

Berlin, im Januar 2010
Stellungnahme Nr.: 3/2010
www.anwaltverein.de

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins

durch den Erbrechtsausschuss

zum

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 (Erbrechts-Verordnung, KOM (2009)154 endgültig) vom 14.10.2009

Mitglieder des Erbrechtsausschusses:

Rechtsanwalt Dr. Andreas Frieser (Vorsitzender)
Rechtsanwältin Dr. Stephanie Herzog
Rechtsanwalt bei dem Bundesgerichtshof Richard Lindner
Rechtsanwalt Dr. Christian von Oertzen
Rechtsanwalt und Notar Dr. Hubertus Rohlfing (Berichterstatter)
Rechtsanwalt Dr. Stephan Scherer

zuständige DAV-Geschäftsführerin:

Rechtsanwältin Angelika Rüstow

Verteiler:

- Bundesministerium der Justiz
- SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag
- CDU/CSU-Fraktion des Deutschen Bundestages, Arbeitsgruppe Recht
- Fraktionen Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag
- FDP-Fraktion im Deutschen Bundestag
- DIE LINKE.-Fraktion im Deutschen Bundestag
- Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende des FORUM Junge Anwaltschaft
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Familienrecht im Deutschen Anwaltverein
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Erbrecht im Deutschen Anwaltverein
- Deutscher Richterbund
- Deutscher Juristinnenbund
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Bundesnotarkammer
- Bundesgerichtshof, Bibliothek
- Deutscher Notarverein
- Deutscher Familiengerichtstag e.V.
- Deutsches Forum für Erbrecht e.V.
- Bundesverband der Freien Berufe
- Verband Deutscher Anwaltsnotare e.V.
- ver.di - Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft, Bundesfachgruppe Justiz
- Wissenschaftliche Vereinigung für Familienrecht
- Redaktionen der NJW; FamRZ; FuR; Familie, Partnerschaft und Recht

- Europäische Kommission – Generaldirektion Justiz, Freiheit und Sicherheit
- Rechtsausschuss im Europäischen Parlament
- Ausschuss Bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres im Europäischen Parlament
- Rat der Europäischen Union
- Ständige Vertretung der Bundesrepublik Deutschland bei der EU
- Vertretungen der deutschen Bundesländer in Brüssel
- Rat der Europäischen Anwaltschaften (CCBE)

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV hat derzeit ca. 67.000 Mitglieder und vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

I.

Anknüpfungskriterien zur Bestimmung des auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendenden Rechts (internationales Privatrecht).

Der DAV begrüßt einhellig, dass der Grundsatz der Nachlassseinheit gewahrt und damit der gesamte Nachlass eines Erblassers nur einem einzigen Erbstatut unterworfen wird.

Als Anknüpfungskriterium zur Bestimmung des anzuwendenden Rechts befürwortet der Ausschuss nach wie vor die Staatsangehörigkeit des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes.

Allerdings sollte dem Erblasser die Möglichkeit eingeräumt werden, für die Rechtsnachfolge in seinen gesamten Nachlass das Recht des Staates zu wählen, in dem er im Zeitpunkt der Rechtswahl oder seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte.

Die gesetzliche Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit verdient nach wie vor den Vorzug. Die Gesichtspunkte, die in der Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins aus März 2006 dazu angeführt wurden, haben nichts von ihrer Bedeutung verloren und sind auch durch die Erwägungen, welche die Kommission zur Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt anführt, nicht erschüttert worden.

Der Begriff der Staatsangehörigkeit ist eindeutig definiert. Er enthält kein subjektives Tatbestandselement.

Das Erbrecht unter Ehegatten, die regelmäßig dieselbe Staatsangehörigkeit besitzen, fällt auch dann nicht auseinander, wenn ein Ehepartner berufsbedingt seinen Arbeitsplatz in einen anderen Mitgliedstaat verlegt und dadurch in dem anderen Mitgliedstaat seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

Nach der Begründung des Entwurfes soll das Anknüpfungskriterium den Mittelpunkt der Lebensinteressen des Erblassers widerspiegeln und häufig dem Ort entsprechen, an dem sich der größte Teil des Vermögens des Erblassers befindet. Dieses Ziel wird eher erreicht bei der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit als an den gewöhnlichen Aufenthalt. Typischerweise ist der Erblasser regelmäßig am ehesten mit der Rechtskultur des Staates verbunden, dessen Staatsangehörigkeit er zumeist von Geburt an hat, in dem er seine Ausbildung genossen und dessen Rechtsordnung ihm während dieser Zeit vermittelt worden ist. Der Erblasser ist regelmäßig von den Rechtsvorstellungen dieses Staates geprägt. Das Erbrecht fremder Staaten ist ihm regelmäßig nicht vertraut, auch wenn er dort seinen gewöhnlichen Aufenthalt - zumeist erst nach Abschluss seiner Ausbildung - genommen hat.

Hat sich der gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers in einem fremden Staat dadurch verfestigt, dass er dort die Ausbildung genossen und die Sprache erlernt hat, wird er regelmäßig einen Antrag stellen, dessen Staatsangehörigkeit zu erwerben, dem in derartigen Fällen regelmäßig stattgegeben wird.

Die Erwartung, die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt werde die Integration fördern, vermag nicht zu überzeugen. Dabei ist nicht einmal erkennbar, aus welchen Qualifikationsmerkmalen des gewöhnlichen Aufenthalts sich die Förderung der Integration ergeben soll. Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes wird in der Verordnung nicht definiert, obwohl andere erbrechtliche Begriffe eine ausdrückliche Bestimmung in Art. 2 der Verordnung erfahren haben.

Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes bleibt daher unbestimmt und ist der Gefahr einer unterschiedlichen Auslegung durch die Gerichte verschiedener Mitgliedsstaaten ausgesetzt. Diese Gefahr behindert eher die Integration, da sie das Vertrauen des Erblassers auf die Anwendung einer bestimmten Rechtsordnung für die Rechtsnachfolge von Todes wegen in sein Vermögen nicht schützt.

Die Integration folgt aus der Wahrnehmung der Freizügigkeit. Sie wird gefördert, wenn der Erblasser darauf vertrauen kann, dass die Rechtsnachfolge in sein Vermögen von dem Wechsel des gewöhnlichen Aufenthaltes unberührt bleibt. Das anzuwendende Recht sollte nicht von den Zufälligkeiten des gewöhnlichen Aufenthaltes abhängig sein, die umso stärker eintreten, je häufiger der Erblasser von seiner Freizügigkeit Gebrauch macht.

Das Erbrecht ist ein für die Integration unzureichend geeignetes Instrument. Es erreicht den Erblasser naturgemäß nicht mehr. Geht es um die Integration der Erben, ist dafür der gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers ungeeignet, da die Erben häufig nicht den gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers teilen. Allerdings teilen sie regelmäßig die Staatsangehörigkeit des Erblassers. Haben die Erben den gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat als der Erblasser, wird der Zweck der Integration von Anfang an nicht erreicht.

Die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit führt nur dann nicht zu eindeutigen Ergebnissen, wenn der Erblasser eine doppelte Staatsangehörigkeit besitzt. Bei doppelter Staatsangehörigkeit des Erblassers sollte auf dessen effektive Staatsangehörigkeit abgestellt werden, die regelmäßig durch den gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes bestimmt wird.

War der Erblasser staatenlos oder kann dessen Staatsangehörigkeit nicht festgestellt werden, sollte auch in diesem Falle die Verordnung dahingehend ergänzt werden, das auf den gewöhnlichen Aufenthalt abgestellt wird.

Das Kollisionsrecht der Mitgliedstaaten stellt bisher mehrheitlich ebenfalls auf die Staatsangehörigkeit ab.

Die Begründung in dem Entwurf, alle modernen Rechtsinstrumente wie das Haager Erbrechtsübereinkommen stellten auf den gewöhnlichen Aufenthalt als Anknüpfungskriterium ab, ist nicht tragfähig. Dabei wird übersehen, dass das Haager Übereinkommen über das auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anwendbare Recht vom 01.08.1989 noch nicht in Kraft getreten ist. Es ist bisher lediglich von Argentinien, Luxemburg und der Schweiz gezeichnet und von den Niederlanden am 27.09.1996 ratifiziert worden. Demgemäß billigen derzeit nur zwei Mitgliedstaaten, nämlich Luxemburg und die Niederlande, das Haager Übereinkommen. Dieses Übereinkommen kann daher nicht zur Feststellung einer gemeinschaftlichen Überzeugung zur Bestimmung des anwendbaren Rechts herangezogen werden.

Die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit ist auch nicht diskriminierend im Sinne von Art. 12 EGV. Im internationalen Privatrecht ist die Staatsangehörigkeit nicht Differenzierungskriterium, sondern allgemein geltendes Anknüpfungsmoment, das sowohl für Inländer wie auch für Ausländer gilt und schon deshalb keine Diskriminierung enthalten kann.

Auch der Europäische Gerichtshof hat in seinem Urteil vom 14.10.2008 („Grunkin-Paul“) bei der Anknüpfung im Namensrecht an die Staatsangehörigkeit keine Diskriminierung im Sinne des Art. 12 EGV gesehen.

Der Europäische Gerichtshof hat in seinem Urteil vom 16.07.2009, Rechtssache C-168/08, ebenfalls die Bedeutung der Staatsangehörigkeit hervorgehoben. Auch wenn es in jenem Fall um die internationale Zuständigkeit des Gerichts geht, die sich nach dem gewöhnlichen Aufenthalt richtet, hat der Europäische Gerichtshof der Bedeutung der Staatsangehörigkeit dadurch Rechnung getragen, dass es den Parteien bei doppelter Staatsangehörigkeit freistehe, das Gericht des Staates, das mit dem Rechtsstreit befasst werden soll, zu wählen. Es dürfe nicht lediglich auf den gewöhnlichen Aufenthalt in einem Mitgliedsstaat abgestellt werden.

Der Ausschuss empfiehlt, dem Erblasser eine Rechtswahl zugunsten des Rechtes des Staates zu gewähren, in dem er seinen gewöhnlichen Aufenthalt genommen hat. Diese Rechtswahl wird der Erblasser ausüben, wenn sich sein gewöhnlicher Aufenthalt in dem anderen Mitgliedstaat erheblich verfestigt hat.

Der Ausschuss weist für den Fall, dass es gemäß dem Entwurf der Verordnung bei der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt und der Rechtswahl zugunsten der Staatsangehörigkeit verbleibt, auf folgendes hin:

Die Verordnung enthält in Art. 2 mehrere Begriffsbestimmungen. Es fehlt die Definition des „gewöhnlichen Aufenthaltes“ im Sinne des Art. 16. Ein erheblicher Teil der Unsicherheiten, die mit der unterschiedlichen Auslegung dieses Begriffes durch nationale Gerichte verbunden sind und die sich daher bei der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt als nachteilig auswirken, könnte vermieden werden, wenn der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes näher definiert wird.

Das Haager Übereinkommen vom 01.08.1989 verlangt eine Zeitspanne von fünf Jahren zur Begründung des gewöhnlichen Aufenthaltes. Der Europäische Gerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 02.04.2009 (EuGH C 523/07) den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne von Art. 8 Brüssel II a - Verordnung wie folgt definiert, dort den Aufenthalt eines Kindes betreffend:

“Unter dem gewöhnlichen Aufenthalt ist der Ort zu verstehen, der Ausdruck einer gewissen sozialen und familiären Integration (des Kindes) ist. Hierfür sind insbesondere die Dauer, die Regelmäßigkeit und die Umstände des Aufenthalts in einem Mitgliedstaat sowie die Gründe für diesen Aufenthalt und den Umzug der Familie in diesen Staat, die Staatsangehörigkeit (des Kindes), Ort und Umstände der Einschulung (hier besser: der Ausbildung), die Sprachkenntnisse sowie die familiären und sozialen Bindungen (des Kindes) in dem betreffenden Staat zu berücksichtigen.“

Der gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers wird durch dessen Lebensmittelpunkt geprägt.

Die Verordnung sollte daher um eine Definition dieses Begriffes im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes ergänzt werden.

Ändert eine nicht voll geschäftsfähige Person den gewöhnlichen Aufenthalt ohne den Willen des gesetzlichen Vertreters, so führt diese Änderung allein nicht zur Anwendung eines anderen Rechts. Auch diese Klarstellung sollte in die Verordnung aufgenommen werden.

Bei Art. 17 Ziffer. 1 der Verordnung ist noch der Zeitpunkt zu ergänzen, zu dem die Angehörigkeit zu dem Staat vorliegen muss, dessen Recht für die Rechtsnachfolge von Todes wegen gewählt ist. Der Ausschuss empfiehlt, Art. 17 Ziffer 1, 2. Halbsatz wie folgt zu formulieren: „...dessen Staatsangehörigkeit sie im Zeitpunkt der Rechtswahl oder im Zeitpunkt des Todes besitzt“.

In Art. 18 ist das anwendbare Recht für Erbverträge im Einzelnen geregelt. Es fehlt eine Regelung für das gemeinschaftliche Testament.

Es wird vorgeschlagen, Art. 18 um die nachfolgende Ziffer 5 zu ergänzen:

„Auf ein gemeinschaftliches Testament sind die Vorschriften dieses Artikels entsprechend anzuwenden“.

Gemeinschaftliche Testamente sollten den Erbverträgen hinsichtlich des anwendbaren Rechts gleichgestellt werden, da die vertragsmäßige Verfügung im Erbvertrag der wechselbezüglichen Verfügung im gemeinschaftlichen Testament in ihren Wirkungen gleich steht. Art. 2 c der Verordnung enthält eine Definition des Erbvertrages. Mit der Verwendung des Begriffes „Vereinbarung“ ist eine vertragsmäßige Verfügung gemeint. Der Ausschuss hält es für fraglich, ob auch der Entzug von Rechten vertragsmäßig sein soll. Dies ist im deutschen Recht nicht vorgesehen, § 2278 Abs. 2 BGB.

Die Definition des „gemeinschaftlichen Testamentes“ in Art. 2 d der Verordnung ist in mehrfacher Hinsicht zu berichtigen. Ein gemeinschaftliches Testament sollte nicht von zwei oder mehr beliebigen Personen errichtet werden können, sondern nur von Ehegatten oder eingetragenen Lebenspartnern.

In der Bestimmung der Arten einer Verfügung ist die Definition zu eng. Sie erlaubt nur die Erbeinsetzung, nicht aber Vermächtnisse und Auflagen. Diese Eingrenzung ist nicht nachvollziehbar, vgl. § 2270 Abs. 3 BGB. Beim Erbvertrag sind sämtliche Verfügungen zulässig, durch die Rechte einer oder mehrerer Personen am künftigen Nachlass begründet, geändert (oder entzogen?) werden können. Diese Formulierung sollte auch für Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament übernommen werden, wobei der Entzug von Rechten wie beim Erbvertrag nicht zulässig sein sollte. Für eine Begrenzung auf eine Erbeinsetzung ist ein sachlicher Grund nicht erkennbar.

II. Zum Formstatut:

Die Formwirksamkeit von Verfügungen von Todes wegen ist aus dem Anwendungsbereich der Verordnung herausgenommen worden, Art. 19 Ziffer 2k. Gemäß Art. 45 der Verordnung wird auf das Haager Übereinkommen über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht vom 05.10.1961 verwiesen. Dieses Übereinkommen ist aber nur auf einseitige und gemeinschaftliche Testamente anwendbar, jedoch nicht auf Erbverträge. Für Erbverträge gilt weiterhin das nationale internationale Privatrecht, für Deutschland Art. 26 Abs. 4 EGBGB. Es wäre wünschenswert, dass in der Verordnung auch das auf die Formwirksamkeit des Erbvertrages anwendbare Recht gesetzlich geregelt wird.

III. Internationale Zuständigkeit:

Der Ausschuss begrüßt die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt für die Zuständigkeit des Gerichts.

Diese Anknüpfung widerspricht nicht der vom Ausschuss für das anwendbare Recht vorgesehenen Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit. Ein Gleichlauf, wie er vor dem 01.09.2009 für deutsche Gerichte vorgesehen war, erleichtert zwar dem angerufenen Gericht die Anwendung seines Heimatrechtes, aber es würde die Integration und das Verständnis eines fremden Rechts begünstigen, wenn sich das angerufene Gericht mit dem Erbrecht eines anderen Mitgliedstaates befassen müsste. Seit der zum 01.09.2009 in Kraft getretenen FamFG-Reform sind die deutschen Gerichte gemäß § 105 i.V.m. § 343 Abs. 1 FamFG insbesondere auch dann für die Erteilung eines unbeschränkten Fremdrechtserscheins zuständig, wenn ein ausländischer Erblasser zurzeit des Erbfalls seinen Wohnsitz im Inland hatte, vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung zur FGG-Reform vom 09.05.2007, Seite 490.

Art. 5 Ziffer 1, erster Halbsatz, der Verordnung ist als Folgeänderung neu zu fassen, wenn kraft Gesetzes für das anwendbare Recht auf die Staatsangehörigkeit abgestellt wird. Er sollte wie folgt lauten:

„Ist das Recht eines Mitgliedstaates Erbstatut, kann...“

Art. 5 Ziffer 3 könnte in der Fassung des Entwurfes das von einem Beteiligten angerufene Gericht dazu verleiten, die vorgesehene Frist von acht Wochen untätig verstreichen zu lassen, um seine Zuständigkeit zu vermeiden. Der Ausschuss empfiehlt eine Regelung, dass das von einem Beteiligten gemäß Art. 5 Ziffer 1 angerufene Gericht innerhalb von acht Wochen sich für unzuständig erklären muss, nachdem es gemäß Abs. 2 angerufen worden ist. Sollte es diese Frist verstreichen lassen, bleibt es zuständig.

IV. Anerkennung öffentlicher Urkunden:

Es sollte klargestellt werden, ob zu diesen amtlichen Urkunden auch der nationale Erbschein gehört. Nach der Neufassung des § 2369 BGB i.V.m. §§ 105, 343 Abs.1 FamFG sind die deutschen Nachlassgerichte nicht mehr nur für die in Deutschland belegenen Vermögensgegenstände zuständig, sondern für das Weltvermögen des Erblassers, auch wenn es ausländischem Recht unterliegt. Der Erbschein bezeugt das Erbrecht zum gesamten Vermögen des Erblassers.

Auch das Verhältnis zum Europäischen Nachlasszeugnis ist zu klären.

Der nationale Erbschein sollte neben dem europäischen Nachlasszeugnis gleichwertig Bestand haben.

V. Das Europäische Nachlasszeugnis:

Nach Art. 42 ist das Europäische Nachlasszeugnis weitgehend mit den gleichen Gutglaubens- und Legitimationswirkungen ausgestattet wie der deutsche Erbschein. Um Missbrauch zu vermeiden, ist in Art. 43 Ziffer 2 der Verordnung vorgesehen, dass die vom Gericht zu erteilenden Ausfertigungen dieses Zeugnisses die vorgenannten Wirkungen lediglich für einen begrenzten Zeitraum von drei Monaten entfalten.

Der Schutz vor Missbrauch dieses Nachlasszeugnisses wird allein durch die Frist von drei Monaten nicht gewährleistet. Nach Auffassung des Ausschusses ist diese Frist nicht geeignet, den wahren Erben vor Missbrauch eines fälschlicherweise zugunsten eines anderen ausgestellten Nachlasszeugnisses zu schützen. Der Ausschuss empfiehlt, die verfahrensrechtlichen Vorkehrungen vorzusehen, die in §§ 352 ff. FamFG vorgesehen sind. Dem Nachlasszeugnis sollte stets ein Beschluss des

angerufenen Gerichts vorausgehen. Widerspricht der Beschluss dem erklärten Willen eines Beteiligten, ist der Beschluss den Beteiligten bekannt zu geben. Das angerufene Gericht hat in diesem Falle die sofortige Wirksamkeit des Beschlusses auszusetzen und die Erteilung des Nachlasszeugnisses bis zur Rechtskraft des Beschlusses zurückzustellen. Art. 40 Ziffer 1 Satz 2 der Verordnung ist zu streichen und durch eine Regelung entsprechend § 352 FamFG zu ersetzen.

Art. 41 Ziffer 2k der Verordnung kann in der Praxis zu Schwierigkeiten führen, wenn die zulässigen Handlungen einen großen Umfang annehmen. Der Satz sollte vielmehr weitergeführt und um folgenden Halbsatz ergänzt werden:

„...oder die von den vorbezeichneten Personen nicht vorgenommen werden dürfen“.