug auf spezifische Bestimmungen des Rechts des Staates, dem er angehört, genommen hat oder das Recht dieses Staates in anderer Weise erwähnt hat*“.<sup>42</sup> Auch wenn die Anforderungen an die Konkludenz keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind, muss es jedenfalls für die Absicht der Rechtswahl konkrete Anhaltspunkte in der Verfügung von Todes wegen geben;<sup>43</sup> der mutmaßliche Wille des Erblassers allein reicht allerdings nicht aus, um eine konkludente Rechtswahl zu begründen.<sup>44</sup> Ob eine konkludente Rechtswahl vorliegt, ist **verordnungsautonom** zu bestimmen; die Frage gehört nicht zu der (nach dem gewählten Recht zu beurteilenden) materiellen Wirksamkeit.
- 23 Gegebenenfalls soll in der Verfügung von Todes wegen klargestellt werden, dass **keine Rechtswahl** getroffen wird, wenn eine konkludente Rechtswahl ausgeschlossen werden soll, um das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts anwendbar zu machen.<sup>45</sup>
- 24 **d) Materielle Wirksamkeit (Art. 22 Abs. 3 EuErbVO).** Während sich die Zulässigkeit der Rechtswahl an sich bereits aus der Verordnung selbst ergibt (weshalb auch ein Recht gewählt werden kann, das keine Rechtswahl in Erbsachen kennt),<sup>46</sup> richtet sich die materielle Wirksamkeit der Rechtswahl gemäß Art. 22 Abs. 3 EuErbVO nach dem gewählten Recht. Wie aus Art. 26 EuErbVO hervorgeht, betrifft die materielle Wirksamkeit die Testierfähigkeit,<sup>47</sup> Willensmängel<sup>48</sup> oder Fragen der Auslegung,<sup>49</sup> soweit sie nicht die Konkludenz der Erklärung betreffen.
- 25 **e) Wirkung der Rechtswahl nach Art. 22 EuErbVO.** Im Fall einer wirksamen Rechtswahl richtet sich die Rechtsnachfolge von Todes wegen nach dem in Art. 23 Abs. 1 EuErbVO festgelegten Prinzip der Nachlasseinheit zur Gänze nach den **Sachnormen des gewählten Rechts** (Sachnormverweisung). Durchbrochen wird die Nachlasseinheit nur durch die Sonderanknüpfung von Eingriffsnormen in Art. 30 EuErbVO. Nach der Konkretisierung in Art. 3 Abs. 1 lit. a) und Art. 23 EuErbVO umfasst die Rechtsnachfolge von Todes wegen insb. die gesetzliche und gewillkürte Erbfolge, die Pflichtteils- und Noterbrechte, Ausgleichs- und Anrechnungsbestimmungen, den Erbanfall und den Übergang des Nachlasses, die Erbenhaftung und die Erbauseinandersetzung.

<sup>39</sup> Nordmeier, GPR 2013, 148, 152; Dutta in MünchKommBGB<sup>6</sup> Art. 22 EuErbVO Rn. 11.

<sup>40</sup> Ausführlich zur Kritik Wilke, RIW 2012, 601, 605 f.

<sup>41</sup> Die überwiegende Ansicht hält eine abstrakte Bezeichnung („Ich wähle das Recht des Staates, dem ich im Zeitpunkt meines Todes angehöre.“) gerade im Fall der Wahl des Rechts der Staatsangehörigkeit im Todeszeitpunkt für unzulässig: Dörner, ZEV 2012, 505, 511 (mit der Einschränkung, dass der Gesetzeswortlaut Zweifel erlaube); Janzen, DNotZ 2012, 484, 485; Leitzen, ZEV 2013, 128; wohl auch Herzog, ErbR 2013, 2, 6.

<sup>42</sup> Vgl. Nordmeier, GPR 2013, 148, 152: „Je fremder die in Frage stehenden Begriffe dem durch objektive Anknüpfung ermittelten Recht und je bekannter sie dem Recht (einer) der Staatsangehörigkeit(en) sind, desto näher liegt die Annahme einer konkludenten Rechtswahl.“.

<sup>43</sup> A. Steiner, NZ 2012, 110 Fn. 68.

<sup>44</sup> Pfeiffer, IPRax 2016, 310, 313.

<sup>45</sup> Odersky, notar 2013, 3, 7; Dutta in MünchKommBGB<sup>6</sup> Art. 22 EuErbVO Rn. 14. Zum Teil wird überlegt, ob es sinnvoll ist, die Option einer konkludenten Rechtswahl auszuschließen: Kössinger in Nieder/Kössinger, § 5 Rn. 31.

<sup>46</sup> ErwGr. 40 Satz 1; Dutta, FamRZ 2013, 3, 8.

<sup>47</sup> Art. 26 Abs. 1 lit. a) EuErbVO.

<sup>48</sup> Art. 26 Abs. 1 lit. e) EuErbVO; Dörner, ZEV 2012, 505, 511.

<sup>49</sup> Art. 26 Abs. 1 lit. d) EuErbVO; Dörner, ZEV 2012, 505, 511.

Auf verfahrensrechtlicher Ebene eröffnet die wirksame Rechtswahl die Möglichkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 5 EuErbVO; außerdem gestatten es die Art. 6 ff. EuErbVO, das Nachlassverfahren in dem Staat zu führen, dessen Recht gewählt wurde.<sup>50</sup>

Öffentlich-rechtliche Folgen des Todes wie etwa die Erbschaftssteuer sind schon vom Anwendungsbereich der EuErbVO ausgenommen (Art. 1 Abs. 1 EuErbVO).<sup>51</sup>

**f) Änderung und Widerruf der Rechtswahl (Art. 22 Abs. 4 EuErbVO).** Art. 22 Abs. 4 EuErbVO spricht lediglich aus, dass die Änderung oder der Widerruf der Rechtswahl den **Formvorschriften** für die Änderung oder den Widerruf einer Verfügung von Todes wegen entsprechen muss. Eine Art. 22 Abs. 2 2. Alt. EuErbVO korrespondierende Bestimmung zur konkludenten Modifikation der Rechtswahl enthält die Verordnung nicht.<sup>52</sup>

Die Bestimmung sagt nichts zur **materiellen Zulässigkeit** einer Änderung oder eines Widerrufs. Aus ErwGr 40 Satz 2 EuErbVO ist abzuleiten, dass dafür das zuvor gewählte Recht und nicht das in Aussicht genommene maßgeblich ist.<sup>53</sup>

### 3. Intertemporale Fragen

**a) Anwendbarkeit der EuErbVO.** In zeitlicher Hinsicht ist die EuErbVO anzuwenden, wenn der Erblasser nach dem 16. August 2015 verstorben ist (Art. 83 Abs. 1 EuErbVO). Eine vom Erblasser bereits **vor dem 17. August 2015** getroffene Rechtswahl ist wirksam, wenn sie entweder den Voraussetzungen der EuErbVO entspricht oder nach den zur Zeit der Rechtswahl geltenden Vorschriften des IPR im Heimatstaat oder im Aufenthaltsstaat wirksam ist (Art. 83 Abs. 2 EuErbVO). 27

**Beispiel:** Ein österreichischer Staatsbürger mit gewöhnlichem Aufenthalt in den Niederlanden konnte vor dem 17. August 2015 nach dem niederländischen IPR für die Rechtsnachfolge von Todes wegen niederländisches Erbrecht wählen. Kehrt er nach Österreich zurück, ist diese Rechtswahl beachtlich, wenn er nach dem 16. August 2015 verstirbt.<sup>54</sup>

**b) Rechtswahlfiktion in Art. 83 Abs. 4 EuErbVO.** Hat der Erblasser vor dem 17. August 2015 eine Verfügung von Todes wegen nach einem Recht errichtet, das er nach der Verordnung wählen hätte können, gilt dieses Recht als auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anwendbar gewählt.<sup>55</sup> Die Bestimmung will verhindern, dass wirksam errichtete Testamente durch einen durch das Inkrafttreten der Verordnung allenfalls erfolgten Statutenwechsel (vor allem wegen der Maßgeblichkeit des gewöhnlichen Aufenthalts statt des Personalstatuts) unwirksam werden.<sup>56</sup> 28

### 4. Besonderheiten bei Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten

**a) Allgemeines.** Art. 3 Abs. 1 lit d) EuErbVO definiert als Verfügung von Todes wegen neben dem Testament auch das gemeinschaftliche Testament und den Erbvertrag. Art. 25 EuErbVO enthält eine eigene Kollisionsnorm für den Erbvertrag; eine eigenständige kollisionsrechtliche Regelung für das gemeinschaftliche Testament fehlt in der EuErbVO. In 29

<sup>50</sup> Dazu etwa *Lübcke*, GPR 2015, 111.

<sup>51</sup> Dazu etwa *Mankowski* in *Deixler-Hübner/Schauer*, EuErbVO, Art. 1 Rn. 7 ff.

<sup>52</sup> *Leitzen*, ZEV 2013, 128, 130.

<sup>53</sup> *Nordmeier*, GPR 2013, 148, 154.

<sup>54</sup> *Fischer-Czermak*, EF-Z 2013, 52 f.

<sup>55</sup> Dazu näher *Fetsch*, RNotZ 2015, 626 und *Bonimaier*, EF-Z 2017, 20.

<sup>56</sup> *Traar* in *Burgstaller/Neumayr/Geroldinger/Schmaranzer*, EuErbVO, Art. 84 Rn. 11.

viele Rechtsordnungen sind Erbverträge und gemeinschaftliche Testamente im Hinblick auf das Misstrauen gegenüber Vereinbarungen auf den eigenen Tod verboten oder nur eingeschränkt zulässig.<sup>57</sup>

- 30** Art. 25 EuErbVO unterscheidet zwischen einseitigen (Abs. 1) und mehrseitigen Erbverträgen (Abs. 2). Art. 25 Abs. 3 EuErbVO regelt ergänzend zu Art. 22 EuErbVO Besonderheiten der Rechtswahl in einem Erbvertrag.
- 31** Der in Art. 3 Abs. 1 lit. b) EuErbVO bewusst weit definierte Begriff des Erbvertrags stimmt nicht mit dem Begriff in mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen überein und ist verordnungsautonom auszulegen. **Merkmale** sind das Vorhandensein einer Vereinbarung, in die der Erblasser einbezogen ist und die eine gewisse Bindungswirkung entfalten muss; sie muss sich auf die Begründung von Rechten oder deren Änderung oder Entziehung beziehen. Daher fallen auch **Erbverzichts- und Pflichtteilsverzichtsverträge**<sup>58</sup> unter die Gruppe der Erbverträge. Eine Gegenleistung oder ihr Fehlen sind unerheblich.
- 32** Bei **gemeinschaftlichen Testamenten** ist zu differenzieren:<sup>59</sup> Enthalten sie gegenseitige wechselbezügliche Verfügungen, von denen sich die Beteiligten nicht einfach durch eine Verfügung von Todes wegen, sondern nur durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil oder nach dessen Tod durch Ausschlagung befreien können, fallen sie in die Gruppe der Erbverträge (Art. 25 EuErbVO).<sup>60</sup> Gemeinschaftliche Testamente, die dieses Niveau an Bindungswirkung nicht erreichen, fallen unter die Testamente.
- Schenkungen auf den Todesfall** sind ebenfalls als Erbverträge nach Art. 25 EuErbVO zu qualifizieren, wenn sie gerade auf eine Vermögensverteilung nach dem Tod gerichtet sind.<sup>61</sup>
- 33** **b) Materielle Wirksamkeit von ein- und mehrseitigen Erbverträgen.** Zulässigkeit, materielle Wirksamkeit und Bindungswirkung eines Erbvertrags, der den Nachlass einer einzigen Person betrifft, unterliegen nach Art. 25 Abs. 1 EuErbVO dem Recht nach Art. 21 bzw. nach Art. 22 EuErbVO.
- 34** Bei Erbverträgen, die den Nachlass mehrerer Personen betreffen, kommt es auf die Zulässigkeit nach den hypothetischen Erbstatuten (nach dem gewöhnlichen Aufenthalt) aller beteiligter Personen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses an (Art. 25 Abs. 2 UAbs. 1 EuErbVO).<sup>62</sup> Ist der Erbvertrag zulässig, sind seine materielle Wirksamkeit und die Bindungswirkung einschließlich der Voraussetzungen für seine Auflösung nach dem hypothetischen Erbstatut des Erblassers zu beurteilen, zu dem der Erbvertrag die engste Beziehung hat (Art. 25 Abs. 2 UAbs. 2 EuErbVO).
- 35** **c) Rechtswahl bei ein- und mehrseitigen Erbverträgen.** Auch bei Erbverträgen ist zwischen dem **Errichtungsstatut** (für das ebenfalls eine Teilrechtswahl zugelassen ist, Art. 25 Abs. 3 EuErbVO) und dem **Erbstatut** zu unterscheiden (Art. 22 EuErbVO). Wählbar ist jeweils ein Recht, das nach Art. 22 EuErbVO in Betracht kommt, wobei die Vertragsbeteiligten bzgl. der materiellen Wirksamkeit und der Bindungswirkung des Erbvertrags das Recht des Landes wählen können, dessen Staatsangehörigkeit auch nur einer von ihnen

<sup>57</sup> Frank/Döbereiner, Nachlassfälle mit Auslandsbezug Rn. 399 f.

<sup>58</sup> Dazu näher Weber, ZEV 2015, 503.

<sup>59</sup> Siehe etwa Leopold, ZEV 2014, 139, Weber, notar 2015, 296, 304, und Dutta, IPRax 2015, 32, 35.

<sup>60</sup> Anstatt vieler Döbereiner, DNotZ 2014, 323, 336 f.; Frank/Döbereiner, Nachlassfälle mit Auslandsbezug Rn. 429.

<sup>61</sup> Strittig; dafür etwa Frank/Döbereiner, Nachlassfälle mit Auslandsbezug Rn. 436 und Bauer, Zak 2017, 64, 66. Zweifeln Mankawski in Deixler-Hübner/Schauer, EuErbVO, Art. 1 Rn. 44. Die Anrechnung von Schenkungen auf den Todesfall ist jedenfalls vom Erbstatut erfasst (Art. 23 Abs. 2 lit. i EuErbVO).

<sup>62</sup> Näher Nordmeier, ZErB 2013, 112.

besitzt, während die Rechtswahl bzgl. des anwendbaren Erbrechts für jeden beteiligten Erblasser an den Anforderungen des Art. 22 EuErbVO zu messen ist.

## II. Formulierungsvorschläge und Muster

### 1. Vorbemerkungen

Angesichts des Vorteils einer vom Erblasser getroffenen Rechtswahl, durch die Verweisung auf das Recht der Staatsangehörigkeit klare Verhältnisse zu schaffen und die Rechtsnachfolge gegenüber den Ungewissheiten zu immunisieren, die sich aus der Anknüpfung an den letzten gewöhnlichen Aufenthalt oder gar aus der Anwendung der Ausweichklausel ergeben, gehört es zu den Aufgaben eines jeden Rechtsberaters, den Erblasser bei der Errichtung einer letztwilligen Verfügung in einem bereits gegebenen oder zu erwartenden grenzüberschreitenden Kontext über die Möglichkeit der Rechtswahl zu informieren und gegebenenfalls eine entsprechende Bestimmung in die letztwillige Verfügung aufzunehmen.<sup>63</sup> 36

### 2. Fallgruppen zur Gestaltung von Rechtswahlerklärungen in Testamenten

**a) Erblasser ist Staatsbürger von A/D mit gewöhnlichem Aufenthalt in A/D.** 37  
Bestehen keine Anhaltspunkte für einen internationalen Bezug (zB Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts ins Ausland), kann eine vorsorgliche Rechtswahl auf das Staatsangehörigkeitsrecht getroffen werden; zwingend ist dies nicht.<sup>64</sup> Sicherheitshalber kann zur Dokumentation auch festgehalten werden, dass sich der gewöhnliche Aufenthalt in A/D befindet.

**Beispiel:**<sup>65</sup> Ich bin ausschließlich deutsche/r Staatsbürger/in und habe meinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland. Diesen will ich auch dauerhaft beibehalten. Vorsorglich wähle ich für die Rechtsnachfolge von Todes wegen in mein gesamtes Vermögen sowie für Fragen der Rechtswirksamkeit dieses Testaments<sup>66</sup> das deutsche Recht.

**Alternative:**<sup>67</sup> Ich bin ausschließlich deutsche/r Staatsbürger/in und habe meinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland. Diesen will ich auch dauerhaft beibehalten. Eine Rechtswahl habe ich bisher nicht getroffen und möchte ich auch nicht treffen. Rein vorsorglich widerrufe ich frühere Rechtswahlerklärungen.<sup>68</sup>

Der Testamentsverfasser hat darauf hingewiesen, dass die getroffenen Anordnungen ausländischem Recht unterliegen können, wenn ich im Zeitpunkt meines Todes meinen gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland habe.

**b) Erblasser ist Staatsbürger von A/D mit gewöhnlichem Aufenthalt im Ausland.** 38  
In einem solchen Fall ist eine Rechtswahl auf das Staatsangehörigkeitsrecht insb. dann zu empfehlen,

<sup>63</sup> Anstatt vieler *Schauer*, AnwBl 2016, 254, 259 f. Ausführliche Formulierungsvorschläge, bezogen auf einzelne Staaten, finden sich bei *Heinig*, RNotZ 2014, 281.

<sup>64</sup> *Odersky*, notar 2013, 3, 7.

<sup>65</sup> *Odersky*, notar 2013, 3, 7.

<sup>66</sup> Die materielle Wirksamkeit des Testaments wird gesondert von Art. 22 EuErbVO in Art. 24 EuErbVO geregelt. Formal handelt es sich dabei um eine eigene Rechtswahl.

<sup>67</sup> *Frank/Dübereiner*, Nachlassfälle mit Auslandbezug Rn. 122; s. auch *Heinig*, RNotZ 2014, 197, 217.

<sup>68</sup> *Weber*, notar 2015, 296, 298.

- wenn besondere Gestaltungen, die nur das Staatsangehörigkeitsrecht kennt, gewünscht werden (zB Ersatz- oder Nacherbschaft, Testamentsvollstreckung) oder
- wenn das überwiegende Vermögen in A/D liegt und die Möglichkeit eröffnet werden soll, dass die Erben das Nachlassverfahren einverständlich in A/D abwickeln, oder
- wenn Pflichtteilsrechte nach dem Staatsangehörigkeitsrecht aus Sicht des Erblassers „günstiger“ als im Staat des gewöhnlichen Aufenthalts sind oder
- wenn die Staatsangehörigkeit als dauerhaft beständige Anknüpfung gewünscht wird, weil sich der gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers im Lauf des Lebens ändern kann oder nur schwer feststellbar ist.<sup>69</sup>

**Beispiel:**<sup>70</sup> Ich bin ausschließlich deutsche/r Staatsbürger/in und habe meinen gewöhnlichen Aufenthalt in XY-Land. Diesen will ich auch beibehalten. Ich wähle hiermit für die Rechtsnachfolge von Todes wegen in mein gesamtes Vermögen sowie für Fragen der Rechtswirksamkeit dieses Testaments<sup>71</sup> das deutsche Recht als mein Staatsangehörigkeitsrecht.

Der Testamentsverfasser hat mich insbesondere darauf hingewiesen, dass

- die Rechtswahl nicht nur für das heute errichtete Testament, sondern für alle Aspekte der Rechtsnachfolge von Todes wegen (wie zB auch für Pflichtteilsrechte) gilt, dies mit allen Änderungen,<sup>72</sup> die sich künftig ergeben;
- ohne Rechtswahl das Erbrecht des gewöhnlichen Aufenthaltsort im Todeszeitpunkt zur Anwendung kommen würde. Der Testamentsverfasser kann darüber als Alternative zu meinen heutigen Verfügungen nicht im Einzelnen beraten.

### 39 c) Erblasser ist ausländischer Staatsbürger mit gewöhnlichem Aufenthalt in A/D.

Will der ausländische Staatsangehörige seine Erbfolge nach dem Recht von A/D gestalten, kann inhaltlich eine Erklärung mit dem Hinweis auf den gewöhnlichen Aufenthalt gestaltet werden, der auch mit Kriterien der Dauer, Schulbesuch der Kinder, Kontakte in den Heimatstaat etc angereichert werden kann. Eine bestätigende Rechtswahl auf das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt ist in der EuErbVO nicht vorgesehen. Das Testament sollte dann aber einen ausdrücklichen Hinweis enthalten, dass inhaltliche Bestimmungen unwirksam werden, wenn der Erblasser vor seinem Tod seinen gewöhnlichen Aufenthalt ins Ausland verlegt. Ergänzend kann klargestellt werden, dass eine konkludente Rechtswahl auf das Staatsbürgerschaftsrecht nicht beabsichtigt ist. Falls der Erblasser in Betracht zieht, die Staatsangehörigkeit von A/D anzunehmen, kann die Erklärung um eine vorsorgliche Rechtswahl auf das Staatsangehörigkeitsrecht ergänzt werden.<sup>73</sup>

**Beispiel:**<sup>74</sup> Ich bin ausschließlich Staatsbürger/in von XY-Land und habe meinen gewöhnlichen Aufenthalt in A/D. Ich will diesen auch dauerhaft beibehalten.

Eine Wahl meines derzeitigen Staatsangehörigkeitsrechts wünsche ich ausdrücklich nicht, sodass das heute errichtete Testament auf dem Recht von A/D beruht.

<sup>69</sup> *Odersky*, notar 2013, 3, 7; *Frank/Döbereiner*, Nachlassfälle mit Auslandsbezug R.n. 160 f.

<sup>70</sup> *Odersky*, notar 2013, 3, 7; *Kroll-Ludwigs*, notar 2016, 75, 76.

<sup>71</sup> Die materielle Wirksamkeit des Testaments wird gesondert von Art. 22 EuErbVO in Art. 24 EuErbVO geregelt. Formal handelt es sich dabei um eine eigene Rechtswahl.

<sup>72</sup> *Everts*, NotBR 2015, 3, 8.

<sup>73</sup> *Odersky*, notar 2013, 3, 7.

<sup>74</sup> *Odersky*, notar 2013, 3, 8; *Frank/Döbereiner*, Nachlassfälle mit Auslandsbezug R.n. 123 und 233.