

Palacký-Universität in Olmütz

Juristische Fakultät

Mgr. Marika Langner LL.M.

**Die beschränkte Rechtswahl im internationalen Erbrecht nach der Europäischen  
Erbrechtsverordnung aus der Sicht des deutschen Rechts**

Rigoreuse Arbeit

Olomouc, 2022

## Erklärung / Prohlášení

Hiermit erkläre ich, dass ich meine Arbeit mit dem Titel *Die beschränkte Rechtswahl im internationalen Erbrecht nach der Europäischen Erbrechtsverordnung aus der Sicht des deutschen Rechts* selbständig verfasst und alle verwendeten Quellen angegeben habe.

—

Prohlašuji, že jsem rigorózní práci na téma *Die beschränkte Rechtswahl im internationalen Erbrecht nach der Europäischen Erbrechtsverordnung aus der Sicht des deutschen Rechts* vypracovala samostatně a citovala jsem všechny použité zdroje.

Potsdam: .....      Unterschrift / Podpis: .....

## Das Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
BeckOGK	beck-online.GROßKOMMENTAR zum Zivilrecht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
DNotI	Deutsches Notarinstitut
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
ErbR	Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis
ErwGr	Erwägungsgrund
EuErbVO	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
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
jurisPK-BGB	Der juris PraxisKommentar BGB
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern.

MüKoBGB	Münchener Kommentar zum BGB
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
Rom III-VO	Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 des Rates vom 20. Dezember 2010 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts
Rom II-VO	Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“)
Rom I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I)
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung

## Inhalt

Erklärung / Prohlášení	2
Das Abkürzungsverzeichnis	3
Inhalt	5
<b>1. Einleitung: Rechtfertigung, Aufbau und Ziel der Arbeit</b>	<b>8</b>
<b>2. Bedeutung, Grundsätze der Rechtswahl und Geltungsbereich der EuErbVO</b>	<b>12</b>
2.1. Parteiautonomie	13
2.2. Geltungsbereich der EuErbVO	18
2.2.1. Zeitlicher Geltungsbereich	18
2.2.2. Räumlicher Geltungsbereich	19
2.2.2.1. Internationalität - Frage nach dem grenzüberschreitenden Bezug	21
2.2.2.2. Relevanz für bilaterale und multilaterale Staatsverträge der Mitgliedstaaten mit Drittstaaten	22
2.2.3. Sachlicher Geltungsbereich	25
<b>3. Testierfreiheit und Pflichtteilsrecht als zentrale Ausprägung des Erbrechts</b>	<b>27</b>
3.1. Einführung	28
3.1.1. Geschichte und Entstehung der Testierfreiheit und Pflichtteilsrecht	29
3.2. Verfassungsrechtliche Dimension	32
3.3. Stärkung der Testierfreiheit	38
<b>4. Bedürfnis nach mehr Parteiautonomie - neue Gestaltung der Rechtswahl de lege ferenda</b>	<b>41</b>
4.1. Zwischenergebnis	45
<b>5. Gestaltungsmöglichkeit Nr. 1: Freie Rechtswahl mit einem Bremsmechanismus</b>	<b>47</b>
5.1. Rechtfertigung einer freien Rechtswahl	47
5.2. Freie Rechtswahl mit einem Bremsmechanismus	52
5.3. Fazit	56

<b>6. Gestaltungsmöglichkeit Nr. 2: Rechtswahl mit Ausschluss des ordre-public Vorbehalts bezüglich des Pflichtteilsrechts</b>	<b>57</b>
6.1. Allgemein - Begriff und die Entstehungsgeschichte	58
6.2. Ordre public im EuErbVO - Voraussetzungen, Zuständigkeitsprinzip und Beispiele	59
6.3. Ordre public - Verstoß gegen das Pflichtteilsrecht	65
6.4. Fazit	68
<b>7. Gestaltungsmöglichkeit Nr. 3: Katalog an wählbaren Rechten</b>	<b>71</b>
7.1. Gewöhnlicher Aufenthalt des Erblassers	72
7.1.1. Allgemein	72
7.1.2. Begriff und seine Auslegung	76
7.1.2.1. Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthaltes	78
7.1.2.2. Arten des gewöhnlichen Aufenthaltes	81
7.1.2.3. Ausweichklausel	82
7.1.3. Fazit	84
7.2. Staatsangehörigkeit des Erblassers	86
7.2.1. Künftige und frühere Staatsangehörigkeit des Erblassers	88
7.2.2. Mehrstaater, Staatenlose, Flüchtlinge	90
7.2.3. Staaten mit mehr als einem Rechtssystem	92
7.2.3.1. Interlokale Rechtsspaltung	93
Interlokale Rechtsspaltung mit interlokalem Kollisionsrecht (Art. 36 Abs. 1) - indirekte Verweisung	94
Interlokale Rechtsspaltung ohne interlokales Kollisionsrecht (Art. 36 Abs. 2)	94
7.2.3.2. Interpersonale Rechtsspaltung	96
7.3. Das Güterstatut des Erblassers	98
7.4. Das Belegenheitsstatut - die lex rei sitae der Immobilie	100
7.5. Andere Anknüpfungspunkte	103

7.6. Fazit	103
<b>8. Zusammenfassung</b>	<b>106</b>
Abstrakt	<b>118</b>
Abstract	<b>118</b>
Seznam klíčových slov	<b>119</b>
List of keywords	<b>119</b>

# 1. Einleitung: Rechtfertigung, Aufbau und Ziel der Arbeit

Bereits während meines postgradualen Studiums in Deutschland vor einigen Jahren ist mir aufgefallen, wie wichtig aus juristischer Sicht die Übertragung des Wohnsitzes ist. Umso deutlicher ist die Erkenntnis nachdem man im Ausland eine Familie gründet oder geschäftlich tätig wird und dabei Vermögenswerte schafft oder erwirbt. Der Umgang mit Aktiven oder Passiven ist ein lebenslanges Thema. Da das menschliche Leben jedoch begrenzt ist und keiner die Frage seines Erbfales ganz vermeiden kann, kommt für jeden die Zeit, in der die Frage der Erbfales geregelt werden muss. Unabhängig davon, ob willkürlich oder subsidiarisch per Gesetz, entweder zu Lebzeiten oder postmortalisch. Die Endlichkeit des Lebens ist eine *conditio humana*.<sup>1</sup> Die Wichtigkeit des Erbrechts ist daher unbestritten. Die Frage, die sich in dieser Arbeit stellt, lautet daher nicht ob, sondern wie man die Rechtsfolge regelt. Die entscheidende Leistung dieser Arbeit liegt dabei in der Untersuchung der willkürlichen Erbfolge mit grenzüberschreitenden Rechtsfragen. Einzelne nationale Erbrechtsregelungen werden bis auf Einzelheiten der deutschen Rechtsordnung nicht untersucht, bzw. nur unter der Voraussetzung, dass sie für diese Arbeit von Bedeutung sind.

Die im Jahr 2015 in Kraft getretene Europäische Erbrechtsverordnung („EuErbVO“<sup>2</sup>) ändert die bis jetzt geltende Regelung des internationalen Erbrechts wesentlich und zum einen hebt die Wichtigkeit des Wohnsitzes für einen global agierenden Erblasser hervor, zum anderen gibt ihm die Möglichkeit einer Rechtswahl. Aus der Sicht einer im Ausland lebenden Person beschäftige ich mich daher auf den folgenden Seiten mit der Frage nach der Möglichkeit der freien Rechtswahl eines im Ausland lebenden Erblassers.

Auf den folgenden Seiten wird die Rechtswahl in Art. 22 Abs. 1 untersucht. **Sehr kritisch wird die Regelung gesehen, dass die Zulassung der Parteiautonomie (bzw. Testierfreiheit) in der Erbrechtsverordnung mit Einführung einer sehr begrenzten Rechtswahlmöglichkeit erfolgte. Es wird behauptet, dass die Beschränkung der Rechtswahl zu weit geht.** Das sollte bereits der Titel dieser Arbeit **“Die beschränkte Rechtswahl im internationalen Erbrecht nach**

---

<sup>1</sup> GEIMER, R., *Die europäische Erbrechtsverordnung im Überblick*, in: HAGER, J., *Die neue europäische Erbrechtsverordnung*, 1. Auflage, Baden-Baden 2013, S. 9

<sup>2</sup> Art. ohne Gesetzesangabe sind solche des EuErbVO

**der Europäischen Erbrechtsverordnung aus der Sicht des deutschen Rechts**“ demonstrieren. Diese Arbeit analysiert, inwieweit der künftige Erblasser im europäischen Erbrecht seine Sphäre selbst bestimmen kann bzw. zukünftig könnte.

**Der Hauptgedanke dieser Arbeit beruht auf der kritischen Untersuchung der Frage, welche Gestaltungsmöglichkeiten der Rechtswahl das Prinzip der Testierfreiheit besser als die aktuelle Fassung reflektieren würden. Zum einen wird nach neuen Anknüpfungsmomenten gesucht, zum anderen ordre-public-Vorbehalt untersucht, welches ebenso Einfluss auf die Testierfreiheit des Erblassers hat und der der Rechtswahl noch zusätzliche Begrenzung verschafft.**

**Ziel dieser Arbeit ist eine mehr testierfreiheit-orientierte Rechtswahl vorzustellen, gleichzeitig aber die Pflichtteilsberechtigten zu berücksichtigen. Dafür wird folgende Hypothese formuliert: Die Testierfreiheit des Erblassers kann trotz des Pflichtteilsrechts ausgedehnt werden.**

Es wird die Ansicht vertreten, dass in der Regelung de lege lata ein Wertungswiderspruch vorliegt. Denn jede Person kann zu Lebzeiten über ihr Eigentum beinahe uneingeschränkt verfügen. Der Verordnungsgeber hat sich in der EuErbVO aber dafür entschieden, dem Erblasser lediglich eine beschränkt formulierte Rechtswahl zu ermöglichen, ohne die grundrechtlich verankerte Testierfreiheit angemessen zu berücksichtigen.

Mit der EuErbVO wurde nämlich die gesamte Rechtsnachfolge von Todes wegen grundsätzlich dem Recht, das nach der objektiven Anknüpfung zu bestimmen ist, unterworfen, also dem Recht des Staates, in dem der Erblasser zum Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Da wir uns aber im Erbrecht in der Sphäre des Privatrechts befinden, ist dem Erblasser im Rahmen seiner in den jeweiligen Verfassungen<sup>3</sup> verankerten Grundrechten ein Spielraum ermöglicht worden, um seinen Nachlass frei und ganz nach seinem

---

<sup>3</sup> Ohne auf einzelne Regelungen einzugehen, siehe Art. 17 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union: “Jede Person hat das Recht, ihr rechtmäßig erworbenes Eigentum zu besitzen, zu nutzen, darüber zu verfügen und es zu vererben. Niemandem darf sein Eigentum entzogen werden, es sei denn aus Gründen des öffentlichen Interesses in den Fällen und unter den Bedingungen, die in einem Gesetz vorgesehen sind, sowie gegen eine rechtzeitige angemessene Entschädigung für den Verlust des Eigentums. Die Nutzung des Eigentums kann gesetzlich geregelt werden, soweit dies für das Wohl der Allgemeinheit erforderlich ist.” und Art. 14 Abs. 1 des GG: “Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt.”

Willen richten zu können. Dies hat der Verordnungsgeber durch die im Art. 22 verankerte Rechtswahl berücksichtigt. Der Erblasser kann seinen Willen nach der EuErbVO ausdrücken und die gesamte Rechtsnachfolge kann von Todes wegen dem Recht des Staates unterliegen, dessen Staatsangehörigkeit er im Zeitpunkt der Rechtswahl oder im Zeitpunkt seines Todes besitzt.

Wenn man sich das Thema komplex anschaut und über den Sinn der *de lege lata* begrenzten Rechtswahl nachdenkt, stellt sich die Frage, wessen Rechte hier eigentlich geschützt werden - die des Erblassers oder die der Erben? Ganz offensichtlich stoßen hier an der Verordnungsebene zwei erbrechtliche Prinzipien aufeinander, die Parteiautonomie bzw. Testierfreiheit und Familienerbrecht mit seinem Pflichtteilsrecht. Nach der Verhältnismäßigkeitsprüfung wird sich ergeben, dass das Pflichtteilsrecht auf der nationalen Ebene viel zu stark genutzt wird, um die Beschränkung der Testierfreiheit des Erblassers zu rechtfertigen. Es wird härter durchgegriffen als erforderlich. Dementsprechend wird vertreten, dass der Verordnungsgeber die Rechtswahl an ihren Anknüpfungsmomenten ohne einen legitimen Grund zu haben unangemessen beschränkt hat, und dass in der Regelung *de lege lata* ein Wertungswiderspruch vorliegt.

Auf den folgenden Seiten wird anhand einer Analyse der theoretischen Erörterung in der interdisziplinären Literatur, der höchstrichterlichen Rechtsprechung versucht zu beweisen, dass die Rechtswahl in der EuErbVO ohne einen triftigen Grund unangemessen begrenzt ist und dass eine weitergehende Rechtswahlfreiheit eröffnet werden kann. Die Auslegung der grundlegenden erbrechtlichen Prinzipien wird in ihrer historischen Entstehung vorgestellt. Mit Analyse der geltenden Rechtslage einschließlich ihrer Erwägungsgründen, die sich mit der Thematik befassen, sowie der bestehenden Rechtsprechung wird der derzeitige Widerspruch auch anhand der grammatikalischen und teleologischen Auslegung offenbart.

Diese Arbeit ist in mehrere Kapitel untergliedert, die sorgfältig gewählt wurden, um das Ziel der Arbeit zu verfolgen. Das zweite Kapitel widmet sich dem allgemeinen Grundsatz des erbrechtlichen Kollisionsrechts, die Parteiautonomie als Ausprägung der Privatautonomie. Anschließend wird der Geltungsbereich der Verordnung besprochen, um die Grundfragen zu erörtern.

Das dritte Kapitel liegt Fokus auf das Spannungsverhältnis der zwei wichtigsten und gegeneinander stehenden erbrechtlichen Prinzipien (Testierfreiheit und Pflichtteilsrecht). Aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird sich ergeben, dass das Institut des Pflichtteilsrechts für die Beschränkung der Rechtswahl missbraucht wird. Die Beschränkung der Rechtswahl ist nicht zu rechtfertigen, weil es härter durchgegriffen wird als erforderlich. Darauf aufbauend zeigt sich, weshalb die Rechtswahl eine andere Gestaltungsmöglichkeit bedarf.

Im vierten Kapitel werden drei Gestaltungsmöglichkeiten vorgestellt, um welche sich die Rechtswahl neu definieren lässt.

Kern der Arbeit liegt dann in dem fünften, sechsten und siebten Kapitel, in denen konkrete Gestaltungsmöglichkeiten der Rechtswahl präsentiert werden. Auf der ersten Stelle wird eine freie Rechtswahl vorgestellt, in der Erblasser jedes Recht wählen kann, zu dem eine objektive Verbindung existiert und solange keine der Pflichtteilsberechtigten Personen ein "Bremsmechanismus" ausübt. Als nächste Gestaltungsmöglichkeit wird die aktuelle Fassung der Rechtswahl mit der Abweichung vorgestellt, den *ordre-public* Vorbehalt bezüglich des Pflichtteilsrechts auszuschließen. Zunächst wird die Gestaltungsmöglichkeit vorgestellt, die eine Erweiterung des geschlossenen Katalogs der wählbaren Rechten vorsieht.

Mit der abschließenden Zusammenfassung wird dann rekapituliert und zusammengefasst, welche Ziele der Arbeit erreicht wurden.

Die kollisionsrechtliche Lage wird in dieser Arbeit systematisch dargestellt und kritisch hinterfragt. Primär wird die deutsche Literatur zur Behandlung des Themas bis Ende 2021 herangezogen. Es werden insbesondere deutsche Rechtsdatenbanken zu Hilfe gezogen, aber auch einschlägige Literatur aus der Bibliothek und dem Zeitschriftenlesesaal der Universität Potsdam sowie die deutsche online Datenbank *beck-online*.

## 2. Bedeutung, Grundsätze der Rechtswahl und Geltungsbereich der EuErbVO

Den Zweck und die Bedeutung einer Rechtswahl sollte man vorerst in einem etwa breiteren Kontext sehen. Die praktische Bedeutung einer einheitlichen europäischen Regelung lässt sich darin sehen, dass es jährlich eine Unmasse von Erbfällen mit Auslandsbezug gibt, dessen Wert nicht gerade vernachlässigbar ist. Im Jahr 2019 konnte man Angaben finden, dass es um Jährlich ca. 450.000 Erbfälle mit grenzüberschreitendem Bezug, davon ca. 100.000 innerhalb der EU gibt, mit Gesamtwert von rund 120 Mrd. Euro.<sup>4</sup> Die Bedeutung der europäischen Regelung ist alleine im Hinblick auf das Volume der Erbfälle mit Auslandsbezug enorm.

Eine Verfügung von Todes wegen nimmt in eigenen Hände rund 24 % der volljährigen EU Bevölkerung, der Rest verlässt sich auf die gesetzliche Erbfolge. In diesem Zusammenhang sollte man noch einen weiteren interessanten Zusammenhang sehen. Eine Person kann zwar davon ausgehen, sie hätte die Kenntnis und kenne die Folgen über eine gesetzliche oder testamentarische Erbfolge nach der "eigenen" Rechtsordnung. Nur wenige werden sich jedoch bewusst sein, welche erbrechtlichen Folgen beim Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts auftreten. Im Bezug darauf, wird dies als eine faktische Schwäche der EuErbVO gesehen. Der Normalbürger muss sich nicht der Folge des Statutenwechsels bei einem Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts bewusst sein und geht davon aus, dass ein anderer Erbstatut für ihn maßgeblich ist.<sup>5</sup> Der Normalbürger hat gewöhnlich keine juristische Bildung und orientiert sich, wenn überhaupt, nur an seine Rechtsordnung. Es ist zumindest eine verhaltenspsychologische Aufgabe des Gesetzgebers - nicht gerade leichte - dafür zu sichern, dass das Rechtsbewusstsein der Bevölkerung die aktuelle Rechtslage reflektiert. Denn nur dann kann Regelung effektiv angewendet werden und minimiert damit weitere Kosten.

---

<sup>4</sup> LORENZ, S. (2018), *Vorlesung Internationales Privatrecht (IPR)* [Vorlesungsfolien]; S.440. [http://lorenz.userweb.mwn.de/lehre/ipr/iprfohlen18\\_19.pdf](http://lorenz.userweb.mwn.de/lehre/ipr/iprfohlen18_19.pdf)

<sup>5</sup> SOUTIER, M., *Die Geltung deutscher Rechtsgrundsätze im Anwendungsbereich der Europäischen Erbrechtsverordnung*, Köln, 2015, S. 74 - 75.

Alleine aus den Zahlen und Summen, die in Erbsachen zirkulieren, geht hervor, dass die Wichtigkeit einer einheitlich geregelten europäischen Regelung in Erbsachen unumstritten ist. *Zweigert* wies bereits im 1966 darauf hin, dass ohne Vereinheitlichung des Personalstatuts einschließlich des Erbkollisionsrechts in der Gemeinschaft auf längere Sicht „desintegrative Effekte nicht ausbleiben“. Darüber hinaus sollte auch schon mit dem Vertrag von Amsterdam aus dem 1997 ein einheitlicher Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts geschaffen werden, und damit die Unterschiede im internationalen Erbrecht und gerade innerhalb der EU zu beseitigt werden.<sup>6</sup> In diesem Zusammenhang, auch wenn etwa später als in den 60en Jahren, gründet die Verabschiedung der EuErbVO eine einfache einheitliche Rechtslage. Global gesehen sollte es dazu beitragen, dass sich viel mehr Personen in dieser Regelung auskennen und sich ihren Rechten und rechtlicher Handlungen bewusst werden.

An Bedeutung der Rechtswahl lässt sich nicht zweifeln, Begründung warum die europäische Verordnung über eine Rechtswahl verfügen muss, ist kristallklar und umso bedeutungsvoller ist die Frage, in welchem Umfang die Rechtswahl in die EuErbVO einbezogen werden sollte und welche Staaten bzw. welche Personen von der EuErbVO betroffen sind. Aus diesem Grund wird als Nächste der Geltungsbereich der EuErbVO näher erläutert.

Gleichzeitig muss das IPR verschiedene Interessen berücksichtigen, um die Lösung zu finden, die geeignet und angemessen ist, die Interessen des künftigen Erblassers und des Staates zu wahren. Nach der herrschenden Ansicht<sup>7</sup> hat das IPR die Aufgabe, die Rechtsordnung zu ermitteln, die am besten geeignet ist, und nicht das beste sachliche Ergebnis liefert. Dabei spielen die Interessen des Staates und der Beteiligten ebenso eine Rolle wie die objektiven, kollisionsrechtlichen, materiell-rechtlichen und verfassungsrechtlichen Wertungen.<sup>8</sup>

## 2.1. Parteiautonomie

---

<sup>6</sup> MüKoBGB, 8. Aufl., 2020, *Internationales Privatrecht* I Teil 4. Internationales Erbrecht Vorbemerkung zu Art. 1 EuErbVO, Rn. 15.

<sup>7</sup> KROPHOLLER, J., *Internationales Privatrecht*, 6. Aufl., Tübingen 2006, S. 31-36.

<sup>8</sup> ebd.

Die Bedeutung der Parteiautonomie ist darin zu sehen, dass die Rechtswahl als subjektive Anknüpfung in den letzten Jahren sehr an Bedeutung gewonnen hat und sich auf verschiedene Bereiche ausweitet.<sup>9</sup> Die Parteiautonomie spiegelt sich zum Beispiel im Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO, Art. 14 Rom II-VO oder Art. 5 Abs. 1 Rom III-VO wider. Der zunehmende Trend der Rechtswahlmöglichkeiten enthält zwei Aspekte: erstens die Entscheidungskompetenz des Einzelnen und zweitens die zunehmende Globalisierung.<sup>10</sup> In *dubio libertas* heißt ein alter Grundsatz, aus dem sich zum Teil gerade die Möglichkeit einer freien Rechtswahl ergibt. Die Freiheit der Rechtswahl ist nach diesem Grundsatz gegeben, wenn sich der Gesetzgeber nicht entschließen kann, ein bestimmtes und nicht manipulierbares Statut festzulegen oder überhaupt keine Anknüpfung vorschreibt.<sup>11</sup> Die kollisionsrechtliche Freiheit der Rechtswahl wird von dem Begriff Parteiautonomie umfasst, der zwar vom Begriff Privatautonomie zu unterscheiden ist<sup>12</sup>, aber gewisse Parallelen aufweist.<sup>13</sup>

Jede Rechtsordnung, und damit auch jeder Staat, schützt die eigenen Interessen durch zwingende Normen, die aber gerade durch das wählbare Recht umgangen werden können.<sup>14</sup> Deswegen muss die Frage beantwortet werden, ob die Rechtswahl im internationalen Privatrecht zugelassen werden sollte und wenn ja, in welchem Umfang.

Die Bedeutung der Parteiautonomie ist darin zu sehen, dass die Rechtswahl als subjektive Anknüpfung in den letzten Jahren sehr an Bedeutung gewonnen hat und sich auf verschiedene Bereiche ausweitet.<sup>15</sup> Die Parteiautonomie spiegelt sich zum Beispiel im Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO, Art. 14 Rom II-VO oder Art. 5 Abs. 1 Rom III-VO wider. Der zunehmende Trend der Rechtswahlmöglichkeiten enthält zwei Aspekte: erstens die Entscheidungskompetenz des Einzelnen und zweitens die zunehmende Globalisierung.<sup>16</sup> In *dubio libertas* heißt ein alter Grundsatz, aus dem sich zum Teil gerade die Möglichkeit einer freien Rechtswahl ergibt. Die

---

<sup>9</sup> BAR, C.V./MANKOWSKI, P., *Internationales Privatrecht*, Band I, 2. Aufl., München 2003, S. 592.

<sup>10</sup> ROTH, A., *Die Wahl ausländischen Rechts im Familien- und Erbrecht*, Band 39, Baden-Baden 2013, S. 7.

<sup>11</sup> KROPHOLLER, J., *Internationales Privatrecht*, 6. Aufl., Tübingen 2006, S. 296.

<sup>12</sup> VOGELER, A., *Die freie Rechtswahl im Kollisionsrecht der außervertraglichen Schuldverhältnisse*, Tübingen 2013, S. 6.

<sup>13</sup> SPICKHOFF, A., *Einführung in die Thematik*, In: SPICKHOFF, A. (Hrsg.), *Symposium Parteiautonomie im Europäischen Internationalen Privatrecht*, Band 1, Bonn 2014, S. 5.

<sup>14</sup> RAUSCHER, T., *Internationales Privatrecht: Mit internationalem Verfahrensrecht*, 4. Aufl., C.F. Müller 2012, S. 74.

<sup>15</sup> BAR, C.V./MANKOWSKI, P., *Internationales Privatrecht*, Band I, 2. Aufl., München 2003, S. 592.

<sup>16</sup> ROTH, A., *Die Wahl ausländischen Rechts im Familien- und Erbrecht*, Band 39, Baden-Baden 2013, S. 7.

Freiheit der Rechtswahl ist nach diesem Grundsatz gegeben, wenn sich der Gesetzgeber nicht entschließen kann, ein bestimmtes und nicht manipulierbares Statut festzulegen oder überhaupt keine Anknüpfung vorschreibt.<sup>17</sup> Die kollisionsrechtliche Freiheit der Rechtswahl wird von dem Begriff Parteiautonomie umfasst, der zwar vom Begriff Privatautonomie zu unterscheiden ist<sup>18</sup>, aber gewisse Parallelen aufweist.<sup>19</sup>

Bejaht wird hier die Auffassung von Vogeler<sup>20</sup>, nach der die zwei Grundsätze (Privat- und Parteiautonomie) inhaltlich nicht voneinander getrennt zu betrachten seien, denn die Parteiautonomie kann man als Ergänzung der Privatautonomie verstehen. Die Parteiautonomie wird nicht deshalb beachtet, weil sie über dem Gesetz steht, sondern weil sie auch wie die Privatautonomie von Gesetzes wegen erlaubt ist. Die Abhängigkeit der Parteiautonomie von der Rechtsordnung zeigt auch ihre Grenzen auf. Ihre Ausübung muss sich mit den Zielen und Wertungen der Rechtsordnung vereinbaren lassen. Die generelle Möglichkeit der Rechtswahl unterliegt der Parteiautonomie, der Rechtswahlstatut der Privatautonomie.<sup>21</sup>

Manche Rechtsgebiete ermöglichen den Betroffenen die Wahl zwischen allen Rechtsordnungen der Welt, manche ermöglichen nur eine beschränkte Rechtswahl, womit der Gesetzgeber einen bestimmten Spielraum schafft.<sup>22</sup>

Allgemein wird die Rechtswahlfreiheit oft mit Rechtssicherheit und Kostenminimierung orientierten Überlegung begründet und par excellence verkörpert sie die Bedeutung für die Realisierung des Binnenmarktziels.<sup>23</sup> Seit den 1930er Jahren ist die Parteiautonomie in Deutschland für das Vertragsstatut höchstrichterlich angesehen und inzwischen setzte sie sich auch in anderen Bereichen, etwa dem Delikts- und Personalstatut, zu den Eckpfeilern des Europäischen Kollisionsrechts durch.<sup>24</sup> Traditionell war es gerade Erbrecht, welches durch

---

<sup>17</sup> KROPHOLLER, J., *Internationales Privatrecht*, 6. Aufl., Tübingen 2006, S. 296.

<sup>18</sup> VOGELER, A., *Die freie Rechtswahl im Kollisionsrecht der außervertraglichen Schuldverhältnisse*, Tübingen 2013, S. 6.

<sup>19</sup> SPICKHOFF, A., *Einführung in die Thematik*, In: SPICKHOFF, A.(Hrsg.), *Symposium Parteiautonomie im Europäischen Internationalen Privatrecht*, Band 1, Bonn 2014, S.5.

<sup>20</sup> VOGELER, A., *Die freie Rechtswahl im Kollisionsrecht der außervertraglichen Schuldverhältnisse*, Tübingen 2013, S. 9-13.

<sup>21</sup> VOGELER, A., *Die freie Rechtswahl im Kollisionsrecht der außervertraglichen Schuldverhältnisse*, Tübingen 2013, S. 9-13.

<sup>22</sup> KROPHOLLER, J., *Internationales Privatrecht*, 6. Aufl., Tübingen 2006, S. 297.

<sup>23</sup> *MüKoBGB*, 8. Aufl., 2020, *Internationales Privatrecht I Teil 1. Einleitung zum Internationalen Privatrecht*, Rn. 37.

<sup>24</sup> WELLER/BENZ/THOMALE: *Rechtsgeschäftsähnliche Parteiautonomie*, ZEuP 2017, S. 253.

eingeschränkter Entscheidungs- und Dispositionsfreiheit der Privatrechtssubjekte geprägt war. In der letzten Zeit zeigt sich aber auch in diesem traditionell kollisionsrechtlich eingeschränktem Rechtsgebiet das Interesse an der parteiautonomeren Bestimmung des anzuwendenden Rechts. Das hängt zu einem von der hohen Personenmobilität im Binnenmarkt und zu anderem von der Zunahme „internationaler“ Familien und Paare ab.<sup>25</sup> Für die Einbeziehung einer Rechtswahl sprechen mehrere Faktoren. Zum einen trägt die Rechtswahl zur Rechtssicherheit im europäischen Rechtsraum bei. Eine klare Rechtswahlvereinbarung kann Streitigkeiten über das anwendbare Recht vorbeugen, Gefahren des forum shopping sowie die bei einem Rechtsstreit anfallenden Kosten vermindern. Zum anderen stellt eine Rechtswahl konstitutive Bedeutung für die Realisierung des Binnenmarktziels dar.<sup>26</sup>

Das dem heutigen IPR zugrundeliegende Prinzip der engsten Verbindung wurde insbesondere von *Savigny* geprägt und bedeutet, dass bei jedem Rechtsverhältnis jenes Recht gesucht werden muss, dem dieses Rechtsverhältnis angehört oder unterworfen ist bzw. in dem das Rechtsverhältnis seinen „Sitz“ hat.<sup>27</sup> Ein weiterer führender Gedanke des IPR, von *Mancini* geprägt, ergänzt das Prinzip der engsten Verbindung. Nach ihm ist die Reichweite der Parteiautonomie mit den Gestaltungsfreiheiten im materiellen Recht zu begründen. Im materiellen Erbrecht ist die Wertung indem verankert, indem der Erblasser über seine Rechtsnachfolge innerhalb der gesetzlichen Grenzen disponieren kann und sein letzter Wille daher Priorität hat, wovon sich eben kollisionsrechtlich eine Wahlfreiheit ergibt.<sup>28</sup>

Es gibt mehrere Gründe die für Einführung der Rechtswahl im Erbrecht sprechen. Zuerst basierend an *Locke*, *Rousseau* und *Kant* ist das die natürliche Freiheit und Selbstbestimmung des Menschen, welche die echte Parteiautonomie rechtfertigen und hervorheben, dass der Mensch frei darin ist, Willensäußerungen zu tätigen und bei Übereinstimmung mit einer anderen Person Absprachen zu bilden. Zweitens, abgeleitet aus dem Grundsatz der allgemeinen

---

<sup>25</sup> BROSCHE, M., *Rechtswahl und Gerichtsstandsvereinbarung im internationalen Familien- und Erbrecht der EU*. Mohr Siebeck, 2019, S. 1.

<sup>26</sup> MüKoBGB, 8. Aufl., 2020, *Internationales Privatrecht I Teil 1. Einleitung zum Internationalen Privatrecht*, Rn. 36-37.

<sup>27</sup> BROSCHE, M., *Rechtswahl und Gerichtsstandsvereinbarung im internationalen Familien- und Erbrecht der EU*. Mohr Siebeck, 2019, S. 5-6.

<sup>28</sup> BROSCHE, M., *Rechtswahl und Gerichtsstandsvereinbarung im internationalen Familien- und Erbrecht der EU*. Mohr Siebeck, 2019, S. 8.

Handlungsfreiheit lässt sich die Rechtswahl als Menschenrecht verstehen, denn sie „als Instrument der rechtssicheren Orientierung in einer multi-jurisdiktionellen Welt“ erforderlich geworden sei. Nicht zuletzt erschafft sie Planbarkeit und Rechtssicherheit, indem jeder Erblasser, dessen Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts zu einem Statutenwechsel führen würde, durch eine vorausschauende Rechtswahl seinen Nachlass sicherer planen kann. Zum Schluss spricht für die Rechtswahl die von *Stefan Arnold* kollisionsrechtliche Gerechtigkeit. Diese bedeutet, dass man zum jeweiligen Rechtsverhältnis die räumlich am passendsten richtige Rechtsordnung findet, was durch das Prinzip der engsten Verbindung geschieht.<sup>29</sup>

Allgemein bedeutet eine Rechtswahl nichts anderes als das, dass der Erblasser eine Rechtsordnung beruft, welches gegenüber dem objektiv anwendbaren Statut aus seiner Sicht vorteilhafter ist. Das kann für Dritte, die am Auswahlvorgang nicht beteiligt waren, in der Tat mit Nachteilen verbunden werden.<sup>30</sup>

Die Anerkennung der Parteiautonomie als allgemeines Anknüpfungsprinzip wird nicht automatisch schrankenlos gewährleistet. Es sind zu einem die ordnungspolitischen Zielsetzungen, die durch Eingriffsnormen verwirklicht und zu anderem der adäquater Schutz schwächerer Parteien gewährleistet werden müssen. Aus diesem Grund werden Techniken verwendet, um diese Spannung zu regulieren und aus diesem Grund ist im Erbrecht die Wahl solcher Rechtsordnungen zu gestatten, zu denen eine objektiv enge Verbindung besteht.<sup>31</sup> Es wird behauptet, dass die Rechtswahl aufgrund von Rechtssicherheit im internationalen Erbrecht eingeschränkt formuliert wird.<sup>32</sup>

Das Prinzip der engsten Verbindung wird im Erbrecht nicht nur in dem verwirklicht, in dem die kollisionsrechtlichen Interessen an einer Vorhersehbarkeit des anwendbaren Rechts und einer möglichst effizienten internationalen Streitbeilegung im Fokus stehen, sondern dass dazu noch der Gedanke einer Vertrautheit mit dem Recht der sozialen Umwelt kommt.<sup>33</sup>

Der Maßstab der engsten Verbindung kann aus subjektiver Sicht jenes Erblassers weitauseinander gehen, weswegen sich der Verordnungsgeber dafür entschieden hat, die

---

<sup>29</sup> Weller/Benz/Thomale: Rechtsgeschäftsähnliche Parteiautonomie, ZEuP 2017, S. 264-267.

<sup>30</sup> WELLER/BENZ/THOMALE: *Rechtsgeschäftsähnliche Parteiautonomie*, ZEuP 2017, S. 269.

<sup>31</sup> *MüKoBGB*, 8. Aufl., 2020, *Internationales Privatrecht I Teil 1. Einleitung zum Internationalen Privatrecht*, Rn. 38.

<sup>32</sup> NISHITANI, Y., *Mancini und die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht*, Heidelberg 1997, S. 316.

<sup>33</sup> *MüKoBGB*, 8. Aufl., 2020, *Internationales Privatrecht I Teil 1. Einleitung zum Internationalen Privatrecht*, Rn. 30.

Rechtswahl in der EuErbVO schließlich sehr restriktiv zu verabschieden, und zwar nur zugunsten des Rechts der Staatsangehörigkeit, die der Erblasser im Zeitpunkt der Rechtswahl oder des Todes besitzt, mit dem Argument, das Pflichtteilsrecht nicht umgehen zu können.<sup>34</sup>

Es ist zu bedenken, ob diese Auffassung der Rechtswahl, tatsächlich den besten Schutz davor bietet, das Pflichtteilsrecht nicht umgehen zu können. Denn, genauso missbräuchlich kann sich schließlich im konkreten Fall auch die Wahl des Heimatrechts erweisen und auch eine bewusste Aufenthaltsumlagerung in einen Staat mit einem geringeren Schutzniveau für Angehörige nicht auszuschließen ist. Alleine aus dieser Sicht ist die Beschränkung der Rechtswahl nicht plausibel, weil der effektiver und gezielter Schutz der Drittinteressen durch Beschränkung der Parteiautonomie nicht sichergestellt wird.<sup>35</sup>

Ganz offensichtlich ist es das Institut des Pflichtteilsrechts welches im Wege steht und verhindert, dass die Parteiautonomie im europäischen Erbrecht deutlicher zum Vorschein gebracht wird. Aus diesem Grund wird im nächsten Kapitel die Konkurrenz zwischen Pflichtteilsrecht und Testierfreiheit analysiert.

## **2.2. Geltungsbereich der EuErbVO**

### **2.2.1. Zeitlicher Geltungsbereich**

Bereits im März 2012 hat das Europäische Parlament dem Text der EuErbVO zugestimmt und am 7. 6. 2012 hat der Rat die EuErbVO gebilligt.<sup>36</sup> Danach, zum 16.8.2012 trat sie in Kraft und erst der 17.8.2015 gilt als der Geltungsbeginn der Verordnung – dieser Tag bezeichnet den Zeitpunkt, an dem die Organe der EU und die Mitgliedstaaten an die in Kraft getretene Verordnung gebunden sind.<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> DEIXLER-HÜBNER, A./SCHAUER, M., *Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung*, Baden-Baden 2015, S. 184.

<sup>35</sup> KROLL-LUDWIGS, K. (2013). *Die Rolle der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht)*, Band 97, Mohr Siebeck, 2013, S. 503-504.

<sup>36</sup> JANZEN, U., *Die EU-Erbrechtsverordnung*, DNotZ 2012, S. 484.

<sup>37</sup> MüKoBGB/Dutta, 7. Aufl., 2018, EuErbVO Art. 84, Rn. 2.

Es ist der Art. 83, der festlegt, auf welche Sachverhalte die Verordnung in zeitlicher Hinsicht anzuwenden ist. In diesem Artikel wird die intertemporale Anwendbarkeit der Verordnung geregelt. Dabei werden in den Abs. 2–4 die berechtigten Erwartungen der Erblasser geschützt, die nach dem für den intertemporalen Anwendungsbereich maßgeblichen Stichtag versterben, aber bereits zuvor eine Rechtswahl getroffen oder testiert haben.<sup>38</sup>

Den Mitgliedstaaten stand es allerdings frei, krafts nationales Rechts, den zeitlichen Anwendungsbereich vor den Stichtag auszuweiten. Das kann auch noch jetzt von Interesse sein - gerade im Hinblick auf die Wirksamkeit einer Rechtswahl zugunsten des Staatsangehörigkeitsrechts für Erbfälle vor dem Stichtag in einigen Rechtsordnungen, wie zum Beispiel in Frankreich, wo man weder eine Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit noch eine Rechtswahlfreiheit kannte.<sup>39</sup>

### **2.2.2. Räumlicher Geltungsbereich**

Die Verordnung gilt in allen Mitgliedstaaten der EU mit Ausnahme von Dänemark, Irland und dem Vereinigten Königreich – dazu die ErwGr 82 und 83.

Diese drei Staaten erfreuen sich aus unterschiedlichen geschichtlichen und rechtspolitischen Gründen einer besonderen Stellung bei Maßnahmen im Bereich des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Irland und dem Vereinigten Königreich wurde darüber hinaus durch eine opt-in Erklärung offen gelassen, die Verordnung nachträglich anzunehmen. Im Sinne der EuErbVO werden deswegen Dänemark, Irland und das Vereinigte Königreich nicht als Mitgliedstaaten, sondern als Drittstaaten behandelt.<sup>40</sup> In Bezug auf die jüngsten Ereignisse sind Auswirkungen des Brexits für die Anwendung der EuErbVO nicht von großer Bedeutung, da das Vereinigte Königreich weiterhin wie ein Drittstaat behandelt wird.<sup>41</sup> In der Praxis bedeutet dies, dass diese Drittstaaten ihr nationales autonomes IPR im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten weiterhin anwenden – andersrum wird in den Mitgliedstaaten (im Sinne

---

<sup>38</sup> MüKoBGB/Dutta, 7. Aufl., 2018, EuErbVO Art. 83, Rn. 1.

<sup>39</sup> MüKoBGB/Dutta, 7. Aufl., 2018, EuErbVO Art. 83, Rn. 1.

<sup>40</sup> MüKoBGB/Dutta, 7. Aufl., 2018, Internationales Erbrecht Vorbemerkung zu Art. 1 EuErbVO, Rn. 28-29.

<sup>41</sup> HÖRDT, M. (2019). *Pflichtteilsrecht und EU-ErbVO*, S. 138.

der EuErbVO) im Gegensatz zu den drei Protokollstaaten das gemeinsame IPR der EuErbVO gelten.<sup>42</sup>

An dieser Stelle muss darauf hingewiesen werden, dass die EuErbVO als „*loi uniforme*“ - im Sinne von Art. 288 Abs. 2 AEUV - im Hinblick auf alle Staaten ihre Geltung beansprucht. Das hat zur Folge, dass das alte nationale, autonome IPR aller europäischen Mitgliedstaaten im Gegensatz zu den Drittstaaten nicht zur Anwendung kommt und durch die Verordnung ersetzt wird, was bedeutet, dass ein zweispuriges Kollisionsrecht ausgeschlossen wird.<sup>43</sup> In der Verordnung ist der Begriff des Mitgliedstaats leider nicht definiert und im Vergleich zu anderen EU-Verordnungen (Art. 1 Abs. 3 Brüssel I-VO, Art. 2 Nr. 3 Brüssel IIa-VO)<sup>44</sup> ist diese verbesserungswürdig, um die formale Komplexität aller Begriffe bei der Gesetzgebung einzuhalten.

Die Tatsache, dass zwei EU-Staaten in dieser Verordnung nicht als Mitgliedstaaten partizipieren, brachte weitere Diskussionen mit sich. Diskutiert wurde, ob diese als Drittstaaten zu behandeln sind oder, ob sie eine weitere Kategorie eines nicht teilnehmendes Staates darstellen. Die herrschende Meinung ist der Ansicht, dass diese zwei Staaten wie Drittstaaten zu behandeln sind.<sup>45</sup> Dem ist zuzustimmen, weil wie schon in den obigen Zeilen geschrieben, besteht hier die Parallele, dass in diesen Staaten genau wie auch in allen anderen Drittstaaten ihr nationales autonomes IPR im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten weiterhin angewendet wird.

Gerade wegen der geschilderten Meinungsverschiedenheiten und um einer gewissen Ungewissheit vorzubeugen, ist es zu empfehlen, eine Definition des Begriffs „Mitgliedstaat“ in den Text der Verordnung *de lege ferenda* wie folgt einzubinden:

Art. 1 Abs. 3: *“In dieser Verordnung bedeutet der Begriff „Mitgliedstaat“ jeder Mitgliedstaat der EU mit Ausnahme des Königreichs Dänemark und Irland.“*

---

<sup>42</sup> JAUERNIG/STÜRNER, *Bürgerliches Gesetzbuch: mit Rom-I-, Rom-II-VO, EuUnthVO/HUntProt und EuErbVO*, 17. Aufl., 2018, EuErbVO Art. 84, Rn. 3.

<sup>43</sup> JAUERNIG/STÜRNER, *Bürgerliches Gesetzbuch: mit Rom-I-, Rom-II-VO, EuUnthVO/HUntProt und EuErbVO*, 17. Aufl., 2018, EuErbVO Art. 84, Rn. 3.

<sup>44</sup> MüKoBGB/DUTTA, 7. Aufl., 2018, *Internationales Privatrecht I* Teil 4. Internationales Erbrecht Vorbemerkung zu Art. 1 EuErbVO, Rn. 29.

<sup>45</sup> FUCHS, A., (2015, August 4). *The new EU Succession Regulation in a nutshell*. Zuletzt bgerufen am 8.5.2022 von [https://link.springer.com/article/10.1007/s12027-015-0391-2?error=cookies\\_not\\_supported&code=dd6423c4-c445-4e4b-9f63-2b2c093fbab8](https://link.springer.com/article/10.1007/s12027-015-0391-2?error=cookies_not_supported&code=dd6423c4-c445-4e4b-9f63-2b2c093fbab8)

### 2.2.2.1. Internationalität - Frage nach dem grenzüberschreitenden Bezug

Damit die Verordnung überhaupt zur Anwendung kommt, muss ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegen. In der Verordnung im Art. 1 fehlt jedoch eine ausdrückliche Regelung des Auslandsbezugs, was aber im Endeffekt unschädlich ist, weil die Kollisionsnormen der EuErbVO nur bei Bezügen zu einem Staat zwangsläufig dessen Recht zur Anwendung bringen.<sup>46</sup> Die Bedingung des grenzüberschreitenden Charakters des Sachverhaltes ergibt sich beispielsweise aber aus dem ErwGr 1, in dem verankert ist, dass, *„... die Union im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen, die einen grenzüberschreitenden Bezug aufweisen, Maßnahmen zu erlassen hat...“*. Darüber Hinaus hat zur Erforderlichkeit des grenzüberschreitenden Charakters bereits der EuGH Stellung genommen, als er in seinem Urteil vom 16.7.2020, in der Rechtssache C-80/19, darauf hingewiesen hat, dass die Verordnung Nr. 650/2012 auf der Grundlage von Art. 81 Abs. 2 AEUV erlassen wurde, die nur Zivilsachen mit grenzüberschreitendem Bezug betrifft.<sup>47</sup>

Die fehlende allgemeine Definition des grenzüberschreitenden Charakters ist jedoch im Vergleich zu anderen europäischen Verordnungen allenfalls unklar, denn z.B. im Art. 1 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO; 1 Abs. 1 S. 1 Rom II-VO; 1 Abs. 1 Rom III- VO kann ein Relativsatz *„die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen“* gefunden werden. Ein solcher Relativsatz hat vielmehr nur eine deklaratorische und klarstellende Rolle und es kann kein Umkehrschluss aus seinem Fehlen gezogen werden. Dennoch entwickelt Mankowski sein Fehlen auf einer theoretischen Ebene weiter und schreibt, dass man die EuErbVO auch in reinen Inlandsfällen vorschalten könnte, jedoch legten bei reinen Inlandsfällen alle denkbaren Anknüpfungspunkte im Inland.<sup>48</sup> Dies ist systematisch gesehen die richtige und konsequente Auslegungsweise. Denn die vorrangige Anwendung der EuErbVO im Sinne von Art. 288 AEUV ist unstrittig. Es ist jedoch bereits für die reine Kontinuität der legalen europäischen Definition (wie in der o.g. Verordnungen) ratsam dies de lege ferenda zu verbessern und den Art. 1 neu zu

---

<sup>46</sup> PALANDT/THORN, BGB, 73. Aufl., München 2013, Art. 1 EuErbVO, Rn. 1.

<sup>47</sup> Urteil des EuGH vom 16.7.2020, in der Rechtssache C-80/19

<sup>48</sup> MANKOWSKI, P. (2020). *EuGH Urt. v. 16.7.2020 – C-80/19 Zu Auslegung und Anwendungsbereich der EU ErbVO*. ErbR - Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis, Heft 10, S. 716.

formulieren, wie folgt: *“Diese Verordnung ist auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwenden, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweist. Sie gilt nicht für Steuer- und Zollsachen sowie verwaltungsrechtliche Angelegenheiten.”*

#### **2.2.2.2. Relevanz für bilaterale und multilaterale Staatsverträge der Mitgliedstaaten mit Drittstaaten**

Im weiteren Zusammenhang ist der Art. 75 für das Rechtsverhältnis der Mitgliedstaaten mit Drittstaaten maßgebend, denn in welchem Verhältnis die EuErbVO zu Drittstaaten steht, wird gerade durch Art. 75 geregelt. Nach diesem Artikel bleiben bestehende bilaterale/multilaterale Abkommen der Mitgliedstaaten mit Drittstaaten unberührt.<sup>49</sup>

Der allgemeine Grundsatz des Vorrangs von einschlägigen Übereinkommen erwirkt, dass diese Verordnung durch die Vorschriften der jeweiligen Übereinkommen verdrängt wird, wenn die Mitgliedstaaten zum Zeitpunkt der Annahme der Verordnung an diese als Vertragsstaat des Übereinkommens gebunden sind.<sup>50</sup>

Nach der herrschenden Meinung<sup>51</sup> wird behauptet, dass sich die Konstruktion des Vorbehalts des Abs. 1 UAbs. 1 bei näherem Hinsehen als sehr problematisch erweist, weshalb dieser auch als Achillesferse der Verordnung bezeichnet wird. Denn, es sind zahlreiche Abkommen und auch bilaterale/multilaterale Staatsverträge zwischen den jeweiligen Mitgliedstaaten und Drittstaaten geschlossen worden, die durch Abs. 1 UAbs. 1 vorbehalten werden.<sup>52</sup> Gemäß dieser Vorschrift bleiben also etliche internationale Übereinkommen unberührt. Im konkreten Fall bedeutet das z. B. in Deutschland, dass beispielsweise das Erbstatut bei Fällen mit Berührungspunkten zur Türkei weiterhin nach dem deutsch-türkischen Konsularvertrag geregelt ist.<sup>53</sup> Das bedeutet auch, dass das deutsch-persische

---

<sup>49</sup> JÜLICHER, M., *Handlungsbedarf aufgrund der neuen EU - Erbrechtsverordnung in der Praxis*. Zuletzt Abgerufen am 8. Mai 2022, von <https://www.iww.de/pistb/schwerpunktthema/internationales-erbrecht-handlungsbedarf-aufgrund-der-neuen-eu-erbrechtsverordnung-in-der-praxis-f76543>

<sup>50</sup> *MüKoBGB/DUTTA*, 7. Aufl., 2018, EuErbVO Art. 75, Rn. 2.

<sup>51</sup> *MüKoBGB/DUTTA*, 7. Aufl., 2018, EuErbVO Art. 75, Rn. 4.

<sup>52</sup> *ebd.*

<sup>53</sup> *Internationales Privatrecht Internationales Erbrecht*. (o. D.). juracademy.de. Zuletzt abgerufen am 13. Januar 2021, von <https://www.juracademy.de/internationales-privatrecht/internationales-erbrecht.html>

Niederlassungsabkommen, oder der deutsch-sowjetische Konsularvertrag das neue einheitliche europäische Recht in ihrem Anwendungsbereich verdrängen, und das trotz all der - im Vergleich zur EuErbVO - veralteten und abweichenden Regelungen.<sup>54</sup>

Übereinkommen mit Drittstaaten haben also Vorrang vor der EU ErbVO. In der 2015 veröffentlichten Analyse von Lechner wird darauf hingewiesen, dass die Konflikte, die sich daraus ergebenden könnten, gravierend sein können. Er empfiehlt in seiner Analyse daher, dass die EU und die betroffenen Mitgliedstaaten gemeinsam alsbald eine Neuverhandlung durchführen oder die Kündigung der Übereinkommen veranlassen sollten.<sup>55</sup>

Die oben beschriebene Problematik lässt sich sicherlich nicht einfach und schnell auf staatlicher Ebene zu regeln. Es ist für die Rechtssicherheit und Stabilität enorm wichtig, dass die abgeschlossenen bilateralen/multilateralen Staatsverträge und Abkommen mit Drittstaaten weiterhin gelten. Die Mitgliedstaaten sollten jedoch das gemeinsame Interesse vor Augen haben und sich in ihren internationalen Beziehungen darum kümmern, neue Abkommen oder bilaterale Staatsverträge zu verhandeln, damit die EuErbVO möglichst ausschließlich in allen grenzüberschreitenden Erb-Sachverhalten zur Anwendung kommt. Auch die Rechtssicherheit im Sinne der rechtssicheren Planung der betroffenen Bürger sollte berücksichtigt werden.

Noch eine weitere Problematik ist im Zusammenhang mit dem Vorrang der bilateralen Staatsverträge und Abkommen mit Drittstaaten vorhersehbar und bereits vorprogrammiert. Es bleiben die Vorschriften der Verordnung unberührt, zu denen die Staatsverträge keine Regelung enthalten oder in denen sie nicht mit der Verordnung kollidieren (das kann beispielsweise bei den Regelungen der Verordnungen über das Europäische Nachlasszeugnis, die internationale Zuständigkeit, oder die Anerkennung und Vollstreckung). Beispielhaft wird die Problematik mit dem Europäischen Nachlasszeugnis und ihre Konsequenzen näher erläutert.

Erben und andere Berechtigte würden ihre Rechtsposition aufgrund eines Staatsvertrags nicht mithilfe des Nachlasszeugnisses unionsweit einheitlich nachweisen können, wenn ihnen

---

<sup>54</sup> MüKoBGB/DUTTA, 7. Aufl., 2018, EuErbVO Art. 75, Rn. 4.

<sup>55</sup> LECHNER, K., (2015). *EU Parlament, Generaldirektion interne Politikbereichfachabteilung C:bürgerrechte und konstitutionelle Angelegenheitenrechts-und parlamentarische Angelegenheiten, Verordnung (EU) Nr. 650/2012 über Erbsachen und die Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, Eingehende Analyse*. Zuletzt abgerufen am 8. Mai 2022 von [https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/98655/IPOL\\_STU\(2015\)510003\\_DE.pdf](https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/98655/IPOL_STU(2015)510003_DE.pdf)

ein vollwertiges Europäisches Nachlasszeugnis verweigert wird. Die Verweigerung durch den vom Staatsvertrag gebundenen Mitgliedstaat oder einen anderen Mitgliedstaat bei einer Anwendbarkeit eines vorrangigen Staatsvertrages würde im Endeffekt eine Rechtsverweigerung darstellen. Daraufhin könnte also das Europäische Nachlasszeugnis selbst dann in vollem Umfang erteilt werden, wenn die vorrangigen Staatsverträge von der Verordnung abweichende Zuständigkeitsregeln und Kollisionsregeln enthalten.<sup>56</sup>

Angenommen, es käme zu einer Beschränkung oder Verweigerung des Nachlasszeugnisses, so müsste die Ausstellungsbehörde folgendes prüfen: Erstens, ob der eigene Mitgliedstaat Vertragspartei eines den betreffenden Erbfall erfassenden vorrangigen Staatsvertrages ist. Zweitens, ob einer der anderen Mitgliedstaaten Vertragspartei in einem den betreffenden Erbfall erfassenden vorrangigen Staatsvertrag ist. Aufgrund vorrangiger staatsvertraglicher Kollisionsnormen, wäre ein vollwertiges Nachlasszeugnis zu verweigern. Diese Konsequenz müsste zur Folge haben, dass auch bei allen anderen Situationen, in denen es an einem Entscheidungseinklang in der Union im Hinblick auf die zu bescheinigende Rechtsposition mangelt, wie oben beschrieben verfahren werden muss. Doch eine Einschränkung ist beim Nachlasszeugnis im Falle eines vorrangigen Staatsvertrags nötig. Im Fall, dass der Mitgliedstaat an einen vorrangigen Staatsvertrag mit abweichenden Kollisionsnormen gebunden ist, muss die Legitimationswirkung eines ausländischen Europäischen Nachlasszeugnisses nach Art. 69 Abs. 5 suspendiert werden. Ansonsten würde es dazu kommen, dass der Mitgliedstaat seine Pflichten, die sich für ihn aus dem Völkerrecht ergeben, dem Drittstaat gegenüber verletzt.<sup>57</sup>

Aus allen den Problemen, die in diesem Kapitel geschildert worden sind, wird der herrschenden Meinung zugestimmt, die dazu rät, "bilaterale Staatsverträge der Mitgliedstaaten mit Drittstaaten rasch zu kündigen oder zu reformieren".<sup>58</sup> Das sollte übrigens aus Eigeninitiative der Mitgliedstaaten geschehen, denn bereits aus der primärrechtlichen Verpflichtung nach Art. 351 Abs. 2 AEUV ergibt sich, dass die Mitgliedstaaten „alle geeigneten Mittel anwenden sollen, um die festgestellten Unvereinbarkeiten zu beseitigen“. In diesem Zusammenhang soll erwähnt

---

<sup>56</sup> *MüKoBGB/DUTTA*, 7. Aufl., 2018, EuErbVO Art. 75, Rn. 5.

<sup>57</sup> *ebd.*

<sup>58</sup> *MüKoBGB/DUTTA*, 7. Aufl., 2018, EuErbVO Art. 75, Rn. 6.

werden, dass an diese Verpflichtung manchmal erinnert wird, wie z.B. in der Güterrechtsverordnung im Art. 62 Abs. 1 EuGüVO und Art. 62 Abs. 2 EuPartVO.<sup>59</sup>

### 2.2.3. Sachlicher Geltungsbereich

Der sachliche Geltungsbereich wird in der EuErbVO sowohl positiv als auch negativ verankert. Die Verordnung ist auf Erbsachen anwendbar. Dabei ergibt sich aus dem Art. 1 Abs. 1, dass es sich um Angelegenheiten handelt, welche die Rechtsnachfolge von Todes wegen berühren. Im weiteren wird der Begriff der Rechtsnachfolge von Todes wegen im Art. 3 Abs. 1 lit. a) EuErbVO näher definiert und ist autonom auszulegen. Bei der Auslegung hilft die Negativliste im Abs. 2 und auch die Positivliste im Art. 23 Abs. 2 EuErbVO weiter, deren Fragestellungen etwa für Zwecke der internationalen Zuständigkeit ebenso in den sachlichen Anwendungsbereich der Verordnung fallen.<sup>60</sup>

Im Sinne der positiven Auflistung ist nach Art. 3 Abs. 1 lit. a) jede Vermögensweitergabe von Todes wegen aufgrund willkürlicher oder gesetzlicher Erbfolge in dem Zentralbegriff - Rechtsnachfolge von Todes wegen - erfasst. Eine Rechtsnachfolge von Todes wegen ist immer dann gegeben, wenn die Zuweisung der Vermögenswerte allein auf der Notwendigkeit basiert, im Zeitpunkt des Todes für die Rechtspositionen des Verstorbenen einen Rechtsnachfolger zu bestimmen. Die Definition ist richtig, weil ihr umfassender Charakter Aktiva sowie Passiva des Vermögens beinhaltet, weder nach der Belegenheit noch nach der Natur der Aktiva unterscheidet und ist anwendbar nicht nur für Universalsukzession aber auch für die Rechtsnachfolge von Tode wegen in Einzelgegenstände.<sup>61</sup> Dazu gehören weiterhin die Zulässigkeit sowie die materielle und formelle Wirksamkeit von Verfügungen von Todes Wegen.<sup>62</sup>

---

<sup>59</sup> MüKoBGB/DUTTA, 7. Aufl., 2018, EuErbVO Art. 75, Rn. 6.

<sup>60</sup> MüKoBGB/DUTTA, 7. Aufl., 2018, EuErbVO Art. 1, Rn. 2.

<sup>61</sup> BAR, C. V./MANKOWSKI, P. *Internationales Privatrecht*, Bd. 2: Besonderer Teil (2. Aufl., Bd. 2). Beck C. H., 2019, S. 779, Rn. 17-18.

<sup>62</sup> PALANDT/THORN, BGB, 73. Aufl., München, 2013, Art. 1 EuErbVO, Rn. 2.

Obwohl in der EuErbVO anders als z. B. in der Rom I-VO nicht ausdrücklich das Vorliegen einer Zivil- und Handelssache verlangt wird, ergibt sich diese Bedingung aus dem Ausschluss von Steuer- und Zollsachen sowie verwaltungsrechtlichen Angelegenheiten nach Art. 1 Abs. 1 S.2. Damit startet der Ausnahmekatalog mit Rechtsgebieten, für die die Anwendbarkeit der Verordnung ausdrücklich - aus unterschiedlichen Gründen - ausgeschlagen wird, der durch Abs. 2 noch vervollständigt wird.<sup>63</sup>

---

<sup>63</sup> PALANDT/THORN, *BGB*, 73. Aufl., München, 2013, Art. 1 EuErbVO, Rn. 3-4.

### 3. Testierfreiheit und Pflichtteilsrecht als zentrale Ausprägung des Erbrechts

In diesem Kapitel wird das Spannungsverhältnis der zwei wichtigsten und gegeneinander stehenden erbrechtlichen Prinzipien (Testierfreiheit und Pflichtteilsrecht) analysiert. Die Testierfreiheit wird durch das Pflichtteilsrecht begrenzt, was sich durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gerecht zeigen muss und im nächsten Abschnitt überprüft wird.

Diese Analyse ist erforderlich um feststellen zu können, in welchem Umfang sich die Rechtswahl erweitern lässt. Denn, schlussfolgernd aus vorigem Abschnitt können bei Rechtswahl lediglich nur die Rechtsordnungen zugelassen werden, die dem Prinzip der engsten Verbindung folgen. Allerdings, bevor diese Auswahl vorgestellt werden kann, muss zuerst die Problematik einer möglichen Pflichtteilsumgehung erläutert werden, welche als Hauptgrund für Beschränkung der Rechtswahl genutzt wird.

Bisher herrschten in Europa große Jurisdiktionsunterschiede und die europäischen Länder folgten unterschiedlichen Prinzipien, was das Erbrecht angeht.<sup>64</sup> Mit der Einführung der EuErbVO ist diese Rechtslage spürbar vereinheitlicht worden und die Rechtswahl wurde beschränkt eingeführt. Der ErwGr 38 EuErbVO begründet die Einschränkung der Rechtswahl damit, dass der Erblassers in seiner Rechtswahl (also Testierfreiheit) aufgrund möglicher Pflichtteilsumgehung eingeschränkt wird und lautet:

*“Diese Verordnung sollte es den Bürgern ermöglichen, durch die Wahl des auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anwendbaren Rechts ihren Nachlass vorab zu regeln. Diese Rechtswahl sollte auf das Recht eines Staates, dem sie angehören, beschränkt sein, damit sichergestellt wird, dass eine Verbindung zwischen dem Erblasser und dem gewählten Recht besteht, und damit vermieden wird, dass ein Recht mit der Absicht gewählt wird, die berechtigten Erwartungen der Pflichtteilsberechtigten zu vereiteln.”*

Die Testierfreiheit sollte als individuelles Recht des Erblassers über seine lebzeitige Rechtsgeschäfte auch über den Tod hinaus verstanden werden.<sup>65</sup> In dieser seiner Individualität wird er im Zusammenhang zur Familienerbfolge limitiert. Es ist die Konkurrenz zwischen

---

<sup>64</sup> GEIMER, R., *Die europäische Erbrechtsverordnung im Überblick*, in: HAGER, J., *Die neue europäische Erbrechtsverordnung*, Baden-Baden 2013, S. 11.

<sup>65</sup> HÖRDT, M. (2019). *Pflichtteilsrecht und EU-ErbVO*. Frank & Timme, S. 54.

Testierfreiheit und dem Prinzip der Familienerbfolge, die als zentraler Ausgangspunkt der Problematik beschränkter Rechtswahl gesehen werden muss.

### 3.1. Einführung

Das BVerfG beschreibt Testierfreiheit als *“ein bestimmendes Element der Erbrechtsgarantie, die ebenso wie das Eigentumsgrundrecht und der in Art. 2 Abs. 1 GG verankerte Grundsatz der Privatautonomie der Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben diene und als Bestandteil der Erbrechtsgarantie umfasse sie die Befugnis des Erblassers, zu Lebzeiten einen von der gesetzlichen Erbfolge abweichenden Übergang seines Vermögens nach seinem Tode an einen oder mehrere Rechtsnachfolger anzuordnen, insbesondere einen gesetzlichen Erben von der Nachlassbeteiligung auszuschließen und wertmäßig auf den gesetzlichen Pflichtteil zu beschränken. Dem Erblasser sei hierdurch die Möglichkeit eingeräumt, die Erbfolge selbst durch Verfügung von Todes wegen weitgehend nach seinen persönlichen Wünschen und Vorstellungen zu regeln. Insbesondere sei der Erblasser von Verfassungen wegen nicht zu einer Gleichbehandlung seiner Abkömmlinge gezwungen”*.<sup>66</sup>

Im § 1937 BGB ist Testierfreiheit als herrschender Grundsatz des Erbrechts definiert und als Bestandteil der Erbrechtsgarantie im Art. 14 Abs. 1 GG verankert, wodurch sie verfassungsrechtlichen Schutz genießt. Durch den Grundsatz der Testierfreiheit ist dem Erblasser eingeräumt, seine Erbfolge durch Verfügung von Todes wegen weitgehend nach seinen persönlichen Wünschen und Vorstellungen selbst zu regeln.<sup>67</sup> Ihr verfassungsrechtlicher Charakter wirkt jedoch nicht absolut, die Testierfreiheit wurde durch zwei Schranken beschränkt. Zum einen durch das Verbot sittenwidriger Verfügungen nach § 138 BGB. Zum anderen durch das Pflichtteilsrecht nach §§ 2303 BGB, das den nächsten Angehörigen einen Mindestanteil am Nachlass garantiert und in diesem Umfang dem Erblasser seine Testierfreiheit über sein Vermögen entzieht.<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. April 2005 - 1 BvR 1644/00 - Rn. (63)

<sup>67</sup> PALANDT/THORN, *BGB*, 73. Aufl., München 2013, § 1937, Rn. 3 und *MüKoBGB*, 7. Aufl., 2017, Buch 5. Erbrecht Einleitung, Rn. 17.

<sup>68</sup> PALANDT/THORN, *BGB*, 73. Aufl., München 2013, § 1937, Rn. 5.

### 3.1.1. Geschichte und Entstehung der Testierfreiheit und Pflichtteilsrecht

Der Ursprung der Testierfreiheit liegt in Rom. Sie entwickelte sich aus der älteren Erbfolge der Hauserben (sui heredes). Im Laufe der Zeit räumte das römische Recht seinen Erblässern Testierfreiheit ein und die Entscheidung über die Vermögensnachfolge eines Erblassers nahm an Komplexität zu.<sup>69</sup>

Schon im Zwölftafelgesetz (lat. *Leges duodecim tabularum*), einer um 450 v. Chr. in Rom entstandenen Gesetzessammlung, lässt sich das Grundprinzip der Testierfreiheit auf der Tafel 5 erkennen: „*UTI LEGASSIT SUPER PECUNIA TUTELAVE SVAE REI, ITA IUS ESTO.*“ - übersetzt als: „Wie jemand hinsichtlich seines Geldes und der Vormundschaft über seine Sache letztwillig bestimmt hat, so soll es rechtens sein“.<sup>70</sup>

Die Testierfreiheit war seit der jüngeren Republik das herrschende Prinzip der Erbfolge, wobei das Prinzip der Testierfreiheit und die Familienerbfolge am Nachlass keine Gegensätze waren. Die sogenannten Pflichtwidrigen Testamente (*testamenta inofficiosa*), in deren nächste Angehörige übergegangen wurden, kamen sogar häufig vor. Nichtsdestotrotz reagierte das Rechtssystem daraufhin neben dem Institut „*bonorum possessio contra tabulas*“ mit der Anschaffung des Pflichtteilsrechtes, welches die Familienerbfolge gegenüberstellte. Auf diese Weise war das Spannungsverhältnis zwischen der Testierfreiheit und der Familienerbfolge, wie es die Erbrechtsordnungen bis in die Gegenwart kennen, angelegt.<sup>71</sup>

Die Bedeutung des römischen Rechts ist für das deutsche Rechtssystem enorm, denn mit der Wiederentdeckung und der intellektuellen Aneignung der im westlichen Europa zunächst verschollenen *Digesten* im späten 11. Jahrhundert, begann die Geschichte der abendländischen Rechtswissenschaft und in weiten Teilen Deutschlands galt das römische Recht

---

<sup>69</sup> KROPFENBERG, I., *Testierfreiheit – HWB-EuP 2009. (o. D.). Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts.* Zuletzt abgerufen am 9. Mai 2022, von <https://hwb-eup2009.mpipriv.de/index.php/Testierfreiheit>.

<sup>70</sup> *Zwölftafelgesetz – Theoria Romana. (o. D.).* Zuletzt abgerufen am 9. Mai 2022, von <https://imperium-romanum.info/wiki/index.php?title=Zw%C3%B6lftafelgesetz>.

<sup>71</sup> KROPFENBERG, I., *Testierfreiheit – HWB-EuP 2009. (o. D.). Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts.* Zuletzt abgerufen am 9. Mai 2022, von <https://hwb-eup2009.mpipriv.de/index.php/Testierfreiheit>.

bis zum Inkrafttreten des BGB am 1. 1. 1900 unmittelbar; aber auch im Übrigen bildete es die Grundlage der Rechtswissenschaft und des Rechtsunterrichts.<sup>72</sup>

In der späteren Zeit im Mittelalter und in der frühen Neuzeit gewann das Institut der Testierfreiheit dank des Kirchenrechts an Bedeutung, indem es durch lebzeitige Schenkungen Klerikern gestattete, über den beweglichen Teil ihres Vermögens nicht familiengebunden zu disponieren, was man als „Freiteil“ bezeichnete. Diese Schenkungen standen unter dem Vorbehalt lebenslangen Nießbrauchs des Schenkers oder waren durch den Tod des Verfügenden aufschiebend bedingt. Mit der Einführung des „Freiteils“ regte das Kirchenrecht die moralische Pflicht des Erblassers an, auf eine bestimmte verantwortungsbewusste Weise zu testieren, weil die Vorstellung, dass das Familiengut eine rechtliche Einheit darstelle, aufgegeben wurde.<sup>73</sup>

Im 19. Jahrhundert gerieten die Erbrechte Kontinentaleuropas mit der individualistischen Eigentumstheorie und der Arbeitswerttheorie von John Lockes in eine Krise. Es wurde über ihre Abschaffung als Relikt eines veralteten, statusbezogenen Rechtssystems gestritten. Denn, nach Lockes Theorie sind Arbeit und Leistung die Faktoren, die das private Eigentum begründen, wodurch der erbrechtliche Erwerb auf diese Weise als unverdient verstanden wurde, weil er arbeitslos delegitimiert wird.<sup>74</sup> In Deutschland forderte Samter die Aufhebung des privaten Erbrechts im Bezug auf das Grundeigentum und im Erbfall den obligatorischen Übergang aller Grundstücke an den Staat.<sup>75</sup>

Marx und Engels verlangten mit dem Kommunistischen Manifest im 1848 die Abschaffung des gesamten Privaterbrechts. Im Jahr 1869 beim Kongress des Internationalen Arbeitsbundes in Basel wurde beantragt, das private Erbrecht gänzlich zu beseitigen, weil die soziale Ungleichheit dem Erbrecht zuzuschreiben sei, denn dem Erbrecht vorgeworfen wurde, es verhindere den Übergang von Grund und Boden in Kollektiveigentum und konstituiere ein

---

<sup>72</sup> ZIMMERMANN, R., *Juristische Bücher des Jahres – Eine Leseempfehlung*, NJW 2013, S. 3414.

<sup>73</sup> KROPFENBERG, I., *Testierfreiheit – HWB-EuP 2009. (o. D.). Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*. Zuletzt abgerufen am 9. Mai 2022, von <https://hwb-eup2009.mpipriv.de/index.php/Testierfreiheit>.

<sup>74</sup> ebd.

<sup>75</sup> MERTENS, H.-G., *Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht (Münsterische Beiträge Zur Rechts- Und Staatswissenschaft)*. Walter De Gruyter, 1970, Berlin, S. 24.

*“Privilegium, dessen Einfluss unter allem Umständen eine Ungerechtigkeit und eine permanente Drohung für die soziale Ordnung sei”.*<sup>76</sup>

Im 20. Jahrhundert hat sich jedoch die Testierfreiheit zusammen mit dem Erbrecht wieder konsolidiert und ist heutzutage verfassungsrechtlich gewährleistet.<sup>77</sup> Beigetragen dazu hat vielleicht auch das missglückte Experiment von den Jahren 27.4.1918 - 31.10.1922, welches in der Sowjetunion das Privatrecht gänzlich beseitigen wollte. Es zeigte wie elementar das menschliche Bedürfnis ist, Hab und Gut an die nächsten Angehörigen oder Bekannten weiterzugeben, und dass es unmöglich ist, durch legislative Maßnahmen mit diesem Streben zu brechen. In diesen Jahren gab es in der Sowjetunion das Institut der Fiskalbeamten, welche sich der Nachlässe bemächtigen sollten, die Fiskalbeamten fanden jedoch beim Tod einer Person regelmäßig keine solchen vor. Diese Maßnahme schlug deswegen mit Hinblick auf die Situation verständlicherweise fehl und die testamentarische Erbfolge wurde am 31. Oktober 1922 durch das Zivilgesetzbuch eingeführt.<sup>78</sup>

Dass das Prinzip der heutigen Testierfreiheit ein Kompromiss zwischen der völligen Testierfreiheit und dem gesetzlichen Familienerbrecht („das Gut rinnt wie das Blut“) ist, zeigt sich durch das Paragraph § 2303 BGB, welches die Situation regelt, wenn der Erblasser eine pflichtteilsberechtigte Person von der gesetzlichen Erbfolge durch Verfügung von Todes wegen ausschließt.<sup>79</sup> Die Testierfreiheit wird durch das Pflichtteilsrecht als Teil der Familienerbfolge eingeschränkt, indem diese Erbfolge über die Testierfreiheit des Erblassers zugeordnet wird.<sup>80</sup>

Die optimale Gestaltung der Testierfreiheit ist ein weitgehendes Thema, denn der Spannungsfeld zwischen der Testierfreiheit des Erblassers und der Mindestbeteiligung der Pflichtteilsberechtigten ist groß. Das Auseinandersetzen mit dieser Thematik beschäftigt viele Autoren. Der eine Grund neben aller anderen dafür ist der soziologische und finanzielle Aspekt, also die soziale Ungleichheit in der Gesellschaft und daneben auch die hohen Summen an

---

<sup>76</sup> MERTENS, H.-G., *Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht (Münsterische Beiträge Zur Rechts- Und Staatswissenschaft)*. Walter De Gruyter, 1970, Berlin, S. 24.

<sup>77</sup> KROPFENBERG, I., *Testierfreiheit – HWB-EuP 2009. (o. D.). Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*. Zuletzt abgerufen am 9. Mai 2022, von <https://hwb-eup2009.mpipriv.de/index.php/Testierfreiheit>.

<sup>78</sup> MERTENS, H.-G., *Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht (Münsterische Beiträge Zur Rechts- Und Staatswissenschaft)*. Walter De Gruyter, 1970, Berlin, S. 26-27.

<sup>79</sup> *MüKoBGB/LANGE*, 7. Aufl., 2017, BGB § 2303, Rn. 1.

<sup>80</sup> HÖRDT, M., *Pflichtteilsrecht und EU-ErbVO*. Frank & Timme, 2019, S. 55.

Privatvermögen, die vererbt werden; in Deutschland wird geschätzt, dass es jährlich um die 150-200 Milliarden Euro geht. Wie groß der Anteil der Erbschaften am privaten Vermögensbesitz ist, ist umstritten, manche gehen davon aus, dass 80% des Vermögens auf Erbschaft beruht, manche jedoch nur 20% angeben.<sup>81</sup>

Nicht zuletzt ist die Nachwirkung der Bücher von Piketty<sup>82</sup> zu erwähnen, denn dieser betrachtet die Kumulation von Kapital als Grund der Ungleichheit im Kapitalismus. Dabei erfolge die Übertragung des Kapitals im wesentlichen durch Erbschaften. Die rechtspolitische Bedeutung des Erbrechts für die Legitimierung der heutigen Demokratie ist daher unbestritten. Daher muss das Verhältnis zwischen der Testierfreiheit der Einzelpersonen und dem staatlichen Interesse in der Form des Familienerbrechts vertieft werden.

Das Spannungsverhältnis zwischen der Testierfreiheit und dem Familienerbrecht spielt eine herausragende Rolle bei der Wertungsentscheidung des Gesetzgebers und dient letztendlich im Rahmen der verfassungskonformen Auslegung der beiden Instituten wechselseitig als Rechtfertigungsgrund.

### 3.2. Verfassungsrechtliche Dimension

Die zwei Prinzipien befinden sich zueinander in einem für die gesamte Struktur des Erbrechts prägenden Widerstreit, indem sich gesellschaftliche, politische und wirtschaftliche Umstände bemerkbar machen und je nach dem dem einem oder anderem Begriff Vorrang einräumen.<sup>83</sup>

Das Spannungsverhältnis zwischen den beiden Prinzipien hat zugleich eine verfassungsrechtliche Dimension. Im Beschluss vom 19. April 2005 - 1 BvR 1644/00 hat sich das BVerfG zu diesem Verhältnis folgendermaßen geäußert: *„Ein bestimmendes Element der Erbrechtsgarantie ist die Testierfreiheit. Sie dient ebenso wie das Eigentumsgrundrecht und der in Art. 2 Abs. 1 GG verankerte Grundsatz der Privatautonomie der Selbstbestimmung des*

---

<sup>81</sup> BECKERT, J.: *Unverdientes Vermögen: Soziologie des Erbrechts*. Campus Verlag GmbH, 2004, S. 27-28.

<sup>82</sup> PIKETTY, T., *Das Kapital im 21. Jahrhundert*. Beck, München 2014, S. 817.

<sup>83</sup> HÖRDT, M., *Pflichtteilsrecht und EU-ErbVO*. Frank & Timme, 2019, S. 54.

*Einzelnen im Rechtsleben. Die Testierfreiheit als Bestandteil der Erbrechtsgarantie umfasst die Befugnis des Erblassers, zu Lebzeiten einen von der gesetzlichen Erbfolge abweichenden Übergang seines Vermögens nach seinem Tode an einen oder mehrere Rechtsnachfolger anzuordnen, insbesondere einen gesetzlichen Erben von der Nachlassbeteiligung auszuschließen und wertmäßig auf den gesetzlichen Pflichtteil zu beschränken. Dem Erblasser ist hierdurch die Möglichkeit eingeräumt, die Erbfolge selbst durch Verfügung von Todes wegen weitgehend nach seinen persönlichen Wünschen und Vorstellungen zu regeln. Insbesondere ist der Erblasser von Verfassungswegen nicht zu einer Gleichbehandlung seiner Abkömmlinge gezwungen.<sup>84</sup>*

Mit dieser Entscheidung hat das BVerfG in voller Klarheit bestätigt, dass sowohl das Pflichtteilsrecht neben der Testierfreiheit verfassungsrechtlich geschützt ist, und dass die wirtschaftliche Mindestbeteiligung jedenfalls der Kinder des Erblassers an dessen Nachlass als traditionelles Kernelement der Erbrechtsgarantie nach Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gesehen werden muss.<sup>85</sup> Das BVerfG hat mit seiner Entscheidung die kontroverse Diskussion über Pflichtteilsrecht beendet und beide gegenteilige Ansichte hinsichtlich des Pflichtteilsrechts zusammenfassend vorgestellt.

Zuerst hat das BVerfG den Kritikpunkt des Pflichtteilsrechts in Betracht gezogen und vorgestellt. Diese Ansicht stützt sich vor allem auf den gesellschaftlichen Verhältnissen, die sich seit der Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches grundlegend geändert hätten, und mit ihnen auch die soziale Funktion von Familie und Verwandtschaft. Dieser Argument beruht zum einen an der durchschnittlichen Lebenserwartung der Menschen, die erheblich gestiegen sei, und zum anderen an den sozialen Sicherungssystemen, die im Laufe der Zeit die soziale Absicherung durch den Familienverband weitgehend ersetzt hätten. Dies sei insbesondere darin zu sehen, dass heutzutage die Kinder in der Regel nichts zur Entstehung des Vermögens des Erblassers beigetragen hätten. Weiterhin wird die biologische Verbundenheit zwischen dem Erblasser und seinen Kindern in Frage gestellt, welche nach dieser Kritik allein noch keine Nachlassbeteiligung gegen den Willen des Erblassers darstellt.

---

<sup>84</sup> BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. April 2005 - 1 BvR 1644/00 - Rn. (63)

<sup>85</sup> KROPPEBERG, I., *Testierfreiheit – HWB-EuP 2009. (o. D.). Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts.* Zuletzt abgerufen am 9. Mai 2022, von <https://hwb-eup2009.mpipriv.de/index.php/Testierfreiheit>.

Die kritische Ansicht des Pflichtteilsrechts hat das BVerfG in seiner ausführlichen Begründung aber widerlegt und seine Stellung zu dem Diskurs stellte er neben dem soziologischen<sup>86</sup>, historischen<sup>87</sup> und soziologisch-ökonomischen<sup>88</sup> Zusammenhang vor, außerdem hebte sein familienschützende Charakter hervor.

Das BVerfG äußerte sich in dieser Entscheidung zum das Pflichtteilsrecht noch im Zusammenhang zum Art. 6 Abs. 1 GG. In dieser Hinsicht hat das BVerfG dem Pflichtteilsrecht

---

<sup>86</sup> "Diese Teilhabe der Kinder am Nachlass des Erblassers hat eine lange Tradition. Der Gedanke des Pflichtteilsrechts im Sinne einer Beschränkung des Erblasserwillens hat seinen Ursprung im römischen Recht. In den germanischen Rechten kannte man überwiegend keine Verfügungsfreiheit des Erblassers; der Nachlass wurde nur innerhalb der Familie vererbt. Erst durch die Rezeption des römischen Rechts gewannen die Testierfreiheit und damit auch der Grundsatz einer zumindest wertmäßigen Nachlassteilhabe der Kinder gegen den Willen des Erblassers an Bedeutung. Sämtliche der vor dem In-Kraft-Treten des Bürgerlichen Gesetzbuches in Deutschland geltenden Partikularrechtsordnungen kannten - in der Ausgestaltung als materielles Noterbrecht oder als Zuerkennung eines Geldanspruchs - die zwingende Beteiligung der Kinder des Erblassers am Nachlass." in BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. April 2005 - 1 BvR 1644/00 - Rn. (67).

<sup>87</sup> "Bereits die 1. Kommission zur Schaffung eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich beschloss im Jahre 1875 einstimmig, grundsätzlich das Pflichtteilsrecht anzuerkennen und den Kindern des Erblassers ein Pflichtteilsrecht zu gewähren. Maßgebend für diese Entscheidung war vor allem, dass der Gedanke einer Beschränkung des Erblassers durch ein Pflichtteils- oder Noterbrecht fast zu allen Zeiten und bei allen Völkern vorhanden gewesen sei. Bei den Beratungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch ging man davon aus, dass eine Rechtspflicht des Erblassers bestehe, die ihm gewährte Testierfreiheit nicht zu missbrauchen. Die Pflichtteilsberechtigung der Kinder wurde als Kehrseite dieser Rechtspflicht angesehen (vgl. Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, a.a.O., S. 384, 387). Gleichzeitig war auch die Möglichkeit der Entziehung einer Mindestbeteiligung der Kinder des Erblassers am Nachlass im Falle einer schweren Verfehlung gegenüber dem Erblasser in den meisten der im Deutschen Reich vor dem In-Kraft-Treten des Bürgerlichen Gesetzbuches geltenden Rechtsordnungen anerkannt und wurde im Rahmen der Beratungen zur Schaffung eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich aufgegriffen." in BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. April 2005 - 1 BvR 1644/00 - Rn. (68).

<sup>88</sup> "Die strukturprägenden Merkmale der Nachlassteilhabe von Kindern sind Ausdruck einer Familiensolidarität, die in grundsätzlich unauflösbarer Weise zwischen dem Erblasser und seinen Kindern besteht. Art. 6 Abs. 1 GG schützt dieses Verhältnis zwischen dem Erblasser und seinen Kindern als lebenslange Gemeinschaft, innerhalb derer Eltern wie Kinder nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet sind, füreinander sowohl materiell als auch persönlich Verantwortung zu übernehmen. Das Pflichtteilsrecht knüpft - wie das Unterhaltsrecht - an die familienrechtlichen Beziehungen zwischen dem Erblasser und seinen Kindern an und überträgt diese regelmäßig durch Abstammung begründete und zumeist durch familiäres Zusammenleben untermauerte Solidarität zwischen den Generationen in den Bereich des Erbrechts. Die Testierfreiheit des Erblassers unterliegt damit von Verfassungs wegen grundsätzlich auch den durch die Abstammung begründeten familienrechtlichen Bindungen. Diese Verpflichtung zur gegenseitigen umfassenden Sorge rechtfertigt es, dem Kind mit dem Pflichtteilsrecht auch über den Tod des Erblassers hinaus eine ökonomische Basis aus dem Vermögen des verstorbenen Elternteils zu sichern. Der Erwerb und die Erhaltung von Vermögenswerten beruht in der Familiengemeinschaft typischerweise auf ideellen oder wirtschaftlichen Beiträgen sowohl des Erblassers als auch seiner Kinder (Erziehung, finanzielle Unterstützung, Mitarbeit, Konsumverhalten, Pflegeleistungen); auch die Nutzung des Familienvermögens geschieht weithin gemeinsam durch den Erblasser und seine Kinder. Hieran anknüpfend hat das Pflichtteilsrecht die Funktion, die Fortsetzung des ideellen und wirtschaftlichen Zusammenhangs von Vermögen und Familie - unabhängig von einem konkreten Bedarf des Kindes - über den Tod des Vermögensinhabers hinaus zu ermöglichen." in BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. April 2005 - 1 BvR 1644/00 - Rn. (73).

einen Verfassungsrechtlichen Charakter verliehen und wie folgt begründet *“der Art. 6 Abs. 1 GG als eine wertentscheidende Grundsatznorm für das gesamte die Familie betreffende private Recht gesehen werden. Sie schütze das Verhältnis zwischen dem Erblasser und seinen Kindern als lebenslange Gemeinschaft, innerhalb derer Eltern wie Kinder nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet seien, füreinander sowohl materiell als auch persönlich Verantwortung zu übernehmen. Damit werde die durch Abstammung begründete und zumeist durch familiäres Zusammenleben untermauerte Solidarität zwischen den Generationen in den Bereich des Erbrechts übertragen. Die Testierfreiheit des Erblassers unterliege damit von Verfassungs wegen grundsätzlich auch den durch die Abstammung begründeten familienrechtlichen Bindungen. Diese Verpflichtung zur gegenseitigen umfassenden Sorge rechtfertige es, dem Kind mit dem Pflichtteilsrecht auch über den Tod des Erblassers hinaus eine ökonomische Basis aus dem Vermögen des verstorbenen Elternteils zu sichern. Der Erwerb und die Erhaltung von Vermögenswerten beruhe in der Familiengemeinschaft typischerweise auf ideellen oder wirtschaftlichen Beiträgen sowohl des Erblassers als auch seiner Kinder (Erziehung, finanzielle Unterstützung, Mitarbeit, Konsumverhalten, Pflegeleistungen); auch die Nutzung des Familienvermögens geschehe weithin gemeinsam durch den Erblasser und seine Kinder. Hieran anknüpfend habe das Pflichtteilsrecht die Funktion, die Fortsetzung des ideellen und wirtschaftlichen Zusammenhangs von Vermögen und Familie - unabhängig von einem konkreten Bedarf des Kindes - über den Tod des Vermögensinhabers hinaus zu ermöglichen.”* In dieser unbeugsamen Entscheidung hat das BVerfG die verfassungsrechtliche Natur des Pflichtteilsrechts fest konserviert. Leugnung von Bedeutung des Pflichtteilsrechts wäre an dieser Stelle deswegen genauso sinnlos wie ein Kampf gegen Windmühlen.

Das Spannungsverhältnis zwischen Testierfreiheit und Pflichtteilsrecht muss als ein faktisches Ergebnis ihrer historischen Entwicklung gesehen werden, welche an der Idee der Freiheit des Erblassers des römischen Rechts und germanischem Grundsatz, dass Vermögen innerhalb der Familien bleiben sollte, basiert.<sup>89</sup> Dutta äußert sich zur Aufnahme der Rechtswahl in die EuErbVO indem er sie mit der weit vertretenen Liberalisierungstendenz belegt, dass die kollisionsrechtlichen Interessen am besten der Einzelne zu bestimmen hat und nicht der Staat.<sup>90</sup> Die Wählbarkeit des Heimatrechts des Erblassers muss deswegen als ein nötiges Korrektiv zur objektiven Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt verstanden werden, denn sie dient der Nachlassplanung und schließlich ermöglicht sie den Schutz der kulturellen Identität des Erblassers.<sup>91</sup>

---

<sup>89</sup> TRULSEN, M., *Pflichtteilsrecht und englische family provision im Vergleich*. Mohr Siebeck, 2004, S. 6.

<sup>90</sup> DUTTA, A., *Die Rechtswahlfreiheit im künftigen internationalen Erbrecht der Europäischen Union*, in: REICHEL, GERTE/RECHBERGER, Walter H, *Europäisches Erbrecht*, S. 66.

<sup>91</sup> PALANDT/THORN, *BGB*, 73. Aufl., München 2013, Art. 22 EuErbVO, Rn. 1.

Die Familienerbfolge und die daraus folgende Rolle des Pflichtteilsrecht wurde nicht nur in der neuen Geschichte in Frage gestellt. Bereits die Verfasser des Preußischen Allgemeinen Landrechts sprachen dem Pflichtteil nur wenig materielle Gerechtigkeit zu und erkannten seine Berechtigung nur dann an, wenn die Eltern auch nach ihrem Tode für die Erziehung und Versorgung von minderjährigen Nachkommen sorgen mussten. In die Rechtsordnung wurde es nur deswegen übernommen, weil es dem bestehenden Rechtszustand entsprach und immerhin nicht „der natürlichen Billigkeit oder dem Endzweck des gemeinsamen Besten zuwiderlaufe“.<sup>92</sup> Beim 14. Deutschen Juristentag in Jena 1878 gab es auch Stimmen, die gegen das Pflichtteilsrecht sprachen. So wollte *Meyersburg*, eins der Referenten, das Pflichtteilsrecht auf einen Unterhaltsanspruch bei Bedürftigkeit nur auf Eltern, Kinder und Ehegatten reduzieren. Wobei ein anderer Referent, *Bruns*, hielt Einführung einer absoluten Testierfreiheit für bedenklich, weil sie einen Bruch mit dem bisherigen rechtlichen Zustande darstelle und dem Rechtsbewusstsein des Volkes widersprechen würde.<sup>93</sup>

In dieser Arbeit wird die Begründung des Pflichtteilsrechts, welche mit Sicherung des Unterhalts der Hinterbliebenen argumentiert, in Frage gestellt. Es wird der Ansicht zugestimmt, dass die Begründung zwar noch bei Entstehung der Vorschriften des BGB eine Rolle gespielt habe, sei heute aber in den Hintergrund getreten, denn die staatliche Absicherung im Rahmen des Sozialrechts gegenwärtig anders sei als früher, und auch der Erbfall trete in der Regel aufgrund der höheren Lebenserwartung zu einem späteren Zeitpunkt ein, in dem die Pflichtteilsberechtigten meistens bereits eine eigene Existenz geschaffen haben und der Pflichtteil zur Existenzsicherung nicht mehr zwingend notwendig sei.<sup>94</sup> Als überzeugend werden Argumente empfunden wie etwa, dass die Individualisierung unserer Gesellschaft und die wachsende wirtschaftliche Unabhängigkeit des Individuums, den Wandel an familiärer Solidarität und am Familienverständnis ändere, und dass die Institution des Pflichtteilsrechts nicht die Pluralisierung der Familienmodelle im 21. Jahrhundert berücksichtige, und dass dadurch de lege lata nicht die unterschiedliche Fallgestaltungen respektiert werden. Ferner

---

<sup>92</sup> OSTERLOH-KONRAD, CH./ BECK, E.M., *Unternehmensnachfolge*, Springer-Verlag GmbH, 2009, S. 54.

<sup>93</sup> *MüKoBGB/LANGE*, 7. Aufl., 2017, BGB § 2303, Rn. 1 und OSTERLOH-KONRAD, CH./ BECK, E.M., *Unternehmensnachfolge*, Springer-Verlag GmbH, 2009, S. 43–54.

<sup>94</sup> *MüKoBGB/LANGE*, 8. Aufl., 2020, BGB § 2303, Rn. 8.

verhindere das Pflichtteilsrecht nicht die Vermögenskonzentration der Oligarchen, indem die Streuungsfunktion des Pflichtteilsrechts dem Schutz der Allgemeinheit diene, denn diese Funktion ist nur unzureichend effektiv. Als letztes, könne kein Argument die bloße Gefahr für Missbrauch der Testierfreiheit die Beibehaltung des Pflichtteilsrechts rechtfertigen.<sup>95</sup>

Das verfassungsrechtlicher Schutz des Pflichtteilsrechts kann jedoch nicht bestritten werden und, selbst wenn sein Charakter nicht zeitgemäß die aktuelle Bedürfnisse unserer Gesellschaft reflektiert, wird er sich in absehbarer Zukunft der nächstes paar Jahre auch nicht ändern, was Liin treffend kommentiert:

*“Generally, succession law does not develop by rapid and radical changes, as for example, does contract law. Usually succession law evolves in long gentle waves, by baby steps, so that profound change may only be appreciated, in retrospect, after long periods have elapsed. This may be due to the fact that succession law does not have to respond to the more usual and more rapid changes of business and economic practices and necessities. Its roots reach deeper into fundamental concepts of justice, morals and society.”<sup>96</sup>*

Aus diesem Grund wird im direkt anschließenden Abschnitt das Verhältnis der beiden Prinzipien schließlich noch aus einer anderen Perspektive unter die Lupe genommen. Es werden Möglichkeiten des Gesetzgebers vorgestellt, welche die Testierfreiheit stärken könnten ohne die verfassungsrechtliche Grundlage des Pflichtteilsrechts zu verletzen. Dies bringt zum Ausdruck, dass obwohl das Pflichtteilsrecht verfassungsrechtlich geschützt ist, kann seine Ausgestaltung de lege ferenda auf der Gesetzesebene geändert werden. Sein Umfang wirkt also nicht absolut und ist im GG nicht fest verankert. Deswegen ist es nicht plausibel eine Beschränkung der Rechtswahl dadurch zu rechtfertigen. Mit Erkenntnis aus diesem Kapitel kann eine Schlussfolgerung definiert werden, dass der Schutz des Pflichtteilsrechts zwar ein Bestandteil der Verfassung ist und kann nicht ignoriert werden, sollte aber aufgrund von seiner möglichen und von Gesetzgeber erlaubten Fassung kein Hindernis darstellen, nach neuen Gestaltungsmöglichkeiten zu suchen.

---

<sup>95</sup> STOLTENBERG, P. T., *Die Parteiautonomie im europäischen Erbrecht (Schriften der Deutsch-Spanischen Juristenvereinigung, Band 52)* (New Aufl.). Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften 2019, S.242-245.

<sup>96</sup> LIIN, U., *Laws of Succession in Europe and Estonia: How We Got to Where We Are and Where We Should Be Heading*. Juridica international. Zuletzt abgerufen am 9. Mai 2022 von [https://www.juridicainternational.eu/article\\_full.php?uri=2001\\_VI\\_114\\_laws-of-succession-in-europe-and-estonia-how-we-got-to-where-we-are-and-where-we-should-be-heading](https://www.juridicainternational.eu/article_full.php?uri=2001_VI_114_laws-of-succession-in-europe-and-estonia-how-we-got-to-where-we-are-and-where-we-should-be-heading)

### 3.3. Stärkung der Testierfreiheit

Das BVerfG hat in seiner Entscheidung vom 19. April 2005 - 1 BvR 1644/00 deutlich zum Ausdruck gebracht, dass obwohl Testierfreiheit und Pflichtteilsrecht verfassungsrechtlich geschützt sind, kann das Konflikt zwischen ihnen auf der gesetzlichen Ebene gelöst werden.<sup>97</sup> In den nächsten Zeilen werden daher verschiedene Varianten vorgestellt, welche die Testierfreiheit bei Beibehaltung des Pflichtteilsrechts stärken.

Zuerst wird an dieser Stelle auf *Horak* gestützt, der sich zur Verkürzung des tschechischen Pflichtteilsrechts ebenso äußert und andere Herangehensweise vorschlägt. Die begründet der Autor damit, dass obwohl heutzutage die "Blutsverwandtschaft" im absoluten Vordergrund stehe, wäre eher der Aspekt der "Notwendigkeit" zu betonen. Dazu legt er ausgehend vom englischen und russischen Recht einige Beispiele vor wie etwa das Pflichtteil durch eine maximale Summe zu beschränken, welche beispielsweise vom Mindestlohn abgeleitet werden könne und als eine pauschalisierte Unterhaltspflicht zu verstehen wäre, oder

---

<sup>97</sup> "Die Pflicht zur rechtlichen Ausgestaltung einer grundsätzlich zwingenden Nachlassteilhabe der Kinder des Erblassers steht in einem Spannungsverhältnis zur ebenfalls grundrechtlich geschützten Testierfreiheit des Erblassers. Die Lösung dieses Konfliktes ist Aufgabe des Gesetzgebers. Er muss den Gehalt der Struktur bildenden Merkmale sowohl der Testierfreiheit wie des Pflichtteilsrechts der Kinder differenzierend und konkretisierend in für die Beteiligten unmittelbar verbindliches Recht umsetzen. Dabei hat er die kollidierenden Grundrechtspositionen in ihrer Wechselwirkung zu sehen und jeweils so zu begrenzen, dass sie sowohl für den Erblasser als auch für seine Kinder so weit wie möglich wirksam bleiben. Bei der konkreten einfachrechtlichen Ausgestaltung der Einzelheiten hat der Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum (vgl. BVerfGE 67, 329 <340 f.>). So dürfte er etwa statt eines Pflichtteilsrechts in der Ausgestaltung eines Geldanspruchs auch eine Beteiligung des enterbten Kindes an der Erbengemeinschaft einführen. Auch die Höhe des Pflichtteils ist nicht verfassungsrechtlich strikt vorgegeben; es muss lediglich eine unentziehbare angemessene Teilhabe der Kinder am Nachlass des Erblassers gewährleistet werden. Eine Verpflichtung des Gesetzgebers, über die derzeitigen Vorschriften hinaus den Kindern einen unentziehbaren Anteil am Nachlass zu sichern, besteht jedenfalls nicht (vgl. BVerfGE 91, 346 <360>)." in BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. April 2005 - 1 BvR 1644/00 - Rn. (77).

die Höhe des Pflichtteils danach zu bemessen, ob der Pflichtteilsberechtigte selbständig seine eigenen Unterhaltskosten decken könne oder nicht.<sup>98</sup>

Als Nächstes lässt sich ein weiteres Mittel präsentieren, welches die Testierfreiheit ebenso stärken würde. Diese Variante sieht vor, die Pflichtteilsentziehungsgründe um Aufnahme des fehlenden Familienkontakts zu erweitern. Das würde sich dementsprechend positiv auf die Testierfreiheit auswirken lassen, indem potentielle Pflichtteilsberechtigte im konkreten Fall ausgeschlossen werden könnten. Eine zerrüttete Familienbeziehung galt bisher für keinen Pflichtteilsentziehungsgrund<sup>99</sup>, wäre jedoch de lege ferenda begrüßenswert.

Zum Abschluss wird noch eine weitere Möglichkeit vorgestellt, welche die Autorin *Kroll-Ludwigs* präsentierte. Nach dieser kann eine unbeschränkte Rechtswahl ermöglicht und gleichzeitig der mögliche Missbrauch des Pflichtteilsrechts ausgeschlossen werden. Nach ihrer Ansicht könne eine rechtswahlergänzende Anknüpfung der mitgliedstaatlichen Regelungen über die Mindestbeteiligung naher Angehöriger eingeführt werden. An sich ginge es bei diesem Beispiel um keine Sonderanknüpfung international zwingender Vorschriften, sondern darum, den Angehörigen trotz Vornahme einer Rechtswahl ein bestimmtes Schutzniveau, etwa des objektiven Erbstatuts nach Art. 21, zu erhalten.<sup>100</sup>

Im Hinblick auf das Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ergibt sich, dass das Pflichtteilsrecht viel zu stark genutzt wird, um die Beschränkung der Rechtswahl bzw. der Testierfreiheit des Erblassers zu rechtfertigen. Es wird härter durchgegriffen als erforderlich. Das ergibt sich aus der Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Der legitime Zweck und Geeignetheit des Pflichtteilsrechts ist unbestritten. Bei der Erforderlichkeit und Angemessenheit

---

<sup>98</sup> "Je přitom legitimní zvažovat, zda vzhledem ke společenskému vývoji neoslabit u povinného dílu tradiční „pokrevnost“ a nezdůraznit spíše „potřebnost“ (vázat povinný díl na možnost se samostatně živit či šířeji na nouzi nepominutelných dědiců, a/nebo omezit výši povinného dílu maximální částkou, určenou nejlépe násobkem minimální mzdy, resp. chápat povinný díl jako „paušalizovanou vyživovací povinnost“, analogicky k sp. zn. I. ÚS 1996/12 a sp. zn. IV. ÚS 650/15), což je přístup anglického práva (Inheritance Act z roku 1975) či nového ruského práva (čl. 1149 GZ RF z roku 2001). " in HORAK, O.. *Zamyšlení nad autonomií vůle a povinným dílem v novém občanském zákoníku*. VšeHRD. Zulezť abgerufen am 9. Mai 2022, von [https://www.vsehrd.cz/clanek/zamysleni-nad-autonomii-vule-a-povinnym-dilem-v-novem-obcanskem-zakoniku\\_1f1a58aa-bce6-411c-be83-b523ee45b8b1](https://www.vsehrd.cz/clanek/zamysleni-nad-autonomii-vule-a-povinnym-dilem-v-novem-obcanskem-zakoniku_1f1a58aa-bce6-411c-be83-b523ee45b8b1).

<sup>99</sup> STOLTENBERG, P. T., *Die Parteiautonomie im europäischen Erbrecht (Schriften der Deutsch-Spanischen Juristenvereinigung, Band 52)*. Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2019, S.246.

<sup>100</sup> KROLL-LUDWIGS, K. *Die Rolle der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Band 97)*. Mohr Siebeck, Tübingen 2013, S. 505.

ist jedoch fraglich, warum die aktuelle Fassung des Pflichtteilsrechts keine mildere Ausgestaltung bietet, die dann denselben Erfolg mit gleicher Sicherheit erzielt. Im Hinblick auf Verhältnisse und staatliche Absicherungen, die die Menschen heutzutage genießen, wäre im Bezug zum Pflichtteilsrecht eine Fassung zugunsten der Testierfreiheit vertretbar. Gerade eine andere Form der Absicherung der überlebenden wirtschaftlich abhängigen Abkömmlingen ist gut vorstellbar, ließe sich mit vollem Respekt zum ursprünglichen Zweck des Pflichtteilsrecht umsetzen und würde nicht so stark in die Sphäre des Erblassers eingreifen müssen, was dem Prinzip der Testierfreiheit besser entspricht und würde auch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz widerspiegeln.

Außerdem zeigt sich dadurch, dass der Trend auf den *Hördt* hinweist und welcher auf der Faustformel beruht, dass umso stärker der wirtschaftliche Aufschwung in der Gesellschaft sei, umso stärker der Wunsch nach der Testierfreiheit und der freien Verteilung des Vermögens erwachse.<sup>101</sup>

Das Spannungsverhältnis zwischen der zwei Grundsätzen ist deutlich und prägt nicht nur das Privatrecht auf innerstaatlicher Ebene, sondern spiegelt sich auch in das Internationales Privatrecht wider. Im Bezug darauf sollte im europäischen Erbrecht eine Lösung gefunden werden, welche beide Prinzipien respektvoll umsetzt und gleichzeitig verhindert, dass die Testierfreiheit davon zu kurz kommt. Deswegen werden im nächsten Unterkapitel unterschiedliche Gestaltungsmöglichkeiten der Rechtswahl vorgestellt, welche sich zum Ziel nehmen eine neue und entsprechende Lösung zu finden.

---

<sup>101</sup> HÖRDT, M., *Pflichtteilsrecht und EU-ErbVO*. Frank & Timme, 2019, S. 86.

## 4. Bedürfnis nach mehr Parteiautonomie - neue Gestaltung der Rechtswahl de lege ferenda

Es kommen unterschiedliche Erweiterungsmöglichkeiten der Rechtswahl in Frage. Welche Gestaltungsmöglichkeiten der Rechtswahl würden das Prinzip der Testierfreiheit besser reflektieren? Der Ausgangspunkt für Beantwortung dieser Frage war in diesem Kapitel die Analyse der zwei gegeneinander stehenden Grundsätzen (Testierfreiheit und Familienerbrecht), welche die Problematik prägen.

Die Testierfreiheit ist durch das Pflichtteilsrecht doppelt begrenzt. Zuerst wird eine mögliche Pflichtteilsumgehung als Hauptgrund für Beschränkung der Rechtswahl genutzt. Zweitens werden der Rechtswahl zusätzliche Schranken durch den der ordre-public Vorbehalt eingeräumt, wenn die Pflichtteilsrechte im konkreten Fall missachtet werden.

Kern dieser Arbeit liegt in der expliziten Vorstellung der Gestaltungsmöglichkeiten und Anknüpfungsmomenten, um welche sich die Rechtswahl neu definieren lässt. Es werden drei Gestaltungsmöglichkeiten vorgestellt und beschrieben, welche die aktuelle Fassung der Rechtswahl ersetzen könnten und Testierfreiheit des Erblassers stärken würden.

1. Auf der ersten Stelle wird eine freie Rechtswahl vorgestellt, in der Erblasser jedes Recht wählen kann, zu dem eine objektive bzw. vernünftige Verbindung existiert<sup>102</sup> und solange keine der Pflichtteilsberechtigten Personen ein "Bremsmechanismus" ausübt.

Diese Gestaltungsmöglichkeit stützt sich im Allgemeinen auf der Theorie einer freien Rechtswahl. Der Wunsch einiger Autoren nach einer komplett freien Rechtswahl im Erbrecht ist bemerkbar. *Stoltenberg* begründet dies, dass eine Erweiterung der Parteiautonomie sowohl dem Bedürfnis einer zunehmend mobilen Gesellschaft nach Vorausehbarkeit des anwendbaren Rechts

---

<sup>102</sup> Vgl. LEIN, E., *A Further Step Towards a European Code of Private International Law: The Commission Proposal for a Regulation on Succession*. in BONOMI, A. & VOLKEN, P., *Yearbook of Private International Law*, Volume XI 2009. Macmillan Publishers, S. 107-142.

Rechnung tragen als auch beisteuern die Selbstbestimmung des Individuums zurückzuerlangen würde. Ihr Plädoyer nach einer freien Rechtswahl setzt jedoch voraus, dass die Institution des Pflichtteils überall abgeschafft oder zumindest stark reduziert werden muss, was sich nach ihrem Einschätzen in weiter Zukunft, innerhalb der nächsten 50 bis 100 Jahren ändert.<sup>103</sup> Auch *Lein* spricht sich dafür dem Erblasser eine freie Rechtswahl zu ermöglichen, in dem er jedes Recht wählen kann, zu dem eine vernünftige Verbindung existiert:

*“It should in principle be possible to choose any EU Member State's law with which the de cuius has some reasonable connection.”*<sup>104</sup>

Basierend auf einer freien Rechtswahl wird in dieser Arbeit ein neuer Lösungsvorschlag der Rechtswahl definiert. Er berücksichtigt am besten das Prinzip der Testierfreiheit jenes Erblassers, weil sie keine explizite und geschlossene Auswahl an Anknüpfungsmomenten für die Rechtswahl bietet. Gleichzeitig berücksichtigt sie aber die Pflichtteilsberechtigten Personen in dem zwei Varianten eines Bremsmechanismus formuliert sind. Der Rechtswahl müssten entweder die sonst Pflichtteilsberechtigten zustimmen, oder die Rechtswahl nach dem Tod des Erblassers in Frage stellen und einen Einspruch einlegen.

Diese Gestaltungsmöglichkeit stellt eine neue Herangehensweise der Problematik dar. Im ersten Fall verbindet die Aufforderung zu einer aktiven Handlung der Pflichtteilsberechtigten mit ihrem Einverständnis über die Rechtsnachfolge von Todes wegen. Im zweiten Fall setzt sie voraus, dass die sonst Pflichtteilsberechtigten nach dem Tod des Erblassers einen Einspruch einlegen und die Erbfolge damit in Frage stellen.

---

<sup>103</sup> STOLTENBERG, P. T., *Die Parteiautonomie im europäischen Erbrecht (Schriften der Deutsch-Spanischen Juristenvereinigung, Band 52)* (New Aufl.). Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften 2019, S. 228 und 344.

<sup>104</sup> LEIN, E., *A Further Step Towards a European Code of Private International Law: The Commission Proposal for a Regulation on Succession*. in BONOMI, A. & VOLKEN, P., *Yearbook of Private International Law*, Volume XI 2009. Macmillan Publishers, S.132.

2. Als nächste Gestaltungsmöglichkeit wird die aktuelle Fassung der Rechtswahl mit der Abweichung vorgestellt, den *ordre-public* Vorbehalt bezüglich des Pflichtteilsrechts auszuschließen.

Die aktuelle Fassung der beschränkten Rechtswahl in Art. 22 der EuErbVO wird durch mögliche Pflichtteilsrechtumgehung begründet, was sich aus dem ErwGr 38 der EuErbVO ergibt. Durch den Art. 35 der EuErbVO wird der Erblasser aber noch einmal beschränkt, wenn im konkreten Fall die Pflichtteilsrechte missachtet werden.

Ausgehend von der Beschlussempfehlung und Bericht des Deutschen Bundestages<sup>105</sup> von 2009 und dem Gedanken, den die Autorin *Ayazi* formulierte, wird die Ansicht vertreten, dass der Erblasserwille nicht zweimal aus dem gleichen Grund limitiert werden sollte. Denn solange der Erblasser im ihm gestatteten Rahmen der EuErbVO eine Rechtswahl vornimmt, die aufgrund von möglicher Pflichtteilsumgehung eingeschränkt geregelt wurde, kann der Erblasser nicht doch noch einmal aufgrund von möglicher Pflichtteilsumgehung durch den *ordre-public* Vorbehalt beschränkt sein. Es wird die Meinung vertreten, dass eine zugelassene Rechtswahlmöglichkeit auf normativer Ebene bereits einen legitimierten Ausgleich zwischen der Testierfreiheit des Erblassers einerseits und den berechtigten Erwartungen der potentiellen Erben darstellen sollte.<sup>106</sup> Die Verordnung hat die Möglichkeit der Rechtswahl insbesondere deshalb nur auf die eine Rechtswahlmöglichkeit (das Recht der Staatsangehörigkeit) beschränkt, um das Pflichtteilsrecht nicht umgehen zu können. Diese Anknüpfung ist sorgfältig ausgewählt worden und verdient ihr Vertrauen in vollem Umfang. Deswegen sollten die Pflichtteilsberechtigten von

---

<sup>105</sup> Siehe hierzu die Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) des Deutschen Bundestages, v. 16. Dezember 2009, Drucksache 17/270, S. 15. Zuletzt online abgerufen am 9. Mai 2022, von <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/002/1700270.pdf>: "Der Rückgriff auf den *ordre public* muss die Ausnahme bleiben. Ein Unterschied zwischen den Regelungen über den Schutz der berechtigten Interessen der Angehörigen des Erblassers reicht für die Anwendung des *ordre public* nicht aus und wäre unvereinbar mit dem Ziel, die Anwendung nur eines Erbstatuts auf den gesamten Nachlass zu gewährleisten."

<sup>106</sup> *AYAZI, K., Das deutsche Pflichtteilsrecht und der ordre public-Vorbehalt des Art. 35 EuErbVO am Beispiel eines deutsch-südafrikanischen Erbfalls.* NJOZ 2018, Heft 28, S.1043.

vornherein damit rechnen, dass der Erblasser sie durch eine Rechtswahl auf die nach dem Recht seiner Staatsangehörigkeit zustehenden Rechte begrenzen kann, indem er nach dem gewählten ausländischen Recht eine anderweitige Absicherung oder Kompensation vorsieht<sup>107</sup> oder sie von der Erbfolge komplett ausschließt.

3. Die letzte Gestaltungsmöglichkeit sieht eine Erweiterung des geschlossenen Katalogs der wählbaren Rechten vor. Dieser Lösungsvorschlag wird in der Fachliteratur häufig diskutiert und vorgeschlagen<sup>108</sup> und stellt an sich unkomplizierte Gestaltungsmöglichkeit dar, weil die einzelnen wählbaren Rechte vereinzelt viel Unterstützung genießen.

Diese Gestaltungsmöglichkeit mit einer expliziten Auswahl an Anknüpfungsmomenten für die Rechtswahl stellt eine sichere und vorhersehbare Option des Erblassers aber auch der Pflichtteilsberechtigten vor. Sie berücksichtigt vielmehr das Prinzip der Testierfreiheit als die aktuelle Fassung und durch die ausdrückliche Formulierung der zugelassenen Rechte schützt sie gleichzeitig auch die Pflichtteilsberechtigten.

Aus diesen Gründen sollten lediglich nur die Erbstatuten einbezogen und aufgezählt werden, die eine objektive Verbindung zum Erblassers oder seinem Nachlass aufweisen. Damit sollte weiterhin sichergestellt werden, dass ein Recht nicht mit der Absicht gewählt wird, die berechtigten Erwartungen der Pflichtteilsberechtigten zu vereiteln.

Zum Schluss wird nur kurz bemerkt, dass auch einige Stimmen gefunden werden können, die eine restriktive Fassung bevorzugen. *Greeske* begründet dies z.B. dadurch, dass sich eine wenig beschränkte Auffassung der Rechtswahl nicht auf alle Mitgliedstaaten übertragen lässt, weil das Pflichtteilsrecht eine Verteilungsfunktion hat und nicht zuletzt auch weil das

---

<sup>107</sup> BeckOGK/J. SCHMIDT, EuErbVO Art. 35, Rn. 22-22.1, beck-online, zuletzt abgerufen am 1.11.2020.

<sup>108</sup> z.B.: STOLTENBERG, P. T., *Die Parteiautonomie im europäischen Erbrecht (Schriften der Deutsch-Spanischen Juristenvereinigung, Band 52)* (New Aufl.). Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften 2019, S. 291-297.

Familienvermögen dabei eine Rolle spielt.<sup>109</sup> Nach *Wagners* Betrachtungsweise würde sich die restriktive Fassung der Rechtswahl nur auf das Heimatrecht des Erblassers im Zeitpunkt der Rechtswahl beschränken, um die Pflichtteilsrechte nicht umgehen zu können.<sup>110</sup>

#### 4.1. Zwischenergebnis

In den vorherigen Unterkapiteln wurde sich mit den prägenden Prinzipien des Kollisionsrechtes, der Partei- und Privatautonomie und dem Institut der Testierfreiheit auseinandergesetzt. Außerdem wurde auch mit Hinblick auf die Testierfreiheit das Thema des Familienerbrechts aufgearbeitet, welches die Grenzen der Rechtswahl deutlich demonstriert.

Summa summarum kann man nicht bestreiten, dass die Gefahr für die Interessen, die der Staat vertritt, sicherlich sehr hoch ist, wenn die Möglichkeit der Rechtswahl in die Rechtsordnung einbezogen wird. Der Staat fügt sich den Werten einer anderen Rechtsordnung, die ihm ganz fremd sein könnte und setzt verständlich zusätzliche Grenzen der Rechtswahl, um die Handlung der privatrechtlichen Personen rechtfertigen zu können. Es ist jedoch deutlich zum Vorschein gebracht, dass es keine Frage ist, ob die Rechtswahl in der Erbrechtsverordnung zugelassen werden soll, sondern mit welchen Schranken soll die Rechtswahl das europäische Erbrecht prägen. Es hat sich offensichtlich gezeigt, dass diese Schranken vor allem das Institut des Pflichtteilsrechts setzt. Ausgehend aus dem Vergleich beider Prinzipien im deutschen Recht zeigte sich die Beschränkung durch die Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als unbegründet. Auch die Tatsache, dass das Pflichtteilsrecht zwar den verfassungsrechtlichen Schutz genießt, begründet nicht seine absolute Wirkung auf die Beschränkung der Testierfreiheit und damit Rechtswahl. Selbst das BVerfG hat die innere Struktur des Pflichtteilsrechts in die Sphäre des Gesetzgebers verwiesen. All das zeigt daraufhin, dass die Rechtswahl zu beschränkt ist und erweitert werden kann.

---

<sup>109</sup> GRESKE, M., *Die Kollisionsnormen der neuen EU-Erbrechtsverordnung*, Frankfurt am Main 2014, S. 104-110.

<sup>110</sup> WAGNER, R., *Der Kommissionsvorschlag vom 14.10.2009 zum internationalen Erbrecht: Stand und Perspektiven des Gesetzgebungsverfahrens*, DNotZ 2010, S. 516-517.

Im Großen und Ganzen kann folgende Folgerung aus diesem Kapitel gezogen werden. Die Rechtswahl muss in das europäische Erbrecht einbezogen werden um dem Prinzip der Testierfreiheit gerecht zu werden. Eine absolut freie Rechtswahl kann jedoch nicht begründet werden, denn wie das materielle Erbrecht seine Schranken kennt, muss auch das kollisionsrechtliche Erbrecht seine Schranken setzen. Diese Schranken sollten entweder durch die Interessen der Pflichtteilsberechtigten gesetzt werden oder dadurch, dass dem Erblasser für seine Rechtsnachfolge von Todes wegen eine Auswahl an Rechtsordnungen ermöglicht wird, die dem Prinzip der engsten Verbindung folgen. Deswegen werden drei Gestaltungsmöglichkeiten vorgestellt, die eine Kombination der gerade genannten Kriterien erfüllen, jedoch mehr Platz der Testierfreiheit einräumen.

## **5. Gestaltungsmöglichkeit Nr. 1: Freie Rechtswahl mit einem Bremsmechanismus**

Ab diesem Abschnitt kommt es zum tatsächlichen Kern dieser Arbeit. In diesem und den nächsten zwei Kapiteln werden insgesamt drei unterschiedliche Gestaltungsmöglichkeiten vorgestellt, welche die Parteiautonomie nicht so sehr beschränken wie die aktuelle Fassung..

Auf der ersten Stelle wird ein neuer Lösungsvorschlag der Rechtswahl definiert, welcher an der freien Rechtswahl beruht und durch ein Bremsmechanismus ergänzt wird. Diese erste und weitgehendste Gestaltungsmöglichkeit stellt eine neue Herangehensweise der Problematik dar. Nach diesem Lösungsvorschlag kann der Erblasser jedes Recht wählen, zu dem eine vernünftige Verbindung existiert und solange keine der Pflichtteilsberechtigten Personen ein "Bremsmechanismus" ausübt.

Der Lösungsvorschlag der Rechtswahl berücksichtigt am besten das Prinzip der Testierfreiheit des Erblassers. Denn, es würde viel mehr dem Prinzip der Parteiautonomie im wahren Sinne entsprechen, dass es die Person des Erblassers ist, und nicht der Staat, der seine Interessen abwägen kann. Gleichzeitig berücksichtigt er aber all die Argumente, die gegen einer freien Rechtswahl sprechen und mit Pflichtteilsrecht argumentieren. Aus diesem Grund scheint es sinnvoll, ein Bremsmechanismus zugunsten der Pflichtteilsberechtigten zu formulieren. Zwei Varianten des Bremsmechanismus werden vorgeschlagen. Der Rechtswahl müssten entweder die sonst Pflichtteilsberechtigten zustimmen, oder die Rechtswahl nach dem Tod des Erblassers in Frage stellen und einen Einspruch einlegen. Im ersten Fall verbindet die Aufforderung zu einer aktiven Handlung der Pflichtteilsberechtigten mit ihrem Einverständnis über die Rechtsnachfolge von Todes wegen. Im zweiten Fall setzt sie voraus, dass die sonst Pflichtteilsberechtigten nach dem Tod des Erblassers einen Einspruch einlegen und die Erbfolge damit in Frage stellen.

### **5.1. Rechtfertigung einer freien Rechtswahl**

Der Trend einer freien bzw. liberalen Rechtswahl setzt sich im europäischen internationalen Privatrecht mehr und mehr durch. Eine freie Rechtswahl ist mittlerweile eine Selbstverständlichkeit im Bereich der Verträge<sup>111</sup> und auch im Bereich der außervertraglichen Schuldverhältnisse wird eine Rechtswahl durch die Parteien akzeptiert.<sup>112</sup> Weiterhin setzt sich die Rechtswahlfreiheit auch in den eher konservativen Bereichen des Familienrechts (in Sachen des Unterhaltspflichtes<sup>113</sup> oder der Ehe<sup>114</sup>) durch, indem es den Parteien ermöglicht bis zu einem gewissen Grad das anwendbare Recht zu wählen. Neben diesem Trend aus dem internationalen Privatrecht behauptet *Dutta*, dass alleine das materielle Erbrecht der meisten Mitgliedstaaten einen liberalen Ansatz für die Rechtswahlfreiheit im europäischen Erbrecht begründet. Denn das Recht ein Testament zu errichten wird in den meisten Staaten in Europa weithin akzeptiert und sogar verfassungsrechtlich abgesichert. Davon ausgehend sollte nach *Dutta* die Testierfreiheit im materiellen Recht auf der Ebene der Rechtswahl durch eine Wahlfreiheit fortgesetzt werden.<sup>115</sup> Allerdings weist *Dutta* darauf hin, dass die Testierfreiheit nicht uneingeschränkt gilt. Sie wird nach den meisten materiellen Gesetzen zum einen durch private Interessen der Familienangehörigen, die durch zwingende Normen oder Vergleichbare und zum anderen durch staatliche Interessen geschützt. Diese Interessen werden jedoch durch die Übertragung der Parteiautonomie auf den Erblasser nicht speziell gefährdet.<sup>116</sup>

---

<sup>111</sup> Art. 3 der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I).

<sup>112</sup> Art. 14 der Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“).

<sup>113</sup> Art. 7 und 8 des Protokolls über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht, vom 23. November 2007. Zuletzt abgerufen am 9. Mai 2022 unter [https://www.justiz.nrw.de/Bibliothek/ir\\_online\\_db/ir\\_hm/frame\\_protokoll\\_23112007.htm](https://www.justiz.nrw.de/Bibliothek/ir_online_db/ir_hm/frame_protokoll_23112007.htm).

<sup>114</sup> Art. 5 der Verordnung(EU) Nr. 1259/2010 des Rates vom 20. Dezember 2010 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts

<sup>115</sup> “Why should this freedom be denied for succession and wills? In contrast to matrimonial matters and maintenance obligations, with regard to successions even the substantive law of most Member States speaks for a liberal approach. The freedom to testate is within Europe widely accepted and, as already mentioned, even constitutionally guaranteed. The freedom to testate in substantive law, although it might not doctrinally compel a freedom of choice of law, should be continued at the choice-of-law level by a freedom of choice.”in DUTTA, A. *Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation*. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht/ The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 2009, Bd. 74, S. 573-574.

<sup>116</sup> “However, the freedom to testate does not apply without limits. The freedom of the testator to determine the succession in his estate is under most substantive laws restricted, on the one hand, by private interests of family members which are protected by forced heirship provisions or equivalent institutions and, on the other hand, by

Auch andere Autoren bevorzugen eine freie Rechtswahl im Erbrecht. *Stoltenberg* begründet dies, dass eine Erweiterung der Parteiautonomie sowohl dem Bedürfnis einer zunehmend mobilen Gesellschaft nach Vorausssehbarkeit des anwendbaren Rechts Rechnung tragen als auch beisteuern die Selbstbestimmung des Individuums zurückzuerlangen würde. Ihr Plädoyer nach einer freien Rechtswahl setzt jedoch voraus, dass die Institution des Pflichtteils überall abgeschafft oder zumindest stark reduziert werden muss, was sich nach ihrem Einschätzen in weiter Zukunft, innerhalb der nächsten 50 bis 100 Jahren ändert.<sup>117</sup> *Kroll-Ludwig* kommt in ihrem Buch zum Schluss, dass die beschränkte Fassung der erbrechtlichen Parteiautonomie nicht durch das Prinzip der engsten Verbindung begründet sei. Es sollte dem Erblasser überlassen sein, privatautonom zu bestimmen, was er als engste Verbindung definiert.<sup>118</sup>

*Dutta* bleibt demgegenüber mehr bodenständig und sieht eine rasante Änderung im Kollisionserbrecht zugunsten einer freien Rechtswahl skeptisch vor:

*“The arguments in favour of a freedom of choice do, in principle, not justify any limits on the freedom of choice as to the eligible laws. However, a comparative survey, the reactions to the Commission's plans and the Discussion Paper show that the time for a total freedom of choice of law in successions has not yet arrived. Rather only the choice of a law to which the deceased or the estate is objectively connected appears to be acceptable - a limitation which is a relic from former times and which has been overcome, for example, in the modern conflict of laws of obligations!»*, apparently, though, not in international family law.<sup>119</sup>

In dieser Hinsicht scheint die Lösung von *Lein* weniger aggressiv, sie spricht sich dafür dem Erblasser eine freie Rechtswahl zu ermöglichen, jedoch bedingt diese Rechtswahl in dem der Erblasser jedes Recht wählen kann, zu dem eine vernünftige Verbindung existiert:

---

state interests, especially in the enforcement of local public policy, Yet those interests are not specifically endangered by vesting party autonomy in the deceased.” in DUTTA, A. *Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation*. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht/ The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 2009, Bd. 74, S. 574.

<sup>117</sup> STOLTENBERG, P. T., *Die Parteiautonomie im europäischen Erbrecht (Schriften der Deutsch-Spanischen Juristenvereinigung, Band 52)* (New Aufl.). Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften 2019, S. 228 und 344.

<sup>118</sup> KROLL-LUDWIGS, K., *Die Rolle der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht)*, Band 97, Mohr Siebeck 2013, S. 446-448.

<sup>119</sup> DUTTA, A., *Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation*. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 2009, Bd. 74, S. 576.

"It should in principle be possible to choose any EU Member State's law with which the *de cuius* has some reasonable connection."<sup>120</sup>

Gegen einer freien Rechtswahl im Erbrecht wird mit möglicher Pflichtteilumgehung argumentiert, was *Dutta* indem widerlegt, dass selbst wenn ein personales Kriterium den objektiver Anknüpfungspunkt - Wohnsitz oder Staatsangehörigkeit - bestimme, werden diese Interessen international nur bedingt geschützt. Für Familienangehörige sei es eine bloße Zufälligkeit, dass nach der objektiven Kollisionsnorm ein Schutzgesetz gelte. Die Tatsache, dass die Familienangehörigen im Regelfall den letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers teilen, sei nur eine reflexive Folge der Wahrung der Rechtswahlinteressen des Erblassers. Auch nach den objektiven Rechtswahlregeln können die Familienangehörigen nicht vermeiden, dass der Verstorbene zu Lebzeiten das maßgebliche persönliche Kriterium umgehe, indem er seinen gewöhnlichen Aufenthalt ändere, um sich einem bestimmten Schutzgesetz zu entziehen.<sup>121</sup> *Dutta* ist in dieser Hinsicht der Ansicht, dass wenn ein Schutz von Familienangehörigen als notwendig erachtet wird, sollte es nicht durch die Einschränkung der Wahlfreiheit erreicht werden, wie in einigen Kollisionsnormen. Sondern, wenn überhaupt, sollte es durch andere Mittel geschehen, die im Allgemeinen gleichzeitig für die subjektive und objektive Rechtswahl gelten.<sup>122</sup> Auch nach *Kroll-Ludwig* kann der Schutz der schwächeren Partei im Erbrecht nicht die

---

<sup>120</sup> LEIN, E., *A Further Step Towards a European Code of Private International Law: The Commission Proposal for a Regulation on Succession*. in: BONOMI, A. & VOLKEN, P., *Yearbook of Private International Law*, Volume XI 2009. Macmillan Publishers, S.132.

<sup>121</sup> "Already the use of a personal criterion of the deceased as the objective connecting factor - his residence or his nationality - is only to a very limited extent suitable to protect those interests internationally. For family members it is a mere coincidence that under the objective conflict rule a protective law applies. The fact that the family members, in the regular case, share the last habitual residence of the deceased' is only a reflexive consequence of respecting the choice-of-law interests of the deceased, Even under the objective choice-of-law rules family members cannot avoid that the deceased alters in his lifetime the pertinent personal criterion by changing his habitual residence in order to evade a certain protective law."in DUTTA, A. *Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation*. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht/The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 2009, Bd. 74, S. 574.

<sup>122</sup> "Thus, if a protection of family members is perceived to be necessary, it should not, as some Member State conflict laws does, be accomplished by restricting only the freedom of choice but rather - if at all - by other means which apply generally at the same time to both the subjective and objective choice-of-law rule."in DUTTA, A. *Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation*. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht/ The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 2009, Bd. 74, S. 574.

Beschränkung der Rechtswahl rechtfertigen, weil eine Rechtswahl einseitiges Rechtsgeschäft zu verstehen ist.<sup>123</sup>

Zunächst sind das auch fiskalen Interessen des Staates (z.B. bei der sozialen Fürsorge der Familienangehörigen), welche die Beschränkung der Rechtswahl rechtfertigen könnten, sich aber nicht als plausibel erweisen, weil der Staat durch die Anerkennung zwingender Vorschriften geschützt wird.<sup>124</sup>

Es ist deutlich zum Vorschein gebracht worden, dass die aktuelle - restriktive - Fassung der Rechtswahl sich als unbegründet zeigt und viele Akademiker eine andere freie Gestaltung der Rechtswahl befürworten. Auch in dieser Arbeit wird eine freie Rechtswahl für richtig gehalten. Jedoch, basierend auf der Stellung des Ordnungsgebers gegenüber einer freien Rechtswahl und der klassischen Lehre des Kollisionsrechts, wird hier bevorzugt, dass der Erblasser nur das Erbstatut wählen kann, zu dem eine vernünftige Verbindung existiert. Diese Lösung zeigt sich als richtig, weil es nur schwer vorstellbar ist, dass ein Erblasser ohne missbräuchlichen Absichten eine Rechtsordnung wählt, zu der er oder sein Nachlass keinerlei Verbindung aufweist. Eine offene Rechtswahl zugunsten jeder Rechtsordnung, zu dem eine objektive bzw. vernünftige Verbindung existiert, scheint als geeignete Kompromisslösung zu sein um in absehbare Zukunft umgesetzt zu werden.

---

<sup>123</sup> KROLL-LUDWIGS, K., *Die Rolle der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht)*, Band 97, Mohr Siebeck 2013, S. 448-487.

<sup>124</sup> "This relates, at first, to the fiscal interests of the state. Although the residence state will, in some cases, be responsible for the social welfare of family members if the applicable succession law affords no protection, again already the use of a personal criterion of the deceased thwarts those interests but not specifically the freedom of the deceased to choose the applicable succession law. Likewise a freedom of choice does not imperil the interest of the residence state protecting its local public policy. A state to which the deceased is closely linked might well be interested in having its public policy internationally enforced - a concern which exists in all areas of law where private autonomy is restricted by public policy. However, that state interest does not demand an exclusion of a freedom of choice of law all together. First of all, as under the Rome I and Rome II regimes, a true choice of law could be limited to international cases, at least if no other mechanisms -e.g. a restriction of the eligible laws warrant that a choice of a different law than the residence law is only possible if the case has links to more than one country. Furthermore, public policy interests of a state to which the deceased was personally connected can be well accommodated by general means of private international law: the recognition of overriding mandatory provisions"" and, if the residence state is - as often will be the case - the forum state, by the ordre public exception." in DUTTA, A. *Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation*. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht/ The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 2009, Bd. 74, S. 575.

Auch der Deutsche Richterbund hat sich in seiner Stellungnahme aus dem Jahr 2005 - zwar in einem anderen Kontext - geäußert, dass eine Wahl völlig fremder Rechtsordnungen, deren Inhalte schlecht festgestellt und umgesetzt werden können, verhindert werden sollte.<sup>125</sup>

## **5.2. Freie Rechtswahl mit einem Bremsmechanismus**

Die freie Rechtswahl mit einem Bremsmechanismus stellt einen Lösungsvorschlag dar, nach dem der Erblasser jedes Recht wählen kann, zu dem eine vernünftige Verbindung existiert und solange keine der Pflichtteilsberechtigten Personen ein "Bremsmechanismus" ausübt.

Mit der Zulassung einer freien und unbeschränkten Parteiautonomie im Erbkollisionsrecht hätte der Erblasser die Möglichkeit, jedes Erbstatut zu wählen, zu dem eine vernünftige Verbindung existiert. Der Lösungsvorschlag der Rechtswahl berücksichtigt am besten das Prinzip der Parteiautonomie. Denn, es ist die Person des Erblassers ist, und nicht der Staat, der seine Interessen abwägen kann.

### **A. Vernünftige Verbindung**

Der Lösungsvorschlag der Rechtswahl ist darauf aufgebaut, dem Erblasser eine Rechtswahl zu gewährleisten, zu der eine objektive Verbindung besteht. So eine Rechtswahl zugunsten jeder Rechtsordnung, zu der eine objektive Verbindung besteht, wurde bereits vom Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht im 1980 vorgeschlagen und in den Thesen zur Reform des internationalen Privat- und Verfahrensrechts von Peter Dopffel und Kurt Siehr unter der These 16 Abs. 2 präsentiert:

*"Der Erblasser kann die Erbfolge jeder Rechtsordnung unterstellen, zu der eine objektive Beziehung besteht; das Erbstatut für Vermögenswerte die in verschiedenen Staaten belegen sind, kann auch ländermäßig*

---

<sup>125</sup> Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Grünbuch der Kommission der Europäischen Gemeinschaften zum Erb- und Testamentsrecht KOM(2005)65 endg.; Ratsdok. 7027/05, vom 30. Juni 2005. Deutscher Richterbund (DRB).

getrennt bestimmt werden. Die Rechtswahl muß in der Form einer letztwilligen Verfügung ausdrücklich getroffen werden oder sich eindeutig aus einer solchen Verfügung ergeben.“<sup>126</sup>

Diese Gestaltungsmöglichkeit findet auch heutzutage ihre Sympathisanten<sup>127</sup>, welche sich dafür einsetzen dem Erblasser eine Rechtswahl zu ermöglichen, die mit einer objektiven Verbindung begründet ist und welche sich nicht nur auf einen Katalog an wählbaren Rechten erstreckt. Das Max-Planck-Institut begründet seinen Vorschlag indem:

*“Der Gesetzgeber kann aber unmöglich alle derartigen Konstellationen vorhersehen; wir sind daher gegen jede gesetzliche Enumeration wählbarer Rechte und möchten nur eine offensichtlich willkürliche Rechtswahl ausgeschlossen sehen.“*<sup>128</sup>

Ob diese Gestaltungsmöglichkeit der Rechtswahl eine Definition hinsichtlich der “objektiven Verbindung” bedarf oder nicht scheint problematisch zu sein. Der Erblasser sollte gewisse Sicherheit haben, dass das nach ihm gewählte Recht genügende Verbindung aufweist, damit seine Rechtswahl wirksam bleibt. Allerdings ist so eine explizite und geschlossene Definition ziemlich unrealistisch, um alle möglichen objektiven Verbindungen zu berücksichtigen. *Stoltenbergs* Ansicht, dass der Begriff der objektiven Verbindung keine Definition bedarf, wird deswegen in dieser Hinsicht zugestimmt:

*“Aus Flexibilitätsgründen muss bei dieser hier vorgestellten Lösung zur Ausdehnung der erbrechtlichen *professio iuris* zwangsläufig auf eine Definition, ab wann eine objektiv ausreichende Verbindung zu einem Recht besteht, verzichtet werden. Es bleibt ex ante also unklar, welche Rechte der Erblasser wählen kann. Daher ist auf jeden Fall mit einer ex post-Kontrolle durch den Richter zu rechnen. Denn es müsste notwendigerweise nachträglich geprüft werden, dass das gewählte Recht auch wirklich eine objektive Verbindung zum Erblasser oder zu seinem Nachlassvermögen aufweist. Dass es sich dabei um eine subjektive Prüfung seitens des Richters handeln würde,*

---

<sup>126</sup> BASEDOW, J., *Thesen zur Reform des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*. *Rabels Zeitschrift Für Ausländisches Und Internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, vol. 44, no. 2, 1980, S. 352.

<sup>127</sup> Siehe dazu zum Beispiel Lein: “It should in principle be possible to choose any EU Member State's law with which the *de cuius* has some reasonable connection.” in LEIN, E., *A Further Step Towards a European Code of Private International Law: The Commission Proposal for a Regulation on Succession*. in: BONOMI, A. & VOLKEN, P., *Yearbook of Private International Law*, Volume XI 2009. Macmillan Publishers, S.132 oder ebenfalls Dutta “However - and unlike the limited freedom of choice proposed in Art. 3.2(1) of the Discussion Paper minimal links to the chosen law should suffice.” in DUTTA, A. *Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation*. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht/ The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 2009, Bd. 74, S. 576.

<sup>128</sup> BASEDOW, J., *Thesen zur Reform des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*. *Rabels Zeitschrift Für Ausländisches Und Internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, vol. 44, no. 2, 1980, S. 358.

scheint wohl unvermeidbar zu sein. Der Erblasser hätte hier also vorab mehr Wahlfreiheit aber weniger Rechtssicherheit darüber, ob das gewählte Recht letztlich zur Anwendung gelangen würde.“<sup>129</sup>

Allerdings, würde eine nicht geschlossene Definition für mehr Rechtsicherheit und Wirksamkeit der Rechtswahl sorgen, was sich als ein viel wichtiger Punkt zeigt und der Gesetzgeber sollte gegebenenfalls seine Bemühungen dazu streben. Aus diesem Grund wird in dieser Arbeit eine Definition kreiert. Anhand paar Beispiele würde dem Erblasser in der Definition eine gewisse Leitlinie gegeben, was unter “einer objektiven Verbindung” zu verstehen ist. Sie könnte so lauten:

*“Eine objektive Verbindung zum Erblasser oder zu seinem Nachlassvermögen ist vor allem dann gegeben, wenn das gewählte Recht dem Recht des Staates unterliegt, dem der Erblasser im Zeitpunkt der Rechtswahl angehört oder in dem der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, oder dem die die güterrechtlichen Wirkungen seiner Ehe unterliegen, sofern er im Zeitpunkt der Rechtswahl verheiratet ist, oder in dem sich das unbewegliche Vermögen befindet oder der religiösen Rechtsordnung, die der Erblasser erachtet.”*

Nicht zu verschweigen ist des Weiteren die Tatsache, dass ohne einer Definition “der objektiven Verbindung” der Erblasser die Gefahr läuft, dass sich die objektive Verbindung erst nach seinem Tod durch eine richterliche Prüfung als ungenügend zeigt. Mit der *ex post* Kontrolle kann nicht ganz vermeiden werden, dass sich die vernünftige Verbindung nicht erweist. Dementsprechend würde die Definition ein willkommener Mittel um die Rechtssicherheit zu bewahren. Auch deswegen sollte aus diesem Grund dem Erblasser ermöglicht werden, seine Rechtswahl nur auf einen Teil seines Vermögens zu erstrecken.

Rechtswahl in einer notariellen Form könnte das Problem der Definition einer “objektiven Verbindung” lösen. Ein Notar könnte eher feststellen, ob die ausgeübte Rechtswahl wirksam ist oder nicht und ob eine ausreichende objektive Verbindung zwischen dem gewählten Erbstatut und dem Erblasser bzw. seinem Nachlass besteht.

Hinsichtlich einer objektiven Verbindung weist *Stoltenberg* darauf hin, dass es noch nie im internationalen Erbrecht eine Rechtswahl zugunsten jeder Rechtsordnung, zu der eine

---

<sup>129</sup> STOLTENBERG, P. T., *Die Parteiautonomie im europäischen Erbrecht (Schriften der Deutsch-Spanischen Juristenvereinigung, Band 52)*, Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften 2019, S. 301.

objektive Verbindung besteht gab und daher ungewiss sei, ob dieser Lösungsansatz funktionieren würde.<sup>130</sup>

## **B. Bremsmechanismus**

Pflichtteilsberechtigte Personen und ihre mögliche Umgehung spielt bei Beschränkung eine wichtige Rolle. Aus diesem Grund, ist in dieser Arbeit die Lösung vorgestellt, die den Schutz der Pflichtteilsberechtigten bewahrt. Die Rechtswahl wird durch ein Bremsmechanismus bedingt, welches zwei Alternativen vorsieht.

Zwar sind dem Erblasser alle Rechtsordnungen geöffnet, zu denen eine vernünftige Verbindung existiert, jedoch wäre nach der ersten Alternative die Zustimmung aller Pflichtteilsberechtigten zu seiner Rechtswahl vorausgesetzt. Um sicherzustellen, dass sich der Erblasser und Pflichtteilsberechtigten aller Konsequenzen seiner Rechtswahl bewusst sind, empfiehlt sich eine notarielle Form für die Rechtswahl festzustellen. Damit wird sichergestellt, dass alle Betroffenen eine fachliche Beratung bekommen und über Folgen der Rechtswahl belehrt sind.

Nach der zweiten Alternative wird den Pflichtteilsberechtigten überlassen, die Rechtswahl nach dem Tod des Erblassers in Frage zu stellen und einen Einspruch einzulegen. Wobei es ausreichend sein sollte, wenn nur einer der Pflichtteilsberechtigten den Einspruch beim Gericht eingelegt hat. Diese Option stellt ein hohes Risiko für den Erblasser dar. Denn, wenn sich der Einspruch des/der Pflichtteilsberechtigten als begründet zeigen würde, indem die Pflichtteilsberechtigten an ihren Pflichtteilsrechten verkürzt werden, so würde die Rechtswahl für unwirksam erklärt und die gesamte Rechtsfolge von Todes wegen würde dem objektiv Anknüpfungspunkt unterliegen. Mit dieser Variante setzt der Erblasser darauf ein, dass seine Angehörige seine letzte Wille respektieren werden. Sie ist die Verkörperung des Respekts gegenüber des Erblassers, indem die Pflichtteilsberechtigten alle Handlungen unterlassen und sich mit seiner letztwilligen Verfügung zufrieden stellen, obwohl sie einer solchen Rechtswahl nicht zugestimmt haben, wie es die erste Variante vorsieht.

---

<sup>130</sup> STOLTENBERG, P. T., *Die Parteiautonomie im europäischen Erbrecht (Schriften der Deutsch-Spanischen Juristenvereinigung, Band 52)*, Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften 2019, S. 299.

Eine allgemeine Voraussetzung dieser Gestaltungsmöglichkeit ist, den Kreis der Pflichtteilsberechtigten Personen zu definieren. Denn je nach welcher Rechtsordnung würde er variieren. Man könnte einwenden, dass es sich aufgrund von Stabilität und Vorhersehbarkeit logisch erweist, den Kreis dem Recht des Staates nach der objektiven Anknüpfung zu unterstellen. Dem wäre aber nicht zuzustimmen, denn das einmal vom Erblasser gewählte Recht sollte maßgeblich sein.

### **5.3. Fazit**

Die in dem vorherigen Abschnitt untersuchte Gestaltungsmöglichkeit wäre womöglich die weitgehendste Option zur Erweiterung der erbrechtlichen Rechtswahl im zukünftigen europäischen Kollisionsrecht.

Der Vorteil dieser Gestaltungsmöglichkeit ist auf der ersten Stelle die maximale Flexibilität des Erblassers. Dem Erblasser bleibt es offen, welches Erbstatut mit objektiver Verbindung er wählt. Damit er aber bereits im Voraus sicherstellen kann, dass seine Rechtswahl wirksam ist und eine objektive Verbindung existiert, könnte eine notarielle Form der Rechtswahl erforderlich sein. Des Weiteren berücksichtigt dieser Lösungsansatz potenzielle Rechte der Pflichtteilsberechtigten, indem ein Bremsmechanismus formuliert ist. Nach ihm müssen nach der ersten Variante die potenzielle Pflichtteilsberechtigten der Rechtswahl entweder zustimmen. Dazu eignet sich ebenfalls eine notarielle Form, um sicherzustellen, dass sie sich aller Konsequenzen seiner Rechtswahl bewusst sind. Nach der zweiten Variante wird vorausgesetzt, dass die potenzielle Pflichtteilsberechtigten aktive Handlung unternehmen und einen Einspruch gegen der Rechtswahl legen und zeigen, dass sie die letztwillige Verfügung des Erblassers nicht respektieren. Diese Variante stellt ein hohes Risiko für den Erblasser dar, denn wäre der Einspruch begründet, wäre die Rechtswahl für unwirksam erklärt.

## **6. Gestaltungsmöglichkeit Nr. 2: Rechtswahl mit Ausschluss des ordre-public Vorbehalts bezüglich des Pflichtteilsrechts**

Als nächste Gestaltungsmöglichkeit der Rechtswahl wird die aktuelle Fassung nach Art. 22 der EuErbVO vorgestellt, welche den Ausschluss des ordre public-Vorbehalts bezüglich des Pflichtteilsrechts beinhalten sollte.

Die aktuelle Fassung der beschränkten Rechtswahl nach Art. 22 der EuErbVO wird durch mögliche Pflichtteilsrechtumgehung begründet, was sich aus dem ErwGr 38 der EuErbVO ergibt. Durch den Art. 35 der EuErbVO wird der Erblasser aber noch einmal beschränkt, wenn im konkreten Fall die Pflichtteilsrechte missachtet werden.

In dieser Arbeit wird die Ansicht vertreten, dass der Erblasserwille nicht zweimal aus dem gleichen Grund limitiert werden sollte. Denn solange der Erblasser im ihm gestatteten Rahmen der EuErbVO eine Rechtswahl vornimmt, die aufgrund von möglicher Pflichtteilsumgehung eingeschränkt geregelt wurde, kann der Erblasser nicht doch noch einmal aufgrund von möglicher Pflichtteilsumgehung durch den ordre-public Vorbehalt beschränkt sein.

Der ordre public-Vorbehalt ist in der EuErbVO im Art. 35 zu finden und stellt eine Beschränkung der ansonsten an sich freien jedoch beschränkten Rechtswahl dar. Im konkreten Fall wird der Art. 35 der EuErbVO angegriffen, und es wird dadurch ermöglicht, das berufene ausländische Recht nicht anzuwenden, um die öffentliche Ordnung des Forums zu schützen.<sup>131</sup>

Ob der Ausschluss des ordre public-Vorbehalts bezüglich des Pflichtteilsrechts eine ausgewogene Lösung darstellt, welche sowohl das Prinzip der Testierfreiheit wie auch des Pflichtteilsrechts berücksichtigt, wird in diesem Kapitel untersucht. Zuerst wird deswegen kurz die Entstehungsgeschichte des ordre-public Vorbehalts vorgestellt, danach kommt es zur Analyse des Begriffs und im Anschluss daran wird die ordre public Klausel bezüglich des Pflichtteilsrechts untersucht.

---

<sup>131</sup> PALANDT/THORN, *BGB*, 73. Aufl., München 2013, EuErbVO (IPR), Art. 36, Rn. 1.

## 6.1. Allgemein - Begriff und die Entstehungsgeschichte

Das *ordre public* kommt aus dem französischen und steht für die öffentliche Ordnung. Unter dem Begriff versteht man im internationalen Privatrecht und im internationalen öffentlichen Recht das Grundlegende der inländischen Wertvorstellungen.<sup>132</sup>

Der Begriff des *ordre public* wird bereits den Glossatoren im 12. und 13. Jahrhundert zugeordnet, allerdings sind ihre Ansätze äußerst vage. Der „entscheidende Anstoß zur Entwicklung des *ordre-public*-Gedankens“ werden Ausführungen von Charles Dumoulin bezeichnet. Er betrachtete das Recht von Ländern, mit denen man im Kriegszustand stand, als unanwendbar. Eine direkte Benennung des Begriffs des *ordre-public* hat Dumoulin jedoch nicht verwendet.<sup>133</sup>

Im internationalen Privatrecht ist das klassische Kollisionsrecht im Sinne *Savignys* prinzipiell neutral gegenüber dem materiellrechtlichen Ergebnis. Es führt durch seine Verweisungsnormen das berufene Recht herbei und die Liberalität und Toleranz einer Rechtsordnung gegenüber anderen Rechtsordnungen lassen sich spüren, denn das berufene Recht wird grundsätzlich mit dem einheimischen Recht gleichwertig akzeptiert.<sup>134</sup> So eine Bereitschaft sich auf eine andere Rechtsordnung zu verlassen darf nicht die elementar im Inland geltenden Rechtsgrundsätze verletzen und umschlagen. Es bedarf daher einer „Notbremse“. Diese Notbremse hat die Aufgabe, bei besonders extremen Verstößen gegen tragende Prinzipien des eigenen Rechts, den von einer Verweisungsnorm ausgesprochenen Rechtsanwendungsbefehl nicht zu befolgen. Deswegen muss in solchen Fällen der formale Leitgedanke des internationalen Entscheidungseinklangs zurücktreten. Diese Korrekturaufgabe erfüllt im deutschen IPR grundsätzlich die *ordre public*-Klausel.<sup>135</sup> Dem *ordre public* wurden

---

<sup>132</sup> Wikipedia-Autoren. (2003a, Oktober 27). *Ordre public* (Deutschland). Wikipedia. [https://de.wikipedia.org/wiki/Ordre\\_public\\_\(Deutschland\)](https://de.wikipedia.org/wiki/Ordre_public_(Deutschland)), zitiert am 18.2.2021

<sup>133</sup> HÖRDT, M. (2019). *Pflichtteilsrecht und EU-ErbVO*. S. 145-146.

<sup>134</sup> *MüKoBGB/HEIN*, 7. Aufl., 2018, EGBGB Art. 6, Rn. 1.

<sup>135</sup> *ebd.*

dank seiner Korrektur-Aufgabe viele wenig freundliche Attribute verliehen wie Fremdkörper, Störenfried, enfant terrible, oder zwar nützliches, aber ungeliebtes Kind des IPR verliehen.<sup>136</sup>

Im EGBGB ist die allgemeine ordre public-Klausel in Art. 6 verankert und lautet:

*“Eine Rechtsnorm eines anderen Staates ist nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. Sie ist insbesondere nicht anzuwenden, wenn die Anwendung mit den Grundrechten unvereinbar ist.”*<sup>137</sup>

Die Anwendung der ausländischen Rechtsvorschriften wird auch als „Sprung ins Dunkle“ bezeichnet. Und gerade deswegen sichert Art. 6 EGBGB die materiellen Grundwertungen der deutschen Rechtsordnung, weil man gegenüber dem materiellen Endergebnis der jeweiligen Rechtsfrage nicht blind sein darf.<sup>138</sup> Der Art. 6 EGBGB hat dabei eine negative Funktionen, weil er keine bestimmte Wertungen des deutschen Rechts positiv durchsetzt, sondern verhindert lediglich eine Normanwendung, wenn elementare Wertungen des deutschen Rechts verletzt werden können.<sup>139</sup>

## **6.2. Ordre public im EuErbVO - Voraussetzungen, Zuständigkeitsprinzip und Beispiele**

Die EuErbVO enthält im Art. 35 einen Vorbehalt zugunsten des ordre public der lex fori. Das hat zur Folge, dass die berechtigten Behörden eines Mitgliedstaats die Anwendung einer ausländischen Erbvorschrift nicht folgen müssen, wenn deren Anwendung mit ordre-public des Mitgliedstaats offensichtlich unvereinbar ist.<sup>140</sup>

Der Art. 35 sagt, dass *„die Anwendung einer Vorschrift des nach dieser Verordnung bezeichneten Rechts eines Staates nur versagt werden darf, wenn ihre Anwendung mit der öffentlichen Ordnung (ordre public) des Staates des angerufenen Gerichts offensichtlich unvereinbar ist.“* Und der ErwGr 58 erläutert die Vorschrift weiter, indem er erklärt, dass *„aus Gründen des öffentlichen Interesses den Gerichten und anderen mit Erbsachen*

---

<sup>136</sup> STÜRNER M., *Die Bedeutung des ordre public in der EuErbVO*, Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union; Band 11, Heft 6, 2014, S. 318.

<sup>137</sup> Art. 6 EGBGB

<sup>138</sup> BeckOK BGB/LORENZ, 53. Ed., EGBGB Art. 6, Rn. 1, zuletzt abgerufen 1.2.2020, von beck-online.

<sup>139</sup> RAUSCHER, T., *Internationales Privatrecht: Mit internationalem Verfahrensrecht*, C.F. Müller, 4. Aufl., 2012, S. 142, Rn.581.

<sup>140</sup> HÜRTEGE/MANSEL, *BGB, Rom-Verordnungen - EuErbVO - HUP*, 3. Aufl., 2019, EuErbVO Art. 35, Rn.1.

*befassten zuständigen Behörden in den Mitgliedstaaten in Ausnahmefällen die Möglichkeit gegeben werden sollte, Bestimmungen eines ausländischen Rechts nicht zu berücksichtigen, wenn deren Anwendung in einem bestimmten Fall mit der öffentlichen Ordnung (ordre public) des betreffenden Mitgliedstaats offensichtlich unvereinbar wäre. Die Gerichte oder andere zuständige Behörden sollten allerdings die Anwendung des Rechts eines anderen Mitgliedstaats nicht ausschließen oder die Anerkennung — oder gegebenenfalls die Annahme — oder die Vollstreckung einer Entscheidung, einer öffentlichen Urkunde oder eines gerichtlichen Vergleichs aus einem anderen Mitgliedstaat aus Gründen der öffentlichen Ordnung (ordre public) nicht versagen dürfen, wenn dies gegen die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, insbesondere gegen das Diskriminierungsverbot in Artikel 21, verstoßen würde.“*

Die Voraussetzungen eines Verstoßes gegen ordre public des Art. 35 EuErbVO decken sich mit den Voraussetzungen in Art. 6 S. 1 EGBGB und nach der herrschenden Meinung kann es daher prinzipiell in Einzelfällen zum erbrechtlichen ordre public nach Art. 6 EGBGB verwiesen werden.<sup>141</sup> In den nächsten Zeilen wird kurz zusammengefasst, welche Voraussetzungen erfüllt werden müssen, um feststellen zu können, dass die Anwendung ausländischen Erbrechts gegen den deutschen ordre public tatsächlich verstößt. Denn, ein bloßer Unterschied zwischen den einzelnen nationalen Rechtsordnungen reicht nicht aus, um den ordre-public-Vorbehalt zu rechtfertigen.<sup>142</sup>

Zuerst werden die allgemeinen Voraussetzungen vorgestellt, die den Eingriff vom deutschen ordre-public begründen, und anschließend auch ein paar Beispiele, die den groben Einblick in die Problematik zeigen und noch verdeutlichen.

### **A. Ergebnis als Gegenstand der Kontrolle**

Ob ein ordre public Vorbehalt ausgesprochen sein kann, richtet sich gegen das *konkrete Ergebnis* der Rechtsanwendung im Einzelfall und nicht gegen ausländische Vorschriften als solche. Da wir uns aufm Gebiet des Erbrechts befinden, muss man das Prinzip der Testierfreiheit vor Augen haben, nach der dem Erblasser möglich wäre, fast jedes Ergebnis durch Verfügung von Todes wegen zu verwirklichen. Deshalb ist es erst das konkrete Ergebnis entscheidend -

---

<sup>141</sup> *MüKoBGB/DUTTA*, 7. Aufl., 2018, EuErbVO Art. 35, Rn. 6.

<sup>142</sup> *MüKoBGB/DUTTA*, 7. Aufl., 2018, EuErbVO Art. 35, Rn. 7.

denn, wenn sich beweist, dass sich die missbilligten Wertungen der ausländischen Rechtsvorschriften im Endergebnis niederschlagen, kommt es nicht zum ordre public Verstoß.<sup>143</sup>

Was geprüft wird, ist dabei also nicht die ausländische Norm als solche, sondern das Ergebnis ihrer Anwendung im konkreten Fall. Beispielsweise wäre die Ungleichbehandlung von männlichen und weiblichen Erben im Ergebnis unerheblich, wenn es nur weibliche bzw. oder nur männliche Erben gäbe.<sup>144</sup>

### **B. Wesentliche Grundsätze des deutschen Rechts**

Die Richtlinie für einen möglichen ordre public Verstoß bilden vor allem die wesentlichen Grundsätze des deutschen Rechts, Grundrechte und nach dem ErwGr. 58 ausdrücklich auch Grundrechte-Charta der EU, insbesondere das Diskriminierungsverbot.<sup>145</sup> Unter den wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts sind auch gute Sitten und der Zweck deutscher Gesetze umfasst. Es ist zu beachten, dass die guten Sitten dem Wertewandel unterliegen, der Zweck deutscher Gesetze eng auszulegen ist und nur bloße Abweichung der ausländischen Regelung von der deutschen nicht ausreicht.<sup>146</sup>

### **C. Offensichtlichkeit des Verstoßes**

Direkt aus dem Wortlaut des Art. 35 ergibt sich, dass der Verstoß gegen die öffentliche Ordnung offensichtlich sein muss. Wobei die Offensichtlichkeit nicht bedeutet, dass der Verstoß ohne genaue Prüfung für jedermann erkennbar sein muss, an der Stelle geht es eher um die besondere Schwere des Verstoßes.<sup>147</sup>

Nach der vom BGH entwickelten Formel ist die Offensichtlichkeit gegeben, wenn "das Ergebnis der Anwendung des ausländischen Rechts zu den Grundgedanken der deutschen Regelung und der in ihnen liegenden Gerechtigkeitsvorstellungen in so starkem Widerspruch

---

<sup>143</sup> HÜRTEGE/MANSEL, *BGB, Rom-Verordnungen - EuErbVO - HUP*, 3. Aufl., 2019, EuErbVO Art. 35, Rn.7.

<sup>144</sup> LUDWIG in: HERBERGER/MARTINEK/RÜSSMANN/WETH/WÜRDINGER, *online jurisPK-BGB*, 9. Aufl., Art. 35 EuErbVO, Rn. 6.(Stand: 01.03.2020)

<sup>145</sup> HÜRTEGE/MANSEL, *BGB, Rom-Verordnungen - EuErbVO - HUP*, 3. Aufl., 2019, EuErbVO Art. 35, Rn.10-11.

<sup>146</sup> RAUSCHER, T., *Internationales Privatrecht: Mit internationalem Verfahrensrecht*, 4. Aufl., C.F. Müller 2012, S.142-143, Rn.586-587.

<sup>147</sup> HÜRTEGE/MANSEL, *BGB, Rom-Verordnungen - EuErbVO - HUP*, 3. Aufl., 2019, EuErbVO Art. 35, Rn.14.

steht, dass es von uns für untragbar gehalten wird“. Dabei sollte der Merkmal der Offensichtlichkeit verdeutlichen, dass die Vorbehaltsklausel nur ein Ausnahmecharakter hat.<sup>148</sup>

#### D. Räumliche und zeitliche Relativität

Um ein *ordre public* Verstoß feststellen zu können, muss ein hinreichender Inlandsbezug des Sachverhalts gegeben sein, der über die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte hinausgeht. Man spricht deswegen von Relativität des *ordre public* Vorbehalt, weil die wesentlichen Komponente des deutschen Rechts nur dann zu berücksichtigen sind, wenn eine gewisse Inlandsbeziehung vorliegt.<sup>149</sup> Alleine die Tatsache, wenn eine ausländische Bestimmung gegen ein deutsche Grundrecht verstößt, gründet keinen offensichtlichen Verstoß, denn der *ordre public* Vorbehalt ohne jeglichen Inlandsbeziehung kein Instrument ist, um der ganzen Welt die eigenen Grundrechtswertungen aufzudrängen.<sup>150</sup> Eine vollkommen andere Situation tritt aber auf, wenn die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts, die GR-Charta oder die EMRK als Prüfungsmaßstäbe herangezogen werden, in solchen Fällen reicht es aus, dass der Sachverhalt eine hinreichende Beziehung zu einem Mitgliedstaat der EU aufweist.<sup>151</sup> Als Beispiel für einen hinreichenden Inlandsbezug kann deutsche Staatsangehörigkeit oder ein langfristiger gewöhnlicher Aufenthalt in Deutschland genannt werden.<sup>152</sup>

Die Relativität der öffentlichen Ordnung gilt außerdem auch in zeitlicher Hinsicht.<sup>153</sup> Im Erbrecht hat dies eine praktische Bedeutung, wenn nach der Errichtung einer Verfügung von Todes wegen ein Wandel der Wertvorstellungen eintritt. In den rein inländischen Fällen ist es für die herrschende Meinung grundsätzlich der Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts, nach dem sich die Beurteilung orientieren soll. Aber bei Beurteilung der Sittenwidrigkeit von Testamenten soll es hingegen auf den Zeitpunkt der Erbfalls ankommen. Demgegenüber soll bei ausländischem Erbstatut zwar der Gedanke der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes

---

<sup>148</sup> LOOSCHELDERS, D., *Internationales Privatrecht* — Art. 3–46 EGBGB. Springer 2003, S. 104-106, Rn. 10 und 17.

<sup>149</sup> LOOSCHELDERS, D., *Internationales Privatrecht* — Art. 3–46 EGBGB. Springer 2003, S. 106, Rn. 18.

<sup>150</sup> RAUSCHER, T., *Internationales Privatrecht: Mit internationalem Verfahrensrecht*, 4. Aufl., C.F. Müller 2012, S.143, Rn.590.

<sup>151</sup> HÜRTEGE/MANSEL, *BGB, Rom-Verordnungen - EuErbVO - HUP*, 3. Aufl., 2019, EuErbVO Art. 35, Rn. 15.

<sup>152</sup> RAUSCHER, T., *Internationales Privatrecht: Mit internationalem Verfahrensrecht*, 4. Aufl., C.F. Müller 2012, S.144, Rn.592.

<sup>153</sup> LOOSCHELDERS, D., *Internationales Privatrecht* — Art. 3–46 EGBGB. Springer 2003, S. 106, Rn. 19.

bei der Abwägung berücksichtigt werden, ansonsten kommt es aber auf den Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung.<sup>154</sup>

### **E. Zwischenergebnis**

Wenn alle die vier Voraussetzungen unter den Buchstaben A bis D erfüllt sind, hat dies zur Rechtsfolge, dass die jeweilige Bestimmung des ausländischen Rechts nicht angewendet wird. Das könnte gegebenenfalls regelungsbedürftige Lücken mitherbeiführen, muss aber nicht. Es sind drei mögliche Szenarien denkbar. Wenn die Nichtanwendung der ausländischen Bestimmung keine solchen Lücken bewirkt, wird das berufene ausländische Recht im Übrigen angewendet. Wenn die Nichtanwendung aber verursacht, dass das anwendbare Recht dadurch unvollständig wird, muss die Lücke schonend durch modifizierte Anwendung der Rechtsgedanken unter Prinzipien des ausländischen Rechts geschlossen werden. Und erst wenn die Lückenfüllung dies nicht erlaubt, weil das Fehlen einer nach deutscher Grundsätzen eine erforderliche Regelung bedarf, muss das deutsche Recht als ultima ratio die ausländische Bestimmung ersetzen.<sup>155</sup>

Die unter Buchstaben A bis D genannte Voraussetzungen dienen als Leitfaden dazu, den ordre public Vorbehalt aussprechen zu können und bewirken dadurch ggfs weitere Limits für eine vorliegende Rechtswahl in ihrem Endergebnis, indem das ausländische Recht durch das eigene ersetzt wird. Diese Limits sollten künftig aber viel seltener aufgrund von Zuständigkeitsprinzip hervorrufen werden und der ordre-public-Vorbehalt wird wahrscheinlich eine geringere Rolle spielen als im bisherigen internationalen Erbrecht.<sup>156</sup> Das hängt direkt vom Grundgedanke der europäischen Gesetzgebung ab, denn nach dem Art. 4 basiert die Zuständigkeitsordnung der Verordnung auf dem Prinzip der Einheit von forum und ius und aus diesem Artikel ergibt sich, dass die internationale Zuständigkeit und auch das anwendbare Erbrecht grundsätzlich an den letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers angeknüpft

---

<sup>154</sup> HÜßTEGE/MANSEL, *BGB, Rom-Verordnungen - EuErbVO - HUP*, 3. Aufl., 2019, EuErbVO Art. 35, Rn. 16.

<sup>155</sup> RAUSCHER, T., *Internationales Privatrecht: Mit internationalem Verfahrensrecht*, 4. Aufl., C.F. Müller 2012, S.145, Rn. 594-597.

<sup>156</sup> *MüKoBGB/DUTTA*, 7. Aufl., 2018, EuErbVO Art. 35, Rn. 2.

werden sollte.<sup>157</sup> Das hat dann eigentlich zur Folge, dass das berufene Gericht eigenes Recht an den Sachverhalt anwendet und das alleine schließt im Kern der Sache einen möglichen ordre-public Verstoß aus.

Im ErwGr 27 steht eindeutig, dass *“die Vorschriften dieser Verordnung so angelegt sind, dass sichergestellt wird, dass die mit der Erbsache befasste Behörde in den meisten Situationen ihr eigenes Recht anwendet. Diese Verordnung sieht daher eine Reihe von Mechanismen vor, die dann greifen, wenn der Erblasser für die Regelung seines Nachlasses das Recht eines Mitgliedstaats gewählt hat, dessen Staatsangehöriger er war.”*

Das Ziel der europäischen Gesetzgebung ist eindeutig, den Gleichlauf zwischen Gerichtsstand und anwendbarem Recht zu gewährleisten, womit im geringeren Maße zum ordre-public-Verstoß kommen sollte.

Bei einer vorliegenden Rechtswahl ändert sich die Lage und der Gedanke eines Gleichlaufes zwischen Gerichtsstand und anwendbarem Recht kann verhindert werden. Um das Zuständigkeitsprinzip aber weiterhin gewährleisten zu können, sind in Art. 5 ff. weitere Mechanismen zu finden, die dieses Ziel zu bewahren haben. Das hat beispielsweise zu bedeuten, dass wenn der Erblasser wirksam nach Art. 22 der EuErbVO eine Rechtswahl getroffen hat, so können sich die Gerichte des Staates, die sonst nach Art. 4 EuErbVO zuständig wären, auf Antrag nach Art. 6 EuErbVO für unzuständig erklären; vorausgesetzt, das angerufene Gericht ist der Auffassung, dass die Gerichte des Staates des gewählten Rechts die Erbsache besser entscheiden können, z.B. weil die Vermögenswerte dort belegen sind.<sup>158</sup> Ein weiteres Beispiel dafür ist, dass nach dem Art. 5 ff. auch den Parteien ermöglicht wird zu vereinbaren, dass ein Gericht oder die Gerichte des Mitgliedstaats zuständig sein sollen, dessen Recht in der Rechtsnachfolge von Todes wegen gewählt wird.<sup>159</sup>

Dass der ordre-public-Vorbehalt nicht so schnell zur Anwendung kommt und dass das forum und ius dem gleichen Rechtssystem unterliegen, wird in dieser Arbeit als sehr gelungen

---

<sup>157</sup> *MüKoBGB*, 7. Aufl., 2018, Internationales Privatrecht I Teil 4. Internationales Erbrecht Kapitel II. Zuständigkeit Vorbemerkung zu Art. 4 EuErbVO, Rn. 2.

<sup>158</sup> *Zuständigkeiten nach der EuErbVO*. Zuletzt abgerufen am 9. Mai 2022, von <https://www.rechtsanwalt-erbrecht.eu/internationales-erbrecht/erbrecht-in-der-eu/zustaendigkeiten-nach-der-eu-erbvo>

<sup>159</sup> *MüKoBGB/DUTTA*, 7. Aufl. 2018, Internationales Privatrecht I Teil 4. Internationales Erbrecht Kapitel II. Zuständigkeit Vorbemerkung zu Art. 4 EuErbVO Rn. 15.

angesehen. Dadurch ist eine gute Basis für eine Rechtswahl ohne weitere Beschränkungen geschaffen.

Der Gleichlauf des *forums und ius* wird jedoch nicht immer der Regelfall sein. Ein Verstoß gegen das *ordre public* kann nach der aktuellen Fassung der EuErbVO beim Missachten des Pflichtteilsrechts ausgesprochen werden und wird in dieser Arbeit als doppelte Beschränkung der Testierfreiheit betrachtet. Im nächsten Unterkapitel wird näher auf *Ordre public* - Verstoß gegen das Pflichtteilsrecht eingegangen und eine neue Gestaltungsmöglichkeit der Rechtswahl vorgestellt, die dem Prinzip der Testierfreiheit des Erblassers besser entspricht.

### **6.3. Ordre public - Verstoß gegen das Pflichtteilsrecht**

Die Verordnung hat die Möglichkeit der Rechtswahl bloß auf die eine Rechtswahlmöglichkeit (das Recht der Staatsangehörigkeit) beschränkt, um das Pflichtteilsrecht nicht umgehen zu können. Die Pflichtteilsberechtigten sind darüber hinaus aber noch durch die *ordre public* Klausel geschützt, was an sich eine doppelte Beschränkung der Rechtswahl darstellt.

Die Tatsache, ob das Missachten von Pflichtteilsrecht tatsächlich einen *ordre-public* Verstoß bilden sollte, war schon vor Einführung der EuErbVO eine lebhaft umstrittene Sache und hat die Verabschiedung der EuErbVO geprägt. Die Gesetzgebungsgeschichte der EuErbVO sah in der Beschlussempfehlung und Bericht des Deutschen Bundestages von 2009 ursprünglich eine andere Auffassung vor, welche den *ordre public* Verstoß bei Pflichtteilsrechtsverletzung ausschließt<sup>160</sup>:

*„(1) Die Anwendung einer Vorschrift des nach dieser Verordnung bezeichneten Rechts kann nur versagt werden, wenn ihre Anwendung mit der öffentlichen Ordnung (ordre public) des Staates des angerufenen Gerichts unvereinbar ist*

---

<sup>160</sup> AYAZI, K. (2018). *Das deutsche Pflichtteilsrecht und der ordre public-Vorbehalt des Art. 35 EuErbVO am Beispiel eines deutsch-südafrikanischen Erbfalls*. NJOZ, Heft 28, S.104

(2) Die Anwendung einer Vorschrift des nach dieser Verordnung bezeichneten Rechts kann nicht allein deshalb als mit der öffentlichen Ordnung des Staates des angerufenen Gerichts unvereinbar angesehen werden, weil sie den Pflichtteilsanspruch anders regelt als das Recht am Ort des angerufenen Gerichts.<sup>161</sup>

In der aktuellen Fassung des Art. 35 ist diese Einschränkung aber nicht mehr erhalten. Aus diesem Grund geht der Großteil der Literatur davon aus, dass der *ordre public* Verstoß in Bezug auf das Fehlen von Pflichtteilsrechten weiterhin nach den bereits entwickelten Grundsätzen des Art. 6 EGBGB gerechtfertigt werden kann<sup>162</sup> und auch die Rechtsprechung der BVerfG spricht eher dafür, den Pflichtteil zum deutschen *ordre public* zu zählen.<sup>163</sup> Aus deutscher Sicht ist die bereits behandelte Bundesverfassungsgerichtsentscheidung vom 19. April 2005 noch einmal hervorzuheben, weil sie sehr wahrscheinlich den *ordre public*-Begriff im erbrechtlichen Sinne auch künftig prägen wird. Durch die Entscheidung wird die Erbrechtsgarantie durch Grundrechte geschützt.<sup>164</sup>:

*“Die grundsätzlich unentziehbare und bedarfsunabhängige wirtschaftliche Mindestbeteiligung der Kinder des Erblassers an dessen Nachlass wird durch die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 GG gewährleistet.”<sup>165</sup>*

Das Pflichtteilsrecht als bedarfsunabhängige wirtschaftliche Mindestbeteiligung der Kinder des Erblassers am Nachlass ist über Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG verfassungsrechtlich gewährleistet und es ist davon auszugehen, dass eine vollständige Versagung eines Pflichtteilsrechts für minderjährige Abkömmlingen oder andere nahe Angehörigen (zB Ehegatten) ohne angemessene Kompensation bei Vorliegen des notwendigen Inlandsbezugs grundsätzlich mit dem deutschen *ordre public* unvereinbar ist. Demgegenüber handelt sich um keinen *ordre public* Verstoß, wenn das Pflichtteilsrecht nach dem ausländischen Erbstatut lediglich eine geringere Höhe kennt.<sup>166</sup>

---

<sup>161</sup> Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) des Deutschen Bundestages, v. 16. Dezember 2009, Drucksache 17/270, S. 31. Aufrufbar <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/002/1700270.pdf>.

<sup>162</sup> HÜRTEGE/MANSEL, *BGB, Rom-Verordnungen - EuErbVO - HUP*, 3. Aufl., 2019, EuErbVO Art. 35, Rn.23.

<sup>163</sup> STÜRNER M., *Die Bedeutung des ordre public in der EuErbVO*, Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union; Band 11, Heft 6, 2014, S. 323.

<sup>164</sup> PINTENS, W., *Einführung in die Grundprinzipien der Erbrechtsverordnung*, in: LÖHNIG/SCHWAB/HENRICH/GOTTWALD/GRZIWOTZ/REIMANN/DUTTA(Hrsg.), *Erbfälle unter Geltung der Europäischen Erbrechtsverordnung*, Band 15, Bielefeld 2014, S. 28-29.

<sup>165</sup> BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. April 2005 - 1 BvR 1644/00.

<sup>166</sup> HÜRTEGE/MANSEL, *BGB, Rom-Verordnungen - EuErbVO - HUP*, 3. Aufl., 2019, EuErbVO Art. 35, Rn.22-25.

Sehr kritisch wird folgender Punkt gesehen. Die Verordnung hat die Möglichkeit der Rechtswahl insbesondere deshalb nur auf die eine Rechtswahlmöglichkeit (das Recht der Staatsangehörigkeit) beschränkt, um das Pflichtteilsrecht nicht umgehen zu können. Diese Anknüpfung ist sorgfältig ausgewählt worden und verdient ihr Vertrauen in vollem Umfang. Deswegen sollten die Pflichtteilsberechtigten von vornherein damit rechnen, dass der Erblasser sie durch eine Rechtswahl auf die nach dem Recht seiner Staatsangehörigkeit zustehenden Rechte begrenzen kann, indem er nach dem gewählten ausländischen Recht eine anderweitige Absicherung oder Kompensation vorsieht<sup>167</sup> oder sie komplett ausschließt.

Dieser Problematik hat auch Autorin Ayazi untersucht. Ihr Ausgangspunkt ist ebenso die Tatsache, dass die Rechtswahl nur auf Rechtsordnungen beschränkt ist, denen der Erblasser angehört, um die Pflichtteilsansprüche nicht vereiteln zu können. Dennoch ist sie der Meinung, dass es zur Folge führt und im Umkehrschluss bedeutet, dass diese Betrachtungsweise der zulässigen Rechtswahl grundsätzlich keine Umgehung von Pflichtteilsrechten begründen kann.<sup>168</sup> Der Autorin wird zugestimmt. Der Gedanke, den sie formulierte, überzeugt. Das deutsche Pflichtteilsrecht sei kein europa- und gar nicht weltweit gültiger Standard, und weil der Ordnungsgeber bereits mit der beschränkten Rechtswahlmöglichkeit auf normativer Ebene ein legitimer Ausgleich zwischen der Testierfreiheit des Erblassers einerseits und den berechtigten Erwartungen der potentiellen Erben zum Ausdruck gebracht habe<sup>169</sup>, wird in dieser Arbeit die Schlussfolgerung gezogen, dass dem Pflichtteilsrecht über den *ordre public* Vorbehalt kein allgemeiner Vorrang mehr verschaffen werden soll.

In diesem Zusammenhang gibt es an dieser Stelle noch einen kleinen Exkurs in eine fremde dennoch aber europäische Jurisdiktion und es wird auf Artikel von *Stade*<sup>170</sup> und *Rass-Masson*<sup>171</sup> gestützt. In Frankreich hat sich das höchste französische Gericht zu Pflichtteilsansprüchen in Erbfällen, die einem anderen Recht unterliegen, ganz klar positioniert,

---

<sup>167</sup> BeckOGK/J. SCHMIDT, EuErbVO Art. 35, Rn. 22-22.1, beck-online, zuletzt abgerufen am 1.11.2020.

<sup>168</sup> AYAZI, K. (2018). *Das deutsche Pflichtteilsrecht und der ordre public-Vorbehalt des Art. 35 EuErbVO am Beispiel eines deutsch-südafrikanischen Erbfalls*. NJOZ, Heft 28, S.1043.

<sup>169</sup> AYAZI, K. (2018). *Das deutsche Pflichtteilsrecht und der ordre public-Vorbehalt des Art. 35 EuErbVO am Beispiel eines deutsch-südafrikanischen Erbfalls*. NJOZ, Heft 28, S.1043.

<sup>170</sup> STADE, S., *Pflichtteilsausschluss als Verstoß gegen den französischen ordre public international? Die französische Cour de cassation setzt deutliche Grenzen!* ZErB, 2/2018, 29–32.

<sup>171</sup> RASS-MASSON, L., *Ordre public und Pflichtteilsrecht in Frankreich*. ZEuP, 2019, 823-836.

indem das Gericht in zwei seinen Urteilen zum Schluss gekommen ist, dass die Fälle, in denen ein Pflichtteilsausschluss, den sonst Pflichtteilsberechtigten nicht in eine wirtschaftlich angespannte Lage bringt, zukünftig kaum mehr Erfolgsaussicht haben werden, erfolgreich einen ordre public Verstoß geltend zu machen.<sup>172</sup> Es ist jedoch noch abzuwarten, ob diese Lösung letztendlich auch das Schlusswort wird, weil in beiden Fällen eine Individualbeschwerde beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte eingereicht worden ist.<sup>173</sup> *Rass-Masson* macht auf eine kleine Indiz aufmerksam, nach der sich die Begründung der Urteile in beiden Fällen auf den Ansatz von *Lagarde* zum Art. 35 stützt. In diesem Ansatz hat *Lagarde*, einer der Gründungsväter der Verordnung, formuliert, dass ein ausländisches Recht, das einen Pflichtteilsanspruch nicht kenne, noch keinen Verstoß gegen den ordre public als solcher darstelle, sondern es bedarf von Fall zu Fall einer genauen Prüfung, ob ein inakzeptables Ergebnis dadurch entstehe, wie zB., wenn minderjährige Kinder andernfalls in einer wirtschaftlich schwierige Lage geraten würden. In beiden Fällen der französischen Urteile handelt sich aber um volljährige und finanziell unabhängige Abkömmlinge der Erblassern, und beide Erblasser haben den gesamten Nachlass dem Rechts des Staates unterworfen, in dem sie bereits mehrere Jahre lebten und dort sogar eine neue Familie gründeten.<sup>174</sup> Unter diesen Umständen kann man sagen, dass in solchen Fällen kein ordre public Verstoß ausgesprochen werden soll, weil kein inakzeptables Ergebnis entstanden ist.

Im Hinblick auf das Prinzip der Testierfreiheit des Erblassers einerseits und den berechtigten Erwartungen der potentiellen Erben andererseits wird hier in der Arbeit die Lösung der zweien beschriebenen französischen Urteile als sehr gelungen empfunden. Es wird der Meinung zugestimmt, dass sie gut geeignet seien und gute Basis bilden, im Rahmen der Interpretation des Art. 35 in allen anderen Mitgliedstaaten beachtet zu werden.<sup>175</sup>

---

<sup>172</sup> STADE, S., *Pflichtteilsausschluss als Verstoß gegen den französischen ordre public international? Die französische Cour de cassation setzt deutliche Grenzen!* ZErB, 2/2018, S.32.

<sup>173</sup> RASS-MASSON, L., *Ordre public und Pflichtteilsrecht in Frankreich.* ZEuP, 2019, S.829.

<sup>174</sup> STADE, S., *Pflichtteilsausschluss als Verstoß gegen den französischen ordre public international? Die französische Cour de cassation setzt deutliche Grenzen!* ZErB, 2/2018, S.32.

<sup>175</sup> ebd.

## 6.4. Fazit

Zusammenfassend wird hervorgehoben, dass die zugelassene Rechtswahlmöglichkeit auf normativer Ebene bereits einen legitimierte Kompromiss zwischen Testierfreiheit und Pflichtteilsrecht darstellen sollte. Der Erblasser ist nach der aktuellen Fassung in seiner Testierfreiheit begrenzt, indem ihm nur eine Rechtswahlmöglichkeit zusteht. Das sollte sich in die Pflichtteilsansprüche widerspiegeln und die Pflichtteilsberechtigten sollten von vornherein damit rechnen der Erblasser sie durch eine Rechtswahl aus der Rechtsnachfolge ausschließen kann.

Summa Summarum hat die Analyse des ordre-public Vorbehalts zeigen können, dass der Erblasser bei Verletzung der ordre-public Klausel in seiner Testierfreiheit beschränkt wird. In diesem wird eine zweite Beschränkung seiner Testierfreiheit angesehen. Denn bereits im Bezug auf Gestaltung der Rechtswahl wurde in der Verordnung vor allem damit argumentiert, dass die Beschränkung aufgrund der möglichen Umgehung von Pflichtteilsansprüchen berechtigt ist. Weil das deutsche Rechtssystem das Pflichtteilsrecht als bedarfsunabhängige wirtschaftliche Mindestbeteiligung der Kinder des Erblassers am Nachlass über Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG verfassungsrechtlich gewährleistet, wird der ordre-public-Vorbehalt sehr wohl in allen den Fällen eingreifen, die diesem Prinzip widersprechen. Der Eingriff der öffentlichen Ordnung in diesen Fällen wird nur unter bestimmten Umständen als legitim vertretbar empfunden. Die "bestimmten Umstände" sollten eher restriktiver ausgelegt werden, genau wie in den französischen Fällen, die vorgestellt wurden. Die Notwendigkeit des ordre public Eingriffs sollte hauptsächlich in zwei Tatsachen gesehen werden, - die nicht kumulativ erfüllt werden müssen - die Kinder müssen minderjährig und an dem Erblasser wirtschaftlich abhängig sein. Es wird die Meinung vertreten, dass es von keinem Erblasser in heutiger Welt verlangt werden kann, dass er für seine Abkömmlinge bis zu seinem Tod hinaus wirtschaftlich verantwortlich ist.

De lege ferenda wird dem Ordnungsgeber auf den ursprünglichen Text des Kommissionsentwurfs von 2009 in Art. 35 EuErbVO zurückzugreifen um die Testierfreiheit zu stärken:

*(1) Die Anwendung einer Vorschrift des nach dieser Verordnung bezeichneten Rechts kann nur versagt werden, wenn ihre Anwendung mit der öffentlichen Ordnung (ordre public) des Staates des angerufenen Gerichts unvereinbar ist.*

*(2) Die Anwendung einer Vorschrift des nach dieser Verordnung bezeichneten Rechts kann nicht allein deshalb als mit der öffentlichen Ordnung des Staates des angerufenen Gerichts unvereinbar angesehen werden, weil sie den Pflichtteilsanspruch anders regelt als das Recht am Ort des angerufenen Gerichts.*

Diese Lösung der Gestaltungsmöglichkeit der Rechtswahl wird für richtig gehalten, denn die bereits beschränkte Rechtswahlmöglichkeit reflektiert auf Verordnungsebene gerade den Interessenkonflikt zwischen der Testierfreiheit des Erblassers einerseits und den berechtigten Erwartungen der potentiellen Erben andererseits. Die Auswahl an Rechtsordnungen, die den Erblasser wählen kann, wurde vom Ordnungsgeber mit Bedacht gewählt, damit der Erblasser nicht mit der Absicht handeln kann, die Pflichtteilsansprüche umzugehen. Letztendlich steht dem Erblasser alleine aus diesem Grund nicht jede Rechtsordnung der Welt offen. Diese Tatsache dementsprechend signalisiert, dass die Wahl einer solchen nichts weiteres beschränken sollte und dass die Pflichtteilsansprüche nicht endlos zulasten der Testierfreiheit verteidigt werden können.

## 7. Gestaltungsmöglichkeit Nr. 3: Katalog an wählbaren Rechten

In der Fachliteratur wird häufig dafür plädiert die Rechtswahl um einen Katalog an wählbaren Rechten zu erweitern<sup>176</sup> und in diesem Kapitel wird eine Gestaltungsmöglichkeit der Rechtswahl vorgestellt, die aus diesen Vorschlägen ausgeht.

Die aktuelle Fassung der EuErbVO kennt eine sehr beschränkte Rechtswahl und ermöglicht dem Erblasser nur das Recht seiner Staatsangehörigkeit auszuwählen. Es werden keine weitere Anknüpfungspunkte zugelassen, welche ebenfalls dem Prinzip der engsten Verbindung und der Regel folgen, dass soweit materiellrechtliche Normen dispositiv sind und durch Parteivereinbarung ersetzt werden können, kann die Parteiautonomie ausgedehnt werden. Weil das materielle Erbrecht - anders als z.B. das Schuldvertragsrecht - in weiten Partien von zwingenden Normen bestimmt ist, kann die Testierfreiheit die Parteiautonomie nicht unbeschränkt rechtfertigen.<sup>177</sup>

Dieser Abschnitt setzt sich dafür ein, den geschlossenen Katalog an wählbaren Rechten zu erweitern. Diese Gestaltungsmöglichkeit würde auf einer unkomplizierten Weise die Erbstatuten eröffnen können, die eine objektive Verbindung zum Erblasser oder seinem Nachlass aufweisen. Eine explizite Aufzählung der Erbstatuten, die dem Erblasser zur Wahl stehen würden, würde eine stabile Gestaltung der Rechtswahl darstellen, die vorhersehbare Folgen bewirkt. Diese Lösung begünstigt die Testierfreiheit des Erblassers, berücksichtigt aber

---

<sup>176</sup> Beispielsweise hat bereits der Deutsche Richterbund in seiner Stellungnahme aus dem Jahr 2005 befürwortet, dem Erblasser die Möglichkeit einer Rechtswahl mit Anknüpfungspunkten an die Staatsangehörigkeit, Wohnsitz, Aufenthaltsort und ggf. Schwerpunkt der vorhandenen Vermögenswerte einzuräumen: in Deutscher Richterbund. (2005, 30. Juni). Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Grünbuch der Kommission der Europäischen Gemeinschaften zum Erb- und Testamentsrecht KOM(2005)65 endg.; Ratsdok. 7027/05. Deutscher Richterbund (DRB). Abgerufen am 25. Februar 2022, von <https://www.drj.de/positionen/stellungnahmen/stellungnahme/news/1205>; auch der Deutsche Notarverein plädierte für die Rechtswahl des Aufenthaltsrechts in Stellungnahme des Deutschen Notarverein vom 19.01.2010 zum Kommissionsvorschlag für eine Erbrechtsverordnung, Art. 17, „Freie“ Rechtswahl: <https://www.dnotv.de/stellungnahmen/vorschlag-fuer-eine-verordnung-des-parlaments-und-des-rates-ueber-die-zustaendigkeit-das-anzuwendende-recht-die-erkennung-und-die-vollstreckung-von-entscheidungen-und-oeffentlichen-urkunden-in-erb/> ebenso SONNENTAG in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, *online jurisPK-BGB*, 9. Aufl., Art. 22 EuErbVO, Rn. 18. (Stand: 01.03.2020)

<sup>177</sup> KÜHNE, G., *Testierfreiheit und Rechtswahl im internationalen Erbrecht*, JuristenZeitung, 1973, 28. Jahrg., Nr. 13, S. 404.

weiterhin auch die Pflichtteilsberechtigten, indem die wählbaren Rechtsordnungen fest definiert sind. In den nächsten Unterkapiteln wird die Rechtswahl mit Anknüpfungspunkten an die Staatsangehörigkeit, Wohnsitz und Aufenthaltsort, Güterstatus und Belegenheitsstatut vorgestellt. Diese Auswahl an Anknüpfungspunkten reflektiert die Fachliteratur, weil für sie vermehrt plädiert wird. Die einzelnen Anknüpfungspunkte werden tief untersucht um beweisen zu können, dass ihre Einbeziehung begründet ist.

## **7.1. Gewöhnlicher Aufenthalt des Erblassers**

In diesem Unterkapitel wird die allgemeine Kollisionsnorm für die Rechtsnachfolge von Todes wegen nach der EuErbVO untersucht. Zum objektiven Anknüpfungspunkt wurde in der EuErbVO “der gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes” ausgewählt, welcher im Art. 21 wie folgt verankert ist:

*“Sofern in dieser Verordnung nichts anderes vorgesehen ist, unterliegt die gesamte Rechtsnachfolge von Todes wegen dem Recht des Staates, in dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte.”*

Der Begriff gewöhnlicher Aufenthalt spielt eine zentrale Rolle in der Verordnung und de lege lata wird auf ihn im Rahmen der subjektiven Anknüpfung keinerlei Rücksicht genommen. Ob der gewöhnlicher Aufenthalt in den Katalog an wählbaren Rechten bei Rechtswahl aufgenommen werden sollte, wird in diesem Kapitel untersucht. Es wird analysiert, ob sich der gewöhnliche Aufenthalt als neuer Anknüpfungspunkt der Rechtswahl qualifiziert und dem Prinzip der engsten Verbindung bei Auswahl an Rechtsordnungen entspricht. Aus diesem Grund wird die Aufbau der Vorschrift, ihre Auslegung und Problematik näher erläutert. Darüber hinaus wird die Analyse des objektiven Anknüpfungspunktes zeigen, dass selbst der Wechsel vom Staatsangehörigkeitsprinzip zum gewöhnlichen Aufenthalt eine Parallele zur Rechtswahl darstellt und sie positiv beeinflusst.

### **7.1.1. Allgemein**

Nach dem Art. 21 wird bei einer mangelnden Rechtswahl des Erblassers das Recht des Staates, wo der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt zum Zeitpunkt seines Todes hatte, aufgrund der objektiven Anknüpfung Krafts Gesetz, bestimmt. Der europäische Gesetzgeber hat sich hier für den objektiven Anknüpfungspunkt den gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers zum Zeitpunkt seines Todes in der EuErbVO entschieden und diese Regelung durch eine Ausweichklausel im Abs. 2 noch erweitert<sup>178</sup>, die in Ausnahmefällen zur Anwendung kommen soll, wenn offensichtlich eine engere Verbindung zum Recht eines Staates existiert als zum Recht des gewöhnlichen Aufenthalts.<sup>179</sup>

Die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalts bedeutet nicht nur für Deutschland aber auch für zahlreiche andere Staaten der EU einen Wechsel von der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit des Erblassers, die vor Inkrafttreten der EuErbVO im Mittelpunkt stand.<sup>180</sup> Das Staatsangehörigkeitsprinzip, das bisher traditionell das Erbkollisionsrecht geprägt hat, hat damit offiziell eine Absage bekommen. Die EuErbVO folgt dadurch nun auch einem allgemeinen Trend des zunehmenden Anknüpfungsmoment an den gewöhnlichen Aufenthalt (vergl. Rom I-VO, der Rom II-VO, der Rom III-VO, der EuGüVO, usw.).<sup>181</sup>

Es gibt zahlreiche Argumente, die den Wechsel von der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit des Erblassers begrüßen. Zum einen darum, dass der gewöhnliche Aufenthalt als zentrales Anknüpfungskriterium die Integration im Aufnahmemitgliedstaat begünstigen solle und eine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit ausschließe.<sup>182</sup> Zum anderen scheint die neue Auffassung der objektiven Anknüpfung in dieser globalisierung zunehmenden Zeit vorzugswürdig zu sein, weil sich der Erblasser nach einiger Zeit stärker an das neue Land als an seine Bürgerschaft gebunden fühlen kann, denn es befinden sich hier in der Regel seine Vermögensgegenstände oder auch seine Kinder, Familie und Freunde.<sup>183</sup> Im

---

<sup>178</sup> MüKoBGB/DUTTA, 7. Aufl., 2018, EuErbVO Art. 21, Rn. 1-2.

<sup>179</sup> EMMERICH, J. (2016). *Der gewöhnliche Aufenthalt als erbrechtliches und subjektives Merkmal – eine Untersuchung der Regelanknüpfung der EU-ErbVO*. ErbR, S. 122.

<sup>180</sup> EMMERICH, J., *Der gewöhnliche Aufenthalt als erbrechtliches und subjektives Merkmal – eine Untersuchung der Regelanknüpfung der EU-ErbVO*. ErbR, S. 122.

<sup>181</sup> MüKoBGB/DUTTA, 7. Aufl., 2018, EuErbVO Art. 21, Rn. 3-4.

<sup>182</sup> WEBER/FRANCASTEL, *Der gewöhnliche Aufenthalt pflegebedürftiger Erblasser im Kontext von EuErbVO und FamFG*, DNotZ 2018, S. 163.

<sup>183</sup> KEIM, C., *Rechtswahl nach der Europäischen Erbrechtsverordnung (EuErbVO)*, in: ROTH, A., *Die Wahl ausländischen Rechts im Familien- und Erbrecht*, Band 39, Baden-Baden 2013, S. 68.

übrigen soll die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt insbesondere die Mobilität im Europäischen Binnenmarkt berücksichtigen und das sachnächste Recht zur Anwendung bringen.<sup>184</sup> Nicht zuletzt lässt sich noch ein weiterer Argumentationspunkt aufführen, nach dem die objektive Anknüpfung, gebunden an den gewöhnlichen Aufenthaltsort, das Idealbild der grenzenlosen Freizügigkeit im Binnenmarkt verkörpert.<sup>185</sup>

Auch wenn der Wechsel von der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit des Erblassers allgemein eher positiv aufgenommen wird, muss zum Abschluss der wohl der wichtigste Argumentationspunkt kurz eingebracht werden, der diesen Wechsel nicht begrüßt und nach dem das Staatsangehörigkeitsprinzip eher der Stabilität und der einfachen Bestimmbarkeit der Anknüpfung entspricht.<sup>186</sup> Auch der Deutsche Anwaltverein sah den Wechsel skeptisch an und empfahlte in seiner Stellungnahme aus dem Jahr 2010, dem Erblasser eine Rechtswahl zugunsten des Rechtes des Staates zu gewähren, in dem er seinen gewöhnlichen Aufenthalt genommen hat. Der Deutsche Anwaltverein war ziemlich eindeutig dafür die objektive Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit des Erblassers festzuhalten.<sup>187</sup>

Die Umwandlung der objektiven Anknüpfung vom Staatsangehörigkeitsprinzip zum gewöhnlichen Aufenthalt wird im Rahmen dieser Arbeit positiv betrachtet und für richtig gehalten. Schon mit dem Hinblick auf andere europäische Vorschriften des Kollisionsrechtes, die den objektiven Anknüpfungspunkt auf den gewöhnlichen Aufenthalt fixieren, war das der einzige vorstellbare Zug um eine gewisse nachhaltige Vorhersagbarkeit aus längerer Sicht und vor allem auch Kontinuität der europäischen Rechtsakten zu manifestieren. Des Weiteren ist damit die Freiheit des künftigen Erblassers hervorgehoben, denn lediglich er kann seinen gewöhnlichen Aufenthalt ändern. Es wäre jedoch wichtig, den Trend der Stärkung des Begriffs des gewöhnlichen Aufenthalts auch bei allen anderen bzw. weiteren Vorschriften zu folgen, um

---

<sup>184</sup> EMMERICH, J., *Der gewöhnliche Aufenthalt als erbrechtliches und subjektives Merkmal – eine Untersuchung der Regelanknüpfung der EU-ErbVO*. ErbR, S. 122.

<sup>185</sup> SEIBL, M., *Objektive und subjektive Anknüpfungen im Internationalen Erbrecht: ein Vergleich der bisherigen Rechtslage und der ErbVO*, In: SPICKHOFF, A., *Symposium Parteiautonomie im Europäischen Internationalen Privatrecht*, Band 1, Bonn 2014, S. 133.

<sup>186</sup> SOUTIER, M., *Die Geltung deutscher Rechtsgrundsätze im Anwendungsbereich der Europäischen Erbrechtsverordnung*, Köln, 2015, S. 75.

<sup>187</sup> Stellungnahme Nr. 3/2010 des Deutschen Anwaltvereins durch den Erbrechtsausschuss zum Kommissionsvorschlag für eine Erbrechts-Verordnung vom 14.10.2009, Seite 7: durch den Erbrechtsausschuss.

das Rechtsbewusstsein der Bevölkerung nicht zu verwirren, damit das Recht tatsächlich auch für Normalbürger voraussehbar wird.

Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts spielt eine zentrale Rolle in der Verordnung. Die objektive Anknüpfung richtet sich nach ihm und es ist der Erblasser, der ihn bestimmt. Es ist deswegen bedauernd, dass zu ihm auch nicht die Rechtswahl keinerlei zurückgreift und dass der Aufenthaltsort bei der Rechtswahl überhaupt keine Rolle spielt.

Bereits im Jahr 2010 hat sich der Deutsche Notarverein in seiner Stellungnahme für eine weitergehende Rechtswahl zugunsten des Aufenthaltsrechts des Erblassers eingesetzt und erklärte dazu, dass *“aus kautelarjuristischer Sicht noch weitergehende – wirklich „freie“ – Rechtswahlmöglichkeiten zu vorstellen sind. Insbesondere dann, wenn eine Nachlassplanung zukünftig auf der Grundlage des Aufenthaltsrechts (Art. 16 VO-Entwurf) erfolgt, besteht die Gefahr, dass die postmortale Umsetzung seiner Verfügung von Todes wegen gefährdet ist, wenn der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt verlegt, ohne seine Erbregelung anzupassen bzw. zu überprüfen. Wünschenswert wäre daher, in Art. 17 VO-Entwurf zusätzlich eine Rechtswahl zu Gunsten des Aufenthaltsrechts zum Zeitpunkt der Rechtswahl zuzulassen. Dies würde zusätzlich für Rechtssicherheit und Stabilität bei der Nachlassplanung sorgen.”*<sup>188</sup>

Schon aufgrund der überzeugenden Argumente, die sich zum Wechsel der objektiven Anknüpfung positiv aussprechen, wird in dieser Arbeit die Ansicht vertreten, dass der Kreis der wählbaren Rechte um das Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthaltes des Erblassers erweitert werden soll. Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes spielt eine bedeutsame Rolle in der Verordnung. Der Ordnungsgeber hat ihn zum Mittelpunkt der Verordnung gemacht, weswegen dem Begriff mehr Vertrauen verliehen werden sollte, in dem er in Katalog an wählbaren Rechten aufgenommen wird.

Fraglich bleibt zu welchem Zeitpunkt sollte de lege ferenda die Rechtswahl zugunsten des Aufenthaltsrechts des Erblassers zugelassen werden soll - ob zum Zeitpunkt der Rechtswahl, davor oder zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers. In den nächsten Zeilen dieses Kapitels wird

---

<sup>188</sup> Stellungnahme des Deutschen Notarverein vom 19.01.2010 zum Kommissionsvorschlag für eine Erbrechtsverordnung, Art. 17, „Freie“ Rechtswahl.

deswegen der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts näher erläutert. Dabei wird hauptsächlich die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts und Auslegung des Begriffs berücksichtigt.

### 7.1.2. Begriff und seine Auslegung

Allgemein kann der gewöhnliche Aufenthalt als Daseinmittelpunkt einer Person bezeichnet werden, der als Schwerpunkt ihrer familiären, sozialen und beruflichen Beziehungen zu verstehen ist.<sup>189</sup>

Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes wird nicht durch die Verordnung definiert und ist autonom auszulegen, also unabhängig vom Recht der Mitgliedstaaten. Der Begriff selbst, seine fehlende Definition und vor allem seine Auslegung stellen in der Praxis ein Problem dar. Die fehlende Definition kritisierte auch der Deutsche Anwaltverein und gab als Beispiel das Haager Übereinkommen vom 01.08.1989, welches eine Zeitspanne von fünf Jahren zur Begründung des gewöhnlichen Aufenthaltes verlangte.<sup>190</sup>

Zur Frage der Auslegung des Begriffs äußert sich die herrschende Meinung in so weit, dass der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts hauptsächlich aus Gründen der Rechtssicherheit einheitlich und ohne erbrechtliches Verständnis für das europäische Kollisionsrecht auszulegen sei. Eine spezifische erbrechtliche Betrachtungsweise sei dann nach der herrschenden Meinung über die Ausweichklausel im Abs. 2 zu regeln.<sup>191</sup> Einer gegenteiligen Meinung ist *Emmerich*, der die Problematik mit Auslegung des Begriffs kritisch angeht. Ihm scheint rein die Tatsache problematisch, dass der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes in mehreren EU Verordnungen auftaucht. Es sei nicht ganz klar, ob der Begriff für jede Verordnung eigenständig und damit innerhalb des europäischen IPR womöglich unterschiedlich auszulegen sei, oder nicht. Darüber hinaus findet *Emmerich* viele Begründungen, warum der Begriff eine spezifische erbrechtliche Betrachtungsweise bedarf. Er argumentiert beispielsweise damit, dass die EuErbVO selbst zwar keinen Erwägungsgrund enthält, der für eine einheitliche Auslegung sprechen könne, aber die

---

<sup>189</sup> PALANDT/THORN, *BGB*, 73. Aufl., München 2013, Art. 21 EuErbVO, Rn. 6.

<sup>190</sup> Stellungnahme Nr. 3/2010 des Deutschen Anwaltvereins durch den Erbrechtsausschuss zum Kommissionsvorschlag für eine Erbrechts-Verordnung vom 14.10.2009, S. 7: durch den Erbrechtsausschuss.

<sup>191</sup> PALANDT/THORN, *BGB*, 73. Aufl., München 2013, Art. 21 EuErbVO, Rn. 5.

Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts, die im ErwGr 23<sup>192</sup> und 24<sup>193</sup> verankert seien, seien in keiner anderen Verordnung vorhanden und sprechen somit für ein erbrechtliches Begriffsverständnis.<sup>194</sup>

Slussfolgernd wird besonders der Punkt von Emmerich hervorhebt, dass die Auslegung im erbrechtlichen Sinne zu verstehen sei. Diese Stellungnahme wird in dieser Arbeit jedoch nicht bevorzugt. Basierend am Wortlaut und grammatischer Auslegung der genannten Erwägungsgründen geht nicht hervor, dass der Ordnungsgeber mit Begriffen arbeitet und Umstände voraussetzt, die ausschließlich für das Erbrecht typisch sind. Weswegen hier die Meinung vertreten wird, dass der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes ohne erbrechtliches Verständnis für das europäische Kollisionsrecht auszulegen ist. Womöglich sollte er *de lege ferenda* aber definiert werden um die Rechtssicherheit zu bewahren.

Aufnahme der Definition des Begriffs des gewöhnlichen Aufenthaltes empfiehlt auch der deutsche Anwaltsvereien bereits in seiner Stellungnahme aus dem Jahr 2010. Er ist der Meinung, dass ein erheblicher Teil der Unsicherheiten, die mit der unterschiedlichen Auslegung

---

<sup>192</sup> ErwGr (23) EuErbVO "In Anbetracht der zunehmenden Mobilität der Bürger sollte die Verordnung zur Gewährleistung einer ordnungsgemäßen Rechtspflege in der Union und einer wirklichen Verbindung zwischen dem Nachlass und dem Mitgliedstaat, in dem die Erbsache abgewickelt wird, als allgemeinen Anknüpfungspunkt zum Zwecke der Bestimmung der Zuständigkeit und des anzuwendenden Rechts den gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers im Zeitpunkt des Todes vorsehen. Bei der Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts sollte die mit der Erbsache befasste Behörde eine Gesamtbeurteilung der Lebensumstände des Erblassers in den Jahren vor seinem Tod und im Zeitpunkt seines Todes vornehmen und dabei alle relevanten Tatsachen berücksichtigen, insbesondere die Dauer und die Regelmäßigkeit des Aufenthalts des Erblassers in dem betreffenden Staat sowie die damit zusammenhängenden Umstände und Gründe. Der so bestimmte gewöhnliche Aufenthalt sollte unter Berücksichtigung der spezifischen Ziele dieser Verordnung eine besonders enge und feste Bindung zu dem betreffenden Staat erkennen lassen."

<sup>193</sup> ErwGr (24) EuErbVO "In einigen Fällen kann es sich als komplex erweisen, den Ort zu bestimmen, an dem der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Dies kann insbesondere der Fall sein, wenn sich der Erblasser aus beruflichen oder wirtschaftlichen Gründen — unter Umständen auch für längere Zeit — in einen anderen Staat begeben hat, um dort zu arbeiten, aber eine enge und feste Bindung zu seinem Herkunftsstaat aufrechterhalten hat. In diesem Fall könnte — entsprechend den jeweiligen Umständen — davon ausgegangen werden, dass der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt weiterhin in seinem Herkunftsstaat hat, in dem sich in familiärer und sozialer Hinsicht sein Lebensmittelpunkt befand. Weitere komplexe Fälle können sich ergeben, wenn der Erblasser abwechselnd in mehreren Staaten gelebt hat oder auch von Staat zu Staat gereist ist, ohne sich in einem Staat für längere Zeit niederzulassen. War der Erblasser ein Staatsangehöriger eines dieser Staaten oder hatte er alle seine wesentlichen Vermögensgegenstände in einem dieser Staaten, so könnte seine Staatsangehörigkeit oder der Ort, an dem diese Vermögensgegenstände sich befinden, ein besonderer Faktor bei der Gesamtbeurteilung aller tatsächlichen Umstände sein."

<sup>194</sup> EMMERICH, J., *Der gewöhnliche Aufenthalt als erbrechtliches und subjektives Merkmal – eine Untersuchung der Regelanknüpfung der EU-ErbVO*. ErbR, S. 122.

dieses Begriffes durch nationale Gerichte verbunden seien, könne vermieden werden, wenn der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes näher definiert werde.<sup>195</sup>

#### **7.1.2.1. Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthaltes**

Der gewöhnliche Aufenthalt als Daseinmittelpunkt einer Person, der als Schwerpunkt ihrer familiären, sozialen und beruflichen Beziehungen ist, muss jeweils mittels konkreter Subsumtion ermittelt werden.

Der Daseinmittelpunkt eines Erblassers muss in jedem Einzelfall mit Sicherheit bestimmt werden können. Eine Leitlinie für die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthaltes kann bereits aus den ErwGr 23 und 24 entgegengenommen werden, darüber hinaus ergeben sich aus der Lehre aber zwei elementaren Faktoren, welche für die Bestimmung reflektiert werden müssen. Zum einen geht es um die physische Präsenz des Erblasser und zum anderen um den Aufenthaltswille.<sup>196</sup> Diese werden in den nächsten Zeilen detailliert untersucht.

#### **A. Aufenthaltswille**

Die Erforderlichkeit des Aufenthaltswillens haben bereits die Beschlüsse des OLG Hamm vom 2.1.2018 – Aktenzeichen I10W3517 I-10 W 35/17 und des OLG München, Beschluss vom 22. 3. 2017 Aktenzeichen 31 AR 47/17 bejaht. Sie haben das subjektives Element, den Aufenthalts- bzw. Bleibewille, als erforderlich bezeichneten.<sup>197</sup>

Das OLG München hat sich in seinem Beschluss vom 22.3.2017, 31 AR 47/17 mit Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts befasst. In dem Fall ging es um einen Erblasser, der seinen letzten Aufenthalt im Pflegeheim war. Das Gericht hat sich in diesem Beschluss ausführlich geäußert. Nach ihm *“sei der Begriff des "gewöhnlichen Aufenthalts" auch im Lichte des Art. 4*

---

<sup>195</sup> Stellungnahme Nr. 3/2010 des Deutschen Anwaltvereins durch den Erbrechtsausschuss zum Kommissionsvorschlag für eine Erbrechts-Verordnung vom 14.10.2009, S. 7: durch den Erbrechtsausschuss.

<sup>196</sup> WEBER/FRANCASTEL, *Der gewöhnliche Aufenthalt pflegebedürftiger Erblasser im Kontext von EuErbVO und FamFG*, DNotZ 2018, S. 163.

<sup>197</sup> STEINMETZ, A., *EuErbVO: Beibehaltung des letzten gewöhnlichen Aufenthalts ohne Unterkunft im Herkunftsstaat? – Überlegungen zur Maßgeblichkeit des Erblasserwillens und zum „Mallorca-Rentner“*. ZEV 2018, S. 317.

*EuErbVO unter Heranziehung der Erwägungsgründe (23) und (24) zu bestimmen. Insoweit sei eine Gesamtbeurteilung der Lebensumstände vorzunehmen, auch unter Berücksichtigung von Dauer und Regelmäßigkeit von Besuchen, der besonders engen Bindung an einen Staat, der Sprachkenntnisse, der Lage des Vermögens. Daraus ergäbe sich, dass in Bezug auf den "gewöhnlichen Aufenthalt" der tatsächliche Lebensmittelpunkt einer natürlichen Person zu verstehen sei, der mittels einer Gesamtbeurteilung der Lebensumstände des Erblassers in den Jahren vor seinem Tod und zum Zeitpunkt des Todes festzustellen sei. Für die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthaltes des Erblassers sei neben dem objektiven Moment des tatsächlichen Aufenthalts auch ein subjektives Element, nämlich ein Aufenthalts- bzw. Bleibewille, erforderlich. Andernfalls können Fragen eines erzwungenen oder willenslosen Aufenthalts nicht zufriedenstellend geklärt werden. Außerdem könne sonst das materielle Erbrecht von Angehörigen manipuliert werden. Wenngleich ein rechtsgeschäftlicher Wille, den Aufenthaltsort zum Mittelpunkt der Lebensverhältnisse zu machen, nicht erforderlich sei, müsse der Erblasser aber zur eigenen Willensbildung fähig sein. Verliert dieser seine Geschäftsfähigkeit, könne er den gewöhnlichen Aufenthalt nicht mehr wechseln. Abzustellen sei daher grundsätzlich auf den letzten gewöhnlichen Aufenthalt zur Zeit der letztmalig vorhandenen Geschäftsfähigkeit des Erblassers, was unter Umständen auch die Erholung eines Sachverständigengutachtens zur Frage der Geschäftsfähigkeit bei Begründung des für die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit maßgeblichen gewöhnlichen Aufenthalts des Erblassers erfordern könne. Da Aufenthalt etwas Tatsächliches sei, sei eine gesetzliche Vertretung des Erblassers im Zusammenhang mit der Begründung eines gewöhnlichen Aufenthalts nicht zulässig; denn andernfalls könnte ggfs. ein Betreuer das anzuwendende Erbrecht bestimmen."*

Basierend darauf, zieht *Wagner* den Schluss, dass Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts zwangsläufig die Geschäftsfähigkeit erfordert. Ohne Geschäftsfähigkeit könne ein Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts nicht mehr in Betracht kommen, denn andernfalls könne „ggf. ein Betreuer das anzuwendende Erbrecht bestimmen“.<sup>198</sup> Demgegenüber lässt *Odersky* zu, dass unter Umständen für Wechsel des gewöhnlichen Aufenthaltes die Geschäftsfähigkeit des Erblassers nicht erforderlich ist. In seiner Überlegung geht er davon aus, dass ein neuer Lebensmittelpunkt angenommen werden könne, falls der Erblasser noch in einem gewissen natürlichen Sinne fähig sei, soziale Kontakte im Alters- bzw. Pflegeheim aufzubauen. Dies könne dann in Verbindung mit einer längeren Aufenthaltsdauer von zum Beispiel einigen Jahren durchaus zu einem neuen gewöhnlichen Aufenthalt werden.<sup>199</sup> Keiner der zwei Ansichten kann in dieser Arbeit gänzlich zugestimmt werden. Die Ansicht von *Wagner* scheint zu steif zu sein und die Ansicht von *Odersky* geht wiederum zu weit. Für richtig wird

---

<sup>198</sup> WAGNER, R., *Aktuelle deutsche Rechtsprechung zur EuErbVO*. ZEV, 2020, S. 204–209.

<sup>199</sup> ODERSKY, F., *Gewöhnlicher Aufenthalt bei Wegzug in Pflegeheim kurz vor dem Tod*. MittBayNot, 6/2017, S. 623.

gehalten, dass nur bestimmte Arten der Geschäftsfähigkeit den Wechsel des gewöhnlichen Aufenthaltes begründen können. So würde bei einer Geschäftsunfähigkeit untern keinen Umständen einen Wechsel angenommen werden können. Bei einer beschränkten und unbeschränkten schon.

Die Autoren *Weber* und *Francastel* legen ihre Auffassung so aus, dass die physische Präsenz eine unabdingbare Kondition für einen gewöhnlichen Aufenthalt sei, und dass eine besonders enge und feste Verbindung zu dem betreffenden Mitgliedstaat sich erkennen lassen muss. Sie lehnen jedoch ab, dass eine gewisse soziale Integration des Erblassers in die Gesellschaft dieses Staates zu fordern sei. Ihre Stellungnahme wird dadurch begründet, dass weder die soziale Integration noch die Beherrschung der Sprache des Staates des gewöhnlichen Aufenthaltes erforderlich sei, denn auch jemand dort sein Zuhause findet, wo er sich nicht der vermeintlichen Leitkultur anpasse und ausschließlich mit Menschen aus seinem ursprünglichen Kulturkreis verkehre.<sup>200</sup> In dieser Hinsicht wird den Autoren zugestimmt, die Welt wird mehr und mehr interkulturell, denn die Migration in den letzten Jahren zugenommen hat und es lässt sich beobachten, dass die Beherrschung der amtlichen Sprache des Staates keine *Conditio sin qua non* ist, damit jemand sein neues Zuhause findet und sich in dem Land und Kultur wohl fühlt. Alleine die Tatsache, dass es im Jahr 2017 um 258 Millionen Menschen ging, die in Staaten lebten, in denen sie nicht geboren wurden<sup>201</sup>.

Eine spezifische Kategorie bilden dann Minderjährige, die einen eigenen natürlichen Aufenthaltswillen bilden können. Bei Minderjährigen ist jedoch das Aufenthaltsbestimmungsrecht zu beachten, welches sich als Teil des Sorgerechts ergibt.<sup>202</sup> Der Deutsche Anwaltvereien stellt den gewöhnlichen Aufenthalt eines Kind in Zusammenhang zur Entscheidung des EuGH vom 02.04.2009 (EuGH C 523/07), wo er im Sinne von Art. 8 Brüssel II a - Verordnung wie folgt definiert wurde: *“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*

---

<sup>200</sup> WEBER/FRANCASTEL, *Der gewöhnliche Aufenthalt pflegebedürftiger Erblasser im Kontext von EuErbVO und FamFG*, DNotZ 2018, S. 163.

<sup>201</sup> Bundeszentrale für politische Bildung/bpb. (o.D.-a). Zahlen und Fakten: Globalisierung - Migration [Video]. Zuletzt abgerufen am 9. Mai 2022, von

<http://www.bpb.de/mediathek/265432/zahlen-und-fakten-globalisierung-migration>

<sup>202</sup> PALANDT/THORN, *BGB*, 73. Aufl., München 2013, Art. 21 EuErbVO, Rn. 6.

*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.“*<sup>203</sup>

## **B. Physische Präsenz des Erblassers**

Um den gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers bestimmen zu können, ist neben dem Aufenthaltswille noch die physische Präsenz des Erblassers erforderlich. Die physische Präsenz des Erblassers ist damit die zweite Voraussetzung beim bestimmen des gewöhnlichen Aufenthalts, welche im Zusammenhang zum Aufenthaltswille verstanden werden muss. Dabei wird eine vorübergehende Abwesenheit nicht gleich bedeuten, dass die Beziehung zum Daseinmittelpunkt abgebrochen ist. Wobei, und hier kommt es auf den Aufenthaltswillen zurück, der nach außen manifestierte Aufenthaltswille zur Rückkehr an den gewöhnlichen Aufenthaltsort zu verlangen ist.<sup>204</sup>

Nach der herrschenden Meinung kommt es bei Begründung der psychischen Präsenz nicht an die Mindestaufenthaltsdauer. Alleine die bloße Absicht, den Aufenthaltsort zu verlagern, ohne dass am neuen Ort tatsächlich bereits soziale Beziehungen entstanden und geknüpft sind, kann einen neuen gewöhnlichen Aufenthaltsort rechtfertigen. Umgekehrt müssen in diesem Sinne aber auch zeitlich begrenzte Aufenthalte im Ausland verstanden werden, was sich bereits aus dem ErwGr 24 ergibt. Solche Aufenthalte haben keinen Einfluss auf den bestehenden Aufenthalt im Herkunftsstaat, solange ein ausreichender bestimmter Rückkehrwille erkennbar ist.<sup>205</sup>

### **7.1.2.2. Arten des gewöhnlichen Aufenthaltes**

*Mankowski* schreibt in einem seiner Artikel, dass man zu einem bestimmten Zeitpunkt entweder einen oder sogar keinen gewöhnlichen Aufenthalt haben kann, aber nicht mehrere.

---

<sup>203</sup> Stellungnahme Nr. 3/2010 des Deutschen Anwaltvereins durch den Erbrechtsausschuss zum Kommissionsvorschlag für eine Erbrechts-Verordnung vom 14.10.2009, S. 7: durch den Erbrechtsausschuss.

<sup>204</sup> PALANDT/THORN, *BGB*, 73. Aufl., München 2013, Art. 21 EuErbVO, Rn. 5.

<sup>205</sup> PALANDT/THORN, *BGB*, 73. Aufl., München 2013, Art. 21 EuErbVO, Rn. 6.

Man kann sukzessive oder sogar alternierend mehrere gewöhnliche Aufenthalte haben. Solche Aufenthalte sind jedoch nicht simultan gemeint, denn Art. 21 Abs. 1 EuErbVO ist unmissverständlich den gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers auf den Zeitpunkt des Todes des Erblassers fixiert.<sup>206</sup>

### 7.1.2.3. Ausweichklausel

Die Vorschrift des objektiven Annüpfungspunktes beinhaltet im Abs. 2 eine Regelung, die unter Beibehaltung eines einheitlichen kollisionsrechtlichen Begriffs des gewöhnlichen Aufenthalts ermöglicht, erbrechtliche Besonderheiten zu berücksichtigen. Sie wird als Ausweichklausel bezeichnet und sollte für die Lösung atypischer Einzelfälle geeignet sein, darf aber nicht in den Fällen missbraucht werden, in denen sich die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts als schwierig erweist.<sup>207</sup>

*Art. 21 Abs. 2: "Ergibt sich ausnahmsweise aus der Gesamtheit der Umstände, dass der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes eine offensichtlich engere Verbindung zu einem anderen als dem Staat hatte, dessen Recht nach Absatz 1 anzuwenden wäre, so ist auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen das Recht dieses anderen Staates anzuwenden."*

Unklarheiten mit sich bringt jedoch die ausgewählte Formulierung „einer offensichtlich engeren Verbindung“ der Ausweichklausel. Sämtliche Punkte, die das Gericht bei der Anwendung der Ausweichklausel berücksichtigen würde, sollten nämlich bereits durch offene Definition des gewöhnlichen Aufenthaltes nach Abs. 1 abgedeckt werden. Die herrschende Meinung legt deswegen die Rechtfertigung der Klausel in ihrer Anwendung, nach im ErwGr 25 beinhalteten Zwecks, ab und sieht ihre Anwendung bei anderen Fällen vor.<sup>208</sup>

Aus dem ErwGr 25 ergibt sich, dass „...in Bezug auf die Bestimmung des auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendenden Rechts die mit der Erbsache befasste Behörde in Ausnahmefällen – in denen der Erblasser beispielsweise erst kurz vor seinem Tod in den Staat seines gewöhnlichen Aufenthalts umgezogen ist und

---

<sup>206</sup> MANKOWSKI, P., *EuGH Urt. v. 16.7.2020 – C-80/19 Zu Auslegung und Anwendungsbereich der EU ErbVO*. ErbR - Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis, Heft 10, S. 716.

<sup>207</sup> PALANDT/THORN, *BGB*, 73. Aufl., München 2013, Art. 21 EuErbVO, Rn. 7.

<sup>208</sup> *MüKoBGB/DUTTA*, 7. Aufl., 2018, EuErbVO Art. 21, Rn. 5-8.

*sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass er eine offensichtlich engere Verbindung zu einem anderen Staat hatte – zu dem Schluss gelangen kann, dass die Rechtsnachfolge von Todes wegen nicht dem Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Erblassers unterliegt, sondern dem Recht des Staates, zu dem der Erblasser offensichtlich eine engere Verbindung hatte. Die offensichtlich engste Verbindung sollte jedoch nicht als subsidiärer Anknüpfungspunkt gebraucht werden, wenn sich die Feststellung des gewöhnlichen Aufenthaltsorts des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes als schwierig erweist.“*

Nach der herrschenden Meinung kann die Klausel beispielsweise dort ihre Anwendung finden, wo eine Rechtswahl fehlgeschlagen hat, wenn der Erblasser einer nicht anzuerkennenden Rechtswahl auch objektiv eine enge Verbindung zu dem betreffenden Staat aufweist.<sup>209</sup>

In dieser Arbeit wird die Ansicht vertreten, dass der ErwGr 25 mit Begriffen arbeitet, die sich eher zum Verhältnis zwischen Aufenthaltswille und physische Präsenz beziehen und nicht eine offensichtliche engere Verbindung begründen. Der Widerspruch wird in dem gesehen, dass der Verordnungsgeber Besonderheiten, welche sich beim bestimmen des gewöhnlichen Aufenthalts aus physische Präsenz ergeben können, unter ErwGr 25 packt und damit Anwendung des Art. 21 Abs. 2 vorsieht. Im Vergleich dazu sind solche Besonderheiten nach der herrschenden Meinung aber unter Art. 21 Abs. 1 zu regeln und der zweite Absatz sollte in anderen atypischen Fällen angewendet werden. Denn, ein bloßer Diskurs zwischen physischer Präsenz und Aufenthaltswille muss bereits im Rahmen der Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts nach Art. 21 Abs. 1 gelöst werden können. Für richtig wird in dieser Arbeit gehalten, dass ein solcher Diskurs nicht bedeutet, dass der gewöhnliche Aufenthalt nicht bestimmt werden kann und man sich auf die Suche nach einer offensichtlich engeren Verbindung machen muss. Vielmehr bezieht sich der Art. 21 Abs. 2 auf die Situationen, die darunter herrschende Meinung zählt, wie etwa wenn eine Rechtswahl fehlgeschlagen hat und der Erblasser dieser nicht anzuerkennenden Rechtswahl auch objektiv eine enge Verbindung zu dem betreffenden Staat aufweist. In diesem Sinne sprechen in solchen Fällen keine berechtigten Einwände gegen Anwendung des Art. 21 Abs. 2. Auch die Auslegung zu gunsten des Erblassers einer fehlgeschlagener Rechtswahl wird positiv betrachtet.

---

<sup>209</sup> MüKoBGB/DUTTA, 7. Aufl., 2018, EuErbVO Art. 21, Rn. 5-8.

### 7.1.3. Fazit

Der Wechsel vom Staatsangehörigkeitsprinzip zum gewöhnlichen Aufenthalt hat die Rechtswahl grundlegend beeinflusst und hat, wie sich gezeigt hat, die Autonomie des Erblassers gestärkt. Die aktuelle Fassung des objektiven Anknüpfungspunktes setzt fest, dass nur der Erblassers seinen „Sitz“ der Rechtsnachfolge von Todes wegen bestimmt. Es ist ausgerechnet der Erblasser, der als zentrale Gestalt des Erbgesehens figuriert und nicht etwa die Person der erbrechtlich Berechtigten oder der überlebenden Familienmitglieder oder die Belegenheit des Nachlasses. Darüber hinaus lässt der Gesetzgeber deutlich den starken Willen nach Gewährleisten der Integrationsinteressen des Erblassers erkennen, also nach seiner erbrechtlichen Integration in die Gesellschaft, in der sich der Erblasser gewöhnlich aufhält.<sup>210</sup> Im leicht übertragenem Sinne sorgt die Umwandlung des objektiven Anknüpfungspunktes zum gewöhnlichen Aufenthalt für eine zusätzliche, versteckte, Rechtswahl des Erblassers. Der Erblasser hat das Geschehen absolut in seiner Macht, er kann selbst bestimmen, ob und wohin er umzieht und sein Daseinmittelpunkt verlegt.

Eine Erweiterung des wählbaren Rechts um den gegenwärtigen gewöhnlichen Aufenthalt hätte dem Begriff, der als zentraler Anknüpfungspunkt nach Art. 21 zu sehen ist, mehr Stabilität gebracht. Überdies ist nicht zu übersehen, dass diese Nichteinbeziehung eine Einschränkung für mehrere Rechtssysteme (wie etwa Finnland, Italien, Niederlande) darstellt.<sup>211</sup> Es spricht noch viel mehr dafür, warum das Recht des gegenwärtigen gewöhnlichen Aufenthalt als Anknüpfungsmoment in die Rechtswahl eingenommen werden sollte. Es ist davon auszugehen, dass der Erblasser an dem gegenwärtigen gewöhnlichen Aufenthaltsort höchstwahrscheinlich sehr gut assimiliert ist und er die erbrechtliche Lage nach diesem Recht sicherstellen will, falls ein späterer Aufenthaltswechsel vorgenommen wird.<sup>212</sup> Er kann mit dem gewöhnlichen Aufenthalt verbunden sein und dieser kann für seinen Lebensabschnitt eine sehr

---

<sup>210</sup> MüKoBGB/DUTTA, 7. Aufl., 2018, EuErbVO Art. 21, Rn. 1-2.

<sup>211</sup> PINTENS, W., *Einführung in die Grundprinzipien der Erbrechtsverordnung*, in: Löhnig/Schwab/Henrich/Gottwald/Grziwotz/Reimann/Dutta(Hrsg.), *Erbfälle unter Geltung der Europäischen Erbrechtsverordnung*, Band 15, Bielefeld 2014, S.17.

<sup>212</sup> KINDLER, P., *Vom Staatsangehörigkeits- zum Domizilprinzip: das künftige internationale Erbrecht der Europäischen Union*, IPRax 2010, S. 49.

enge Verbindung zum Rechtssystem darstellen.<sup>213</sup> Trotz alledem wurde die Rechtswahl um diesen nicht erweitert und das vor allem mit der Begründung des möglichen Missbrauchs des Pflichtteilsrechts.<sup>214</sup>

Aufgrund der zentralen Rolle, welche der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts in der Verordnung spielt, setzt sich diese Arbeit dafür ein, den Kreis der wählbaren Rechte um das Aufenthaltsrechts zu erweitern. De lege ferenda ist dem Ordnungsgeber empfohlen, dem Erblasser zu ermöglichen, das Recht des Staates zu wählen, in dem er seinen gewöhnlichen Aufenthalt zum Zeitpunkt der Rechtswahl, davor und auch zum Zeitpunkt seines Todes hatte. Die tiefgehende Analyse des Begriffs in diesem Kapitel hat gezeigt, dass ein Aufenthalt eine gewisse Maße an Seriosität und Stabilität beweisen muss, um sich für einen gewöhnlichen Aufenthalt zu qualifizieren. Es ist das intime Verhältnis des Erblassers zu diesem Ort, welches bei einer fehlenden Rechtswahl voraussetzt, dass die gesamte Rechtsnachfolge von Todes wegen nach Art. 21 dem Recht des Staates unterliegt, in dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Die Voraussetzung des Aufenthaltswille und physischer Präsenz zeigen offensichtlich, dass so ein Verhältnis aufzubauen, bedarf durchaus viel Verbundenheit des Erblassers zu diesem Ort/Staat. Aus allen diesen Gründen zeigt sich, dass der gewöhnliche Aufenthalt kein zufälliger Zustand ist. Die enge Verbindung zwischen Erblasser und dem Staat des gewöhnlichen Aufenthalts sorgt für eine hinreichende Begründung seiner Aufnahme in Katalog der wählbaren Rechte und entspricht sowohl dem kollisionsrechtlichen Prinzip der engsten Verbindung bei Auswahl an Rechtsordnungen. Anhand der Analyse und trotz der diskutierten Umwandlung vom Staatsangehörigkeitsprinzip zum gewöhnlichen Aufenthalt hat sich feststellen können, dass die neue Auffassung der objektiven Anknüpfung an sich die Testierfreiheit des Erblassers bereichert. Ein gewöhnlicher Aufenthalt kann eine Person möglicherweise von sich aus selbst bestimmen und die Entscheidung, wohin sie umzieht und damit ihr Daseinmittelpunkt inkl. ihrer familiären, sozialen und beruflichen Verhältnisse verlagert, liegt in ihrer Macht. Im Bezug auf die Hauptfrage dieser Arbeit kann man im übertragenen Sinne zum Schluss behaupten, dass die Rechtswahl durch die objektive Anknüpfung nicht beschränkt, sondern geöffnet wird, was auch der Testierfreiheit des

---

<sup>213</sup> CACH, CH./WEBER, A., *Privatautonomie im Erbrecht*, ZfRV, 2013, S. 266-267.

<sup>214</sup> ebd.

Erblassers besser entspricht. Man könnte metaphorisch von “einer objektiven Rechtswahl” reden.

Die Aufnahme zugunsten des Aufenthaltsrechts zum Zeitpunkt der Rechtswahl in Katalog würde dafür sorgen, die postmortale Umsetzung der Verfügung von Todes wegen des Erblassers zu gewährleisten. Sonst hätte passieren können, dass der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt verlegt, ohne seine Erbregelung anpassen zu können, wie der Deutsche Notarverein richtig ausführte.<sup>215</sup>

Auch Aufnahme der Rechtswahl zugunsten des Rechts des Staates in dem der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt vor dem Zeitpunkt der Rechtswahl hatte ist als evident betrachtet, denn der Erblasser könnte sich gegebenenfalls zu seinem früheren Aufenthaltsort mehr verbunden fühlen.

Eine Aufnahme der Rechtswahl zugunsten des Rechts des Staates in dem der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt nach dem Zeitpunkt der Rechtswahl hatte, mag demgegenüber einigermaßen scheinen überflüssig zu sein. *Stoltenberg* legt dies jedoch wieder und fasst zusammen, dass diese Option mit der objektiven Anknüpfung in Art. 21 Abs. 1 übereinstimme, könne angesichts eines bevorstehenden Aufenthaltswechsel hilfreich sein, um die Anwendung der Ausweichklausel in Art. 21 Abs. 2 zu verhindern.<sup>216</sup> Diese Ansicht ist zu bejahen.

Dem europäischen Ordnungsgeber wird de lege ferenda empfohlen, den Art. 22 um diese zu erweitern.

## **7.2. Staatsangehörigkeit des Erblassers**

Mit dem Art. 22 Abs. 1 wird durch die Rechtswahl der Person des Erblassers gestattet, für die Rechtsnachfolge von Todes wegen das Recht des Staates zu wählen, dem sie im Zeitpunkt der Rechtswahl oder im Zeitpunkt ihres Todes angehört und falls sie mehrere

---

<sup>215</sup> Stellungnahme des Deutschen Notarverein vom 19.01.2010 zum Kommissionsvorschlag für eine Erbrechtsverordnung, Art. 17, „Freie“ Rechtswahl.

<sup>216</sup> STOLTENBERG, P. T., *Die Parteiautonomie im europäischen Erbrecht (Schriften der Deutsch-Spanischen Juristenvereinigung, Band 52)*. Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2019, S.165.

Staatsangehörigkeiten besitzt, das Recht eines der Staaten zu wählen, denen sie im Zeitpunkt der Rechtswahl oder im Zeitpunkt ihres Todes angehört.

Hauptzweck der Norm ist also die Vorhersagbarkeit und die Stabilität des Erbstatutes zu gewährleisten und daneben auch den Pflichtteilsschutz beeinträchtigen zu können.<sup>217</sup> Die Verordnung sieht in dem Art. 22 Abs. 1 zwei mögliche Varianten für die subjektive Anknüpfung vor. Zum einen das Recht der Staatsangehörigkeit des Erblassers im Zeitpunkt der Rechtswahl und zum anderen das Recht der Staatsangehörigkeit des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes.<sup>218</sup> Besaß der Erblasser eine Staatsangehörigkeit zu einem anderen Zeitpunkt, ist es irrelevant und die EuErbVO sieht dafür keine Folgen vor.<sup>219</sup>

In diesem Kapitel werden deswegen weitere Anknüpfungspunkte vorgestellt, um welche die Rechtswahl de lege ferenda erweitert werden sollte und die von der Staatsangehörigkeit des Erblassers abhängig sind.

Bei dieser Gruppe der Anknüpfungspunkte, die sich zur Staatsangehörigkeit des Erblassers binden, muss die Staatsangehörigkeit des Erblassers in jedem einzelnen Fall festgestellt werden. Zur Feststellung der Staatsangehörigkeit äußert sich die Verordnung im ErwGr 41 in dem sie *“für die Zwecke der Anwendung dieser Verordnung die Bestimmung der Staatsangehörigkeit oder der Mehrfachstaatsangehörigkeit einer Person vorab geklärt werden sollte. Die Frage, ob jemand als Angehöriger eines Staates gilt, fällt nicht in den Anwendungsbereich dieser Verordnung und unterliegt dem innerstaatlichen Recht, gegebenenfalls auch internationalen Übereinkommen, wobei die allgemeinen Grundsätze der Europäischen Union uneingeschränkt zu achten sind“*. Wie die Staatsangehörigkeit zu bestimmen ist, richtet sich also nicht nach der EuErbVO.<sup>220</sup>

Über das Staatsangehörigkeitsstatut wird geschwiegen. In diesem Zusammenhang wird hervorheben, dass der Anspruch einer einheitlichen Anknüpfung der Staatsangehörigkeit ganz klar dem Zweck dient, den internationalen Entscheidungseinklang innerhalb der EU zu sichern. Wenn die Mitgliedstaaten das Staatsangehörigkeitsstatut unterschiedlich bewerten würden, würde die einheitliche Anknüpfung gefährdet und die Rechtswahl einer Rechtsordnung nach dem Art. 22 Abs. 1 der EuErbVO wird möglicherweise nicht unionsweit anerkannt. Die

---

<sup>217</sup> MüKoBGB/DUTTA, 6. Aufl., 2015, EuErbVO Art. 22, Rn. 1.

<sup>218</sup> KRÄNZLE, M., *Heimat als Rechtsbegriff?*, Tübingen 2014, S. 208.

<sup>219</sup> MüKoBGB/DUTTA, 6. Aufl., 2015, EuErbVO Art. 22, Rn. 2.

<sup>220</sup> MüKoBGB/DUTTA, 6. Aufl., 2015, EuErbVO Art. 22, Rn. 4.

herrschende Meinung hält, im Einklang mit dem mitgliedstaatlichen Kollisionsrecht, für den richtigen Weg das Recht desjenigen Staates entscheiden zu lassen, dessen Staatsangehörigkeit in Frage steht.<sup>221</sup>

Auch die zweite Vorgehensweise bei dieser Problematik kommt zum gleichen Ergebnis, obwohl sie eine autonome Auslegung fordert. Sie besteht in der Verwendung des Übereinkommens über die Staatsangehörigkeit, nach dem jeder Staat selbst zu bestimmen hat, wer als Staatsangehöriger zu verstehen ist.<sup>222</sup>

### **7.2.1. Künftige und frühere Staatsangehörigkeit des Erblassers**

Dem Erblasser ist in der EuErbVO de lege lata gestattet, das Recht des Staates zu wählen dessen Staatsangehörigkeit er erst zum späteren Zeitpunkt erwirbt, nicht aber das Recht des Staates dessen Staatsangehörigkeit er vor dem Zeitpunkt der Rechtswahl schon einmal besessen hat. Ob die Rechtswahl um den Anknüpfungsmoment einer früheren Staatsangehörigkeit erweitert werden sollte, wird in diesem Abschnitt analysiert.

Der Zeitpunkt der Rechtswahl ist in beiden Richtungen entscheidend. Entscheidet sich der Erblasser mit seiner Rechtswahl für das Recht des Staates dessen Staatsangehörigkeit er erst zum späteren Zeitpunkt erwerben will, stellt so eine Rechtswahl des künftigen Rechts ein großes Risiko dar. Erwirbt nämlich der Erblasser die neue Staatsangehörigkeit nicht, bleibt die Rechtswahl unwirksam.<sup>223</sup> Aus dem Verordnungstext ergibt sich zwar keine Anweisung für die konkrete Nennung einer Rechtsordnung, jedoch ist die Ansicht zu bejahen, dass der Erblasser wohl nicht seine Rechtsnachfolge von Todes wegen nach dem ihm unbekanntem Recht wählen wollen wird.<sup>224</sup>

Mit einem erfolgreichen Erwerb einer neuen Staatsangehörigkeit wird noch eine weitere Konsequenz bewirkt. Wenn der Erblasser die neue Bürgerschaft erwirbt, kann er mit einer vorgenommenen Rechtswahl legal nicht auf die alte Bürgerschaft zurückgreifen. Diese

---

<sup>221</sup> MüKoBGB/DUTTA EuErbVO, 6. Aufl., 2015, Art. 22, Rn. 4.

<sup>222</sup> CACH, CH./WEBER, A., *Privatautonomie im Erbrecht*, ZfRV, 2013, S. 268.

<sup>223</sup> KRÄNZLE, M., *Heimat als Rechtsbegriff?*, Tübingen, 2014, S. 208-209.

<sup>224</sup> CACH, CH./WEBER, A., *Privatautonomie im Erbrecht*, ZfRV, 2013, S. 266.

Rechtswahlmöglichkeit der alten Staatsangehörigkeit sieht die Verordnung aber nicht vor, was letztendlich dazu führen könnte, dass der Erblasser versucht diese Konstellation umzugehen, indem er seine Rechtswahl vorliegend datiert, um die Rechtswahlmöglichkeit der alten Bürgerschaft wieder zu öffnen.<sup>225</sup>

In dieser Arbeit wird die Ansicht vertreten, dass die Rechtswahl *de lege ferenda* um einen weiteren Anknüpfungsmoment der früheren Staatsangehörigkeit bzw. der früheren Staatsangehörigkeiten erweitert werden sollte. Denn, das menschliche Bemühen nach einem subjektiv geeignetsten Ergebnis ist groß und eine bloße Umdatierung der Rechtswahl wird wohl keinen großen Hindernis darstellen um die Verordnung umzugehen.<sup>226</sup> Dem Ordnungsgeber wird empfohlen, den Anknüpfungsmoment der alten Staatsangehörigkeit in die Rechtswahl *de lege ferenda* aufzunehmen.

Die Kernregelung der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit zum Zeitpunkt der Rechtswahl wird in dieser Arbeit als sehr gelungen bewertet. Sie stellt die engste formale Verbindung einer Person zu einem Staat dar, denn sie ist offensichtlich und liegt auch objektiv vor, außerdem hat der Erblasser an ihrer Wählbarkeit ein hohes Interesse.<sup>227</sup>

Daneben kann die andere Rechtswahlmöglichkeit, die sich an die zweite Variante bindet, nämlich die Rechtswahl des Staatsangehörigkeitsrechts zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers, nur dann empfohlen werden, wenn man absolut sicher ist, dass man die künftige Bürgerschaft tatsächlich auch erwirbt und noch dazu auch beibehält.<sup>228</sup> Die herrschende Meinung hält diesbezüglich berechtigt vor, dass der Erblasser bei dieser Alternative einem hohen Rechtsanwendungsrisiko ausgesetzt sei und dass diese Variante deshalb nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen dürfe.<sup>229</sup>

---

<sup>225</sup> GREESKE, M., *Die Kollisionsnormen der neuen EU-Erbrechtsverordnung*, Frankfurt am Main, 2014, S. 133-135.

<sup>226</sup> "A restriction to the law of nationality or residence at the time of the choice or death would not be feasible; as the choice of law will be concluded by the deceased alone, the deceased can, in any event, decide on the date of the choice without any difficulties by dating it accordingly in order to allow the choice of a certain law." in DUTTA, A. *Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation*. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht/ The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 2009, Bd. 74, S. 576.

<sup>227</sup> GREESKE, M., *Die Kollisionsnormen der neuen EU-Erbrechtsverordnung*, Frankfurt am Main, 2014, S. 132-133.

<sup>228</sup> PINTENS, W., *Einführung in die Grundprinzipien der Erbrechtsverordnung*, in: Löhnig/Schwab/Henrich/Gottwald/Grziwotz/Reimann/Dutta(Hrsg.), *Erbfälle unter Geltung der Europäischen Erbrechtsverordnung*, Band 15, Bielefeld 2014, S.16.

<sup>229</sup> PALANDT/THORN, *BGB*, 73. Aufl., München 2013, Art. 22 EuErbVO, Rn. 3.

## 7.2.2. Mehrstaater, Staatenlose, Flüchtlinge

Besondere Aufmerksamkeit genießt die auffallende Klasse der Erblässern, die aufgrund einigen Spezifika bei Feststellung ihrer Staatsangehörigkeit noch andere bzw. zusätzliche Regelungen auf sich wirken lassen. Sie werden als Mehrstaater, Staatenlose und Flüchtlinge bezeichnet und in den nächsten Zeilen wird sich diese Arbeit mit den darauf bezogenen rechtlichen spezifischen Besonderheiten kurz beschäftigen. Es wird die Ansicht vertreten, dass sie in dieser Zeit eine bedeutende Gruppe aufgrund der hohen globalen Mobilität repräsentieren, die man nicht überschauen soll.

### A. Mehrstaater

Als Mehrstaater wird eine Person bezeichnet, die mehr als eine Staatsangehörigkeit besitzt.<sup>230</sup> Die Regelung über Mehrstaater in der EuErbVO, die den Erblasser betrifft, der mehrere Staatsangehörigkeiten besitzt, wird als besonders gelungen angesehen. Nach dem Wortlaut des Art. 22 Abs. 2 Satz 2 der EuErbVO ergibt sich ausdrücklich, dass jede von den einzelnen Staatsangehörigkeiten, die dem Erblasser zustehen, vom Erblasser ohne jegliche Beschränkung gewählt werden können.<sup>231</sup> Der Wortlaut des Artikels lässt letztendlich keine andere Auslegung zu: *„Eine Person, die mehrere Staatsangehörigkeiten besitzt, kann das Recht eines der Staaten wählen, denen sie im Zeitpunkt der Rechtswahl oder im Zeitpunkt ihres Todes angehört“*.

Der Gesetzgeber entschied sich daher strikt gegen die manchmal vertretene Auffassung<sup>232</sup>, die Rechtswahl sei nur auf das Recht der effektiven Staatsangehörigkeit zu beschränken. Der Vorrang der effektiven Staatsbürgerschaft besteht hier nicht und das Wahlrecht kann frei ausgeübt werden.<sup>233</sup> In der hier gewählten weit eröffneten

---

<sup>230</sup> Mehrstaater – Wiktionary. (o. D.). Wikipedia. Abgerufen am 4. Februar 2021, von <https://de.wiktionary.org/wiki/Mehrstaater>

<sup>231</sup> GREESKE, M., *Die Kollisionsnormen der neuen EU-Erbrechtsverordnung*, Frankfurt am Main, 2014, S. 135-136.

<sup>232</sup> DEIXLER-HÜBNER, A./SCHAUER, M., *Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung*, Baden-Baden 2015, S. 192-193.

<sup>233</sup> ebd.

Gestaltungsmöglichkeit der Rechtswahl spiegelt sich die Rechtssicherheit für den Erblasser wider.<sup>234</sup> In dieser Arbeit wird die Ansicht vertreten, dass die Auslegung dieser Regelung richtig ist und es sollte keine Rücksicht auf das Prinzip der effektiven Staatsangehörigkeit genommen werden. Diese Ansicht entspricht dem Prinzip der Parteiautonomie bzw. Testierfreiheit und ist daher zu bevorzugen.

## **B. Staatenloser**

Ist der Erblasser dagegen ein Staatenloser, bietet sich die Möglichkeit an, das Recht des Staates zu wählen, dessen Staatsangehörigkeit er im Zeitpunkt seines Todes erwirbt und die er auch in der Realität aber auch erwerben muss,<sup>235</sup> sonst geht die vorgesehene Anknüpfung nach dem Art. 22 Abs. 1 ins Leere.<sup>236</sup>

Die EuErbVO legt die Regulierung des Staatenlosen, Flüchtlings und Asylberechtigten nicht ausdrücklich fest und deswegen kommt nach der herrschenden Meinung im Falle eines staatenlosen Erblassern das New Yorker UN-Übereinkommen über die Rechtsstellung Staatenloser vom 28.9.1954 zur Anwendung, weil diesem Abkommen gemäß Art. 75 Abs. 1 Unterabs. 1 EuErbVO in Deutschland Vorrang vor der Erbrechtsverordnung zukommt. Nach dem Art. 12 Abs. 1 dieses Übereinkommens tritt an die Stelle der Staatsangehörigkeit der Wohnsitz der staatenlosen Person, hilfsweise das Recht ihres Aufenthaltes. Damit kann den Staatenlosen die Möglichkeit einer Rechtswahl gewährleistet werden.<sup>237</sup>

## **C. Flüchtlinge und Asylberechtigten**

Auch bei Flüchtlingen und Asylberechtigten muss sichergestellt werden, dass die Stabilität ihres Erbstatuts nicht durch einen späteren Aufenthaltswechsel beeinflusst werden

---

<sup>234</sup> GREESKE, M., *Die Kollisionsnormen der neuen EU-Erbrechtsverordnung*, Frankfurt am Main 2014, S. 135-136.

<sup>235</sup> DEIXLER-HÜBNER, A./SCHAUER, M., *Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung*, Baden-Baden, 2015, S.193.

<sup>236</sup> Gierl/Köhler/Kroiß/Wilsch, *Internationales Erbrecht*, Baden-Baden, 2015, S. 100-101.

<sup>237</sup> Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, *online jurisPK-BGB*, 9. Aufl., Art. 22 EuErbVO, Rn. 13. (Stand: 01.03.2020)

wird. Falls sie noch über eine Staatsangehörigkeit verfügen, sollten sie nach dem Art. 22 Abs. 1 der EuErbVO das Recht haben, diese Staatsangehörigkeit wählen zu dürfen.<sup>238</sup> Dieser Ansicht ist zu folgen, weil die Verbindung zu diesem Staat bestand und besteht, auch wenn nur noch formal. Wählbares Recht bestimmt sich nach dem Art. 22 Abs. 1 der EuErbVO für Flüchtlinge weiterhin über den Art. 75 Abs. 1 nach dem Art. 12 Abs. 1 des Genfer UN-Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28.7.1951, nach dem der Personalstatut von Flüchtlingen geregelt wird und sie über die Wahlmöglichkeit zugunsten des Rechts des Wohnsitzes oder des Aufenthaltsrechts verfügen.<sup>239</sup>

Hinsicht der Situation mit Flüchtlingen taucht die Frage auf, ob die Rechtswahl des Rechts ihrer formalen Staatsangehörigkeit geöffnet bleiben soll oder nicht. Aus vielen Gründen ist es nachzuvollziehen, dass ausgerechnet diese Anknüpfung nicht mehr vorgenommen werden sollte. Für die Zulässigkeit der Rechtswahl zugunsten des Heimatrechts steht das Argument, dass es von Fall zu Fall dem Einzelnen überlassen werden sollte, inwieweit sich der Erblasser dem Staat, aus dem er entflohen ist oder aus dem er vertrieben worden ist, im privatrechtlichen Betracht noch verbunden fühlt, indem er sich dazu entscheidet, ausgerechnet dieses Recht zu wählen.<sup>240</sup>

Es wird der Ansicht der herrschenden Meinung zugestimmt, indem es die Entscheidung den Betroffenen überlassen sein sollte, ob sie das Recht des Heimatrechts wählen werden oder nicht.<sup>241</sup>

### **7.2.3. Staaten mit mehr als einem Rechtssystem**

Eine weitere spezifische Gruppe im Hinblick auf die Staatsangehörigkeit bilden dann Erbfälle, bei denen sich das Recht eines Staates mit mehr als einem Rechtssystem als maßgebend erweist. Für diese Fälle erhält die Verordnung eine zusätzliche Regelung in Form

---

<sup>238</sup> *MüKoBGB/DUTTA*, 6. Aufl., 2015, EuErbVO Art. 22, Rn. 5.

<sup>239</sup> Gierl/Köhler/Kroiß/Wilsch, *Internationales Privatrecht*, Baden-Baden, 2015, S. 101.

<sup>240</sup> Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, *online jurisPK-BGB*, 9. Aufl., Art. 22 EuErbVO, Rn. 14. (Stand: 01.03.2020)

<sup>241</sup> *MüKoBGB/DUTTA*, C.H.Beck, 6. Auflage, 2015, EuErbVO Art. 22, Rn. 5.

einer Sachnormverweisung in Art. 36 und 37 der EuErbVO, welche in den nächsten Zeilen näher erläutert wird.

Die Verordnung regelt in den oben genannten Artikeln die interlokale und interpersonale Rechtsspaltung. Die Art. 36 und 37 beantworten die Frage, welche der in Betracht kommenden Teilrechtsordnungen für einen bestimmten Sachverhalt dann zur Anwendung kommt.<sup>242</sup>

Dabei kommt es in den konkreten Einzelfällen, wo sich das Recht eines Staates mit mehr als einem Rechtssystem als maßgebend erweist, aber nicht darauf an, welche der Kollisionsnormen nach Art. 21 und 22 auf das Recht dieses Staates verweist hat. Aufgrund des Schwerpunkts dieser Arbeit, wird jedoch nur der subjektive Anknüpfungsmoment und seine Problematik bei Bestimmung einer der Teilrechtsordnungen des Mehrrechtsstaates nach Art. 36 und 37 im Fokus stehen.

### **7.2.3.1. Interlokale Rechtsspaltung**

In Staaten, in denen es mehrere interlokale Teilrechtsordnungen gibt, enthält die Regelung der Art. 36 der EuErbVO, nach dem das maßgebliche Gebietsrecht zu bestimmen ist.<sup>243</sup> Der Art. 36 sieht in seiner Auffassung zwei Varianten von Verweisungen vor: direkte/autonome Konkretisierung des Verweises (Art. 36 Abs. 2) und indirekte (Art. 36 Abs. 1).<sup>244</sup>

Wenn in einem Staat nebeneinander mehrere Teilrechtsordnungen existieren, kommt es beim Art. 36 darauf an, ob der Staat über interlokales Kollisionsrechts verfügt oder nicht. Wenn der berufene Mehrrechtsstaat eigene interlokale Kollisionsnormen hat, so bestimmen diese welche der Teilrechtsordnungen anwendbar ist (Art. 36 Abs. 1). Verfügt dagegen aber ein Mehrrechtsstaat mit territorialer Rechtsspaltung über keine interlokale Kollisionsnormen, so beziehen sich die Verweisungen der EuErbVO unmittelbar auf die betreffende

---

<sup>242</sup> Gierl/Köhler/Kroiß/Wilsch, *Internationales Erbrecht*. Baden-Baden, 2015, S.148-149.

<sup>243</sup> HEINIG, J., *Rechtswahlen in Verfügungen von Todes wegen nach der EU-Erbrechts-Verordnung*, RNotZ, 2014, S. 205.

<sup>244</sup> Steinmetz/Löber/Alcáza, *Die EuErbVO und ihre Anwendbarkeit in Mehrrechtsstaat Spanien*, ZEV, 2013, S. 536.

Teilrechtsordnungen (Art. 36 Abs. 2).<sup>245</sup> Diese zwei Typen von Verweisungen werden näher in der nächsten Unterkapiteln vorgestellt.

#### **A. Interlokale Rechtsspaltung mit interlokalem Kollisionsrecht (Art. 36 Abs. 1) - indirekte Verweisung**

Nach dem Art. 36 Abs. 1 obliegt die Frage nach der Konkretisierung einer Gebietseinheit, deren Rechtsvorschriften anzuwenden sind, dem eigenen interlokalen Kollisionsrecht des berufenen Mehrrechtsstaates. Die eigene Ausgestaltung der interlokalen Kollisionsnormen eines Mehrrechtsstaates wirkt sich auf den möglichen Kreis des wählbaren Rechts aus. Wenn die Vorschriften eine Rechtswahl der Teilrechtsordnung vorsehen, dann sollte dieser Weg unproblematisch sein und der Erblasser kann bereits zum Zeitpunkt der Rechtswahl die nach dem interlokalen Kollisionsrecht wählbare Teilrechtsordnung bestimmen. Erlaubt das interlokale Kollisionsrecht dagegen eine Rechtswahl der Teilrechtsordnung nicht, dann ist lediglich diejenige Teilrechtsordnung wählbar, die das interlokale Kollisionsrecht objektiv zum Zeitpunkt des Erbfalls bestimmt, weil hier nicht der Zeitpunkt der Rechtswahl oder des Todes maßgeblich ist, sondern der Zeitpunkt des Erbfalls. Denn, erst zu diesem Zeitpunkt können die Vorschriften des interlokalen Kollisionsrecht befragt werden.<sup>246</sup>

#### **B. Interlokale Rechtsspaltung ohne interlokales Kollisionsrecht (Art. 36 Abs. 2)**

Existiert im Gegenteil, nach Art. 36 Abs. 2 lit. a bis c der EuErbVO, im Mehrrechtsstaat kein interlokales Kollisionsrecht, so beziehen sich die Verweisungen der EuErbVO unmittelbar auf die betreffende Teilrechtsordnung.<sup>247</sup>

---

<sup>245</sup> PALANDT/THORN, *BGB*, 73. Aufl., München 2013, Art. 36 EuErbVO, Rn. 1-2.

<sup>246</sup> *MüKoBGB/DUTTA*, 6. Aufl., 2015, EuErbVO Art. 22, Rn. 6.

<sup>247</sup> PALANDT/THORN, *BGB*, 73. Aufl., München 2013, Art. 36 EuErbVO, Rn. 2.

Wenn nach Art. 36 Abs. 2 lit. a) an den gewöhnlichen Aufenthalt angeknüpft wird, wird auf die Teilrechtsordnung verwiesen, in welcher der Erblasser seinen letzten Aufenthalt hatte.<sup>248</sup>

Ist der Anknüpfungsmoment die Staatsangehörigkeit, kann der Erblasser nach dem Art. 36 Abs. 2 lit. b) das Recht derjenigen Teilrechtsordnung wählen, zu der er die engste Verbindung besitzt.<sup>249</sup> Mangels unmittelbarer Bestimmbarkeit der maßgeblichen Teilrechtsordnung muss nach dieser, mittels anderer Merkmale, das Recht derjenigen Gebietseinheit übermittelt werden. Eine wichtige Rolle dabei spielen insbesondere Dauer und Art des Aufenthalts, persönliche/familiäre Beziehung oder die Belegenheit des Vermögens.<sup>250</sup> Zu folgen ist in diesem Zusammenhang der Ansicht, dass es sich für den Erblasser empfiehlt, eine nähere Darlegung der engsten Verbindung zu dieser Teilrechtsordnung selbst zu bestimmen. Dabei, allein die Wahl einer solchen Teilrechtsordnung kann als Indizwirkung für die engste Verbindung zu beurteilen sein.<sup>251</sup> Das ändert aber nichts daran, dass nur die Gesamtrechtsordnung wählbar ist und nicht gleich eine konkrete Teilrechtsordnung des Mehrrechtstaates.<sup>252</sup> Es wird darauf hingewiesen, dass der in diesem Artikel gewählte Begriff noch eine weitere Frage mit sich bringt, und zwar warum hier der Anknüpfungsmoment der „engsten Verbindung“ ausgewählt wurde, wenn für den Erblasser kaum vorauszusehen ist, welches Recht er zu wählen hat, weil die Teilrechtsordnung retrospektiv festgelegt wird.<sup>253</sup>

Der letzte von dem Artikel vorgesehene Anknüpfungsmoment ist nach dem Art. 36 Abs. 2 lit. c) unter „sonstige Anknüpfungsmomente“ zusammengefasst, bei denen sich die maßgebliche Teilrechtsordnung danach ergibt, wo sich der einschlägige Anknüpfungspunkt befindet.<sup>254</sup>

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass für einen normalen Erblasser die Regelung vielleicht zu kompliziert ist. Der Ordnungsgeber sollte sich darüber deswegen mehr Gedanken machen. Im Übrigen bleibt *Ignorantia iuris nocet*. Des Weiteren muss mit

---

<sup>248</sup> Gierl/Köhler/Kroiß/Wilsch, *Internationales Erbrecht*, Baden-Baden, 2015, S. 149.

<sup>249</sup> *MüKoBGB/DUTTA*, 6. Aufl., 2015, EuErbVO Art. 22, Rn. 6.

<sup>250</sup> Gierl/Köhler/Kroiß/Wilsch, *Internationales Erbrecht*, Baden-Baden, 2015, S. 149.

<sup>251</sup> HEINIG, J., *Rechtswahlen in Verfügungen von Todes wegen nach der EU-Erbrechts-Verordnung*, RNotZ, 2014, S. 205.

<sup>252</sup> Gierl/Köhler/Kroiß/Wilsch, *Internationales Erbrecht*, Baden-Baden, 2015, S. 100.

<sup>253</sup> *MüKoBGB/DUTTA*, 6. Aufl., 2015, EuErbVO Art. 36, Rn. 9.

<sup>254</sup> Gierl/Köhler/Kroiß/Wilsch, *Internationales Erbrecht*, Baden-Baden, 2015, S. 149.

Zustimmung die Regelung als nicht geglückt noch aus einem anderen Grund bezeichnet werden, nämlich wegen des Vorrangs des interlokalen Kollisionsrechts, was eine Abweichung zu anderen europäischen Rechtsvorschriften darstellt.<sup>255</sup> Dem europäischen Gesetzgeber lässt sich solcher Missklang nur vorwerfen.

*Dutta* hat sich in diesem Zusammenhang für eine erbrechtliche Rechtswahl nur zugunsten einer dieser Teilrechtsordnungen ausgesprochen:

“If the state of the deceased’s nationality has more than one legal system with regard to successions, as it is the case, for example, in the United Kingdom, the deceased should be able to choose either of them.”<sup>256</sup>

### 7.2.3.2. Interpersonale Rechtsspaltung

Zuletzt wird in diesem Abschnitt die interpersonale Rechtsspaltung vorgestellt. Der Art. 37 regelt die Situation, wenn auf das Recht des Mehrrechtstaates verwiesen wird, welches eine interpersonelle Rechtsspaltung vorsieht.<sup>257</sup>

Diese Vorschrift bezieht sich auf die Rechtsordnungen, die beispielsweise je nach Religionszugehörigkeit der Beteiligten unterschiedliche Erbrechtsregime zur Anwendung bringen; wie zB in Griechenland für thrakische Griechen muslimischen Glaubens, oder wie noch heutzutage in Liechtenstein für die, die ein Sondererbrecht einzelner Familiendynastien zulassen<sup>258</sup>, sowie in Frankreich den Moslems des Übersee-Départments Mayotte, oder wie in Indien, Pakistan, Libanon, Iran, Syrien, Ghana, Malawi usw.<sup>259</sup>

Dabei zählt die Religionszugehörigkeit zu der wichtigsten Ausprägungsmerkmale der personalen Rechtsspaltung, aber auch zB die Stammeszugehörigkeit in vielen afrikanischen

---

<sup>255</sup> *MüKoBGB/DUTTA*, 6. Aufl., 2015, EuErbVO Art. 36, Rn. 2.

<sup>256</sup> DUTTA, A., *Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation*. *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht/ The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 2009, Bd. 74, S.576.

<sup>257</sup> Burandt/Rojahn/Burandt/Schmuck, *Erbrecht*, 3. Aufl., 2019 Rn. 1, EuErbVO Art. 37, Rn. 1.

<sup>258</sup> *MüKoBGB/DUTTA*, 8. Aufl., 2020, EuErbVO Art. 37, Rn. 2.

<sup>259</sup> STOLTENBERG, P. T., *Die Parteiautonomie im europäischen Erbrecht (Schriften der Deutsch-Spanischen Juristenvereinigung, Band 52)* (New Aufl.). Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften 2019, S.202.

Staaten beeinflusst diese.<sup>260</sup> Diese Regelung ist unter den europäischen Vorschriften aber nichts Neues, sie stützt sich auf dem Modell des Art. 20 HaagerErbÜ und schließt sich außerdem inhaltlich den anderen europäischen Regelungen der personalen Rechtsspaltung an, wie zB dem Scheidungsrecht (Art. 15 Rom III-VO) oder dem Ehegüterrecht (Art. 34 EuGüVO).<sup>261</sup>

Eine *Conditio-sine-qua-non* für Anwendung des Art. 37 ist, dass der Mehrrechtsstaat für die Rechtsnachfolge von Todes wegen über mehrere Rechtssysteme bzw. Regelwerke im Sinne von nicht staatlichen Rechtsvorschriften für verschiedene Personengruppen verfügt.<sup>262</sup> Nach dem Art. 37 wird dann das maßgebliche Recht aus den unterschiedlichen Regelungsregimen für verschiedene Personengruppen bestimmt. Wobei Vorrang hat in solchen Fällen nach dem Satz 1 das interpersonale Kollisionsrecht des betreffenden Staates, und in übrigen Fällen, wenn der Mehrrechtsstaat nicht über eigenes Kollisionsrecht verfügt, wird nach dem Satz 2 die Rechtsordnung mit dem Anknüpfungsmerkmal durch den Begriff „die engste Verbindung“ bestimmt.<sup>263</sup> De facto scheint es aber sehr wahrscheinlich, dass die Situation nach Satz 2 eher eine Ausnahme wird. Logischerweise müssen nämlich zuerst die Kriterien für Unterscheidung (zB Religions- oder Stammeszugehörigkeit) aufgezählt werden, um überhaupt eine personale Rechtsspaltung festlegen zu können.<sup>264</sup>

*Stoltenberg* ist in diesem Zusammenhang in ihrer Dissertation zum Schluss gekommen, dass Erweiterung der erbrechtlichen Rechtswahl auf das Recht der Religionszugehörigkeit als plausibel erscheinen könne. Denn, einige Religionsangehörige - vor allem sich zum Islam bekennende Personen - eine stärkere Bindung zu ihrer religiösen Rechtsordnung aufwiesen, so wie beispielsweise die Wahl der Shari'a seitens eines muslimischen Erblassers. Ferner *Stoltenberg* konkretisiert und ist der Ansicht, dass die Zulassung einer freien Rechtswahl zugunsten eines religiösen Rechts, zu dem der Erblasser keine Verbindung hat, abgelehnt werden solle.<sup>265</sup>

---

<sup>260</sup> HÜRTEGE/MANSEL, *BGB, Rom-Verordnungen - EuErbVO - HUP*, 3. Aufl., 2019, EuErbVO Art. 37, Rn.2-3.

<sup>261</sup> HÜRTEGE/MANSEL, *BGB, Rom-Verordnungen - EuErbVO - HUP*, 3. Aufl., 2019, EuErbVO Art. 37, Rn.1.

<sup>262</sup> HÜRTEGE/MANSEL, *BGB, Rom-Verordnungen - EuErbVO - HUP*, 3. Aufl., 2019, EuErbVO Art. 37, Rn. 5.

<sup>263</sup> *MüKoBGB/DUTTA*, EuErbVO, 8. Aufl., 2020, Art. 37, Rn. 1.

<sup>264</sup> HÜRTEGE/MANSEL, *BGB, Rom-Verordnungen - EuErbVO - HUP*, 3. Aufl., 2019, EuErbVO Art. 37, Rn. 6.

<sup>265</sup> STOLTENBERG, P. T., *Die Parteiautonomie im europäischen Erbrecht (Schriften der Deutsch-Spanischen Juristenvereinigung, Band 52)*. Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften 2019, S. 308-309.

Dem Verordnungsgeber wird de lege ferenda empfohlen, eine Rechtswahl zugunsten eines religiösen Rechts, zu dem der Erblasser eine enge Verbindung aufweist, aufzunehmen. Dieser Vorschlag findet, stützend auf *Stoltenbergs* Schlussfolgerung, seine Begründung, indem wie bereits zurzeit eine mittlere Verweisung auf religiöses Recht durch die Anwendung des Rechts eines Staates, in dem religiöses Recht in Form transformierten staatlichen Rechts Anwendung findet, möglich sei.<sup>266</sup>

### 7.3. Das Güterstatut des Erblassers

Als weiteres wählbares Recht wird in diesem Abschnitt das Güterstatut des Erblassers vorgestellt. Für diesen Anknüpfungspunkt wurde an diversen Stellen plädiert, wie etwa beim Deutschen Notarinstitut, nach dem einem verheirateten Erblasser die Möglichkeit einzuräumen sollte, als Erbstatut dasjenige Recht zu wählen, welches auch die güterrechtlichen Beziehungen unter den Eheleuten beherrscht.<sup>267</sup> Auch die Generaldirektion Interne Bereiche hat sich in ihrer Stellungnahme vom 2012 diesbezüglich ausgedrückt und diesen Anknüpfungspunkt indem konkretisiert, dass es überlegenswert erscheine, im Verordnungsentwurf eine Rechtswahl zuzulassen, die auf das anwendbare Güterstatut abstellt mit der Bedingung, dass der Güterstand im Zeitpunkt des Todes noch nicht durch Scheidung o.ä. aufgelöst sei.<sup>268</sup>

*Stoltenberg* äußert sich in dem Sinne ebenfalls für seine Aufnahme in Katalog der wählbaren Rechte. Sie sei der Ansicht, dass es Ziel der Aufnahme die Vereinfachung der Vermögensverwaltung sei, welche durch den Gleichlauf zwischen Güter- und Erbstatut entstände. Darüber hinaus sieht *Stoltenberg* voraus, dass durch die Aufnahme des Güterstatuts

---

<sup>266</sup> STOLTENBERG, P. T., *Die Parteiautonomie im europäischen Erbrecht (Schriften der Deutsch-Spanischen Juristenvereinigung, Band 52)*. Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften 2019, S. 309.

<sup>267</sup> DNotI., *Rechtsvergleichende Studie der erbrechtlichen Regelungen des Internationalen Verfahrensrechtes und Internationalen Privatrechts der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union, Studie für die Europäische Kommission, Generaldirektion Justiz und Inneres*, 2002, S. 271.

<sup>268</sup> EP, *Stellungnahme zum Vorschlag für eine Europäische Erbrechtsverordnung Version 2009/157 (COD)* vom 16.1.2012. [Europarl.europa.eu](http://Europarl.europa.eu), S. 31-32.

die Verteilungs- und Anpassungsprobleme vermieden werden könnten, zu denen es andernfalls leicht durch eine unkoordinierte Anknüpfung zwischen beiden Statuten kommen könne.<sup>269</sup>

Das Deutsche Notarinstitut verbandete mit einer solchen Möglichkeit gewisse Unsicherheiten. Zweifelhaft gerade in internationalen Ehen erschien dem Notarinstitut zum einen die Feststellung, wo sich der erste gemeinsame Ehemohnsitz befunden hatte. Außerdem stoße die ehgüterrechtliche Anknüpfung auf Schwierigkeiten, wenn die Verlobten bzw. Eheleute keinen gemeinsamen Ehemohnsitz begründet hatten. Diese Anknüpfungsschwächen würden auf die erbrechtliche Anknüpfung übertragen, wenn ein Erblasser das Ehgüter- zum Erbstatut wählte. Zum anderen sei es im Interesse des Erblassers möglichst stabile Anknüpfungspunkte für erbrechtliche Anknüpfung zu verlangen. Nicht zuletzt war das Deutsche Notarinstitut der Ansicht, dass es nur ein geringes praktisches Bedürfnis für eine solche Wahlmöglichkeit gäbe. Denn, ein Testator hätte nach dem Vorschlag aus 2002 im wesentlichen auf das Recht der gemeinsamen Staatsangehörigkeit zum Zeitpunkt der Eheschließung oder auf das Recht des ersten Ehemohnsitzes bzw. ersten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts zurückgreifen können, ihm war eine erbrechtliche Wahl zugunsten des zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung maßgebenden Heimat- bzw. Aufenthaltsrecht gestattet.<sup>270</sup> In Katalog an wählbaren Rechten wurde aber keine Wahl zugunsten des zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung maßgebenden Heimat- bzw. Aufenthaltsrecht aufgenommen. Damit scheidet es an der Begründung des Deutschen Notarinstituts, warum die Rechtswahl am Güterstatut keinen Bedarf hat.

Auch der Deutsche Richterbund sah die Wahl des Güterrechtsstatuts als maßgebliche Rechtsordnung/Erbstatut eher mit Skepsis an. Laut seiner Stellungnahme aus dem Jahr 2005 könne es nach verschiedenen Rechtsordnungen zu sehr unterschiedlichen Anknüpfungspunkten kommen und es würde dann sehr unklar, welches Recht für den Erbfall gelten würde.<sup>271</sup>

---

<sup>269</sup> STOLTENBERG, P. T., *Die Parteiautonomie im europäischen Erbrecht (Schriften der Deutsch-Spanischen Juristenvereinigung, Band 52)*, Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften 2019, S. 167-168.

<sup>270</sup> DNotl., Rechtsvergleichende Studie der erbrechtlichen Regelungen des Internationalen Verfahrensrechtes und Internationalen Privatrechts der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union, Studie für die Europäische Kommission, Generaldirektion Justiz und Inneres, 2002, S. 271.

<sup>271</sup> Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Grünbuch der Kommission der Europäischen Gemeinschaften zum Erb- und Testamentsrecht KOM(2005)65 endg.; Ratsdok. 7027/05, vom 30. Juni 2005. Deutscher Richterbund (DRB).

In dieser Arbeit wird die Ansicht vertreten, dass die Aufnahme des Güterstatuts als wählbares Recht die Vermögensverwaltung allgemein vereinfachen würde. Dem europäischen Verordnungsgeber wird aus diesem Grund empfohlen de lege ferenda eine Rechtswahl des Güterstatuts zuzulassen, solange der Güterstand im Zeitpunkt des Todes noch nicht durch Scheidung o.ä. aufgelöst ist.

#### **7.4. Das Belegenheitsstatut - die lex rei sitae der Immobilie**

Als weiteren Anknüpfungsmoment für die Rechtswahl wird das Belegenheitsstatut vorgeschlagen, so empfahl z.B. das Max-Planck-Institut im 2010 für Grundstücke das Recht am Ort der Belegenheit des Grundstücks zu wählen:

*“The testator should be able to choose different laws for different parts of the estate. In the absence of a choice of law the Commission’s Proposal – as well as the Institute’s Proposal – adhere to a monist approach and use a single connecting factor: one law applies to the succession to the entire estate. And there are sound reasons for the monist approach which preserves the unity of the estate and, thereby, protects the consistency of the testator’s dispositions. If the testators themselves, however, wish to designate different succession laws for different parts of their estates they need not be protected and should have that choice.”<sup>272</sup>*

Das Institut begründet diesen Vorschlag dadurch, dass es die Verwaltung des Nachlasses vereinfachen würde, wenn das gewählte Recht mit dem Recht der lex rei sitae synchronisiert wird. Allerdings bemerkt das Institut, dass dies zu einer Nachlassspaltung führen könnte, bei der für verschiedene Teile des Nachlasses unterschiedliche Gesetze Geltung finden. Es wird jedoch die Ansicht vertreten, dass obwohl es Ziel der Verordnung sei, eine solche Zersplitterung im Allgemeinen zu vermeiden, solle jedoch diese Wahl respektiert werden, wenn der Erblasser freiwillig eine Spaltung herbeiführe. Relevant scheint dem Institut diese Regelung insbesondere für Immobilien zu sein, die außerhalb der Europäischen Union belegen sind.<sup>273</sup>

---

<sup>272</sup> Max Planck Institute for Comparative and International Private Law. (2010, 26. Mai). 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. European Parliament. S. 69.

<sup>273</sup> Max Planck Institute for Comparative and International Private Law. (2010, 26. Mai). Comments on the European Commission’s Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable

Auch *Dutta* war dafür, dem Erblasser die *lex rei sitae* Wahl zu ermöglichen. Sein Vorschlag begründete er neben Legislative einiger Mitgliedstaaten mit dem Haager Erbrechtsübereinkommen, welches eine monistische *lex rei sitae* Wahl zulässt und sie auf die Gesamtheit des Nachlasses ausdehnt. *Dutta* ist der Ansicht, dass Ziel einer monistischer Regelung in erster Linie nicht darauf zielt, den Schutz der Interessen des Verstorbenen und seiner Nachlassplanung zu gewährleisten, sondern weil sonst die gesetzgeberische Entscheidung für ein monistisches System geschwächt würde. Allerdings legt er Wert darauf, dass sich der Verstorbene bewusst wäre, dass bei einer *lex rei sitae* Wahl unterschiedliche Gesetze gelten werden, denn er diese Situation freiwillig herbeigeführt hat. Es gibt keinen Grund Entscheidung des Erblassers nicht zu akzeptieren, zumal wenn es in manchen Fällen wie etwa im Verhältnis zu Drittstaaten gute Gründe für eine dualistische Rechtswahl geben kann, um die Verwaltung und Abwicklung des Nachlasses zu erleichtern. Deswegen spricht sich *Dutta* in diesem Zusammenhang eindeutig dafür aus, dass - ausgehend aus dem Haager Erbrechtsübereinkommen - eine Rechtswahl für den gesamten Nachlass gelten solle, es sei denn, ein eindeutiger gegenteiliger Wille des Erblassers nachgewiesen werden könne.<sup>274</sup>

Auch der Deutsche Richterbund hat sich in dieser Hinsicht zur *lex rei sitae* Wahl geäußert. Anknüpfungspunkte wie etwa Staatsangehörigkeit, Wohnsitz, Aufenthaltsort und ggf. Schwerpunkt der vorhandenen Vermögenswerte hielt er für angemessen und befürwortete eine Wahlfreiheit in diesem Rahmen. In seiner Stellungnahme hat er jedoch deutlich zum Ausdruck gebracht, dass die Aufnahme der *lex rei sitae* Anknüpfung als dualistische Regelung nicht unterstützt wird, weil ihm "im Ergebnis wünschenswert erscheine, dass der gesamte Erbfall mit allen davon betroffenen Vermögensgegenständen einem einheitlichen Recht unterworfen sei. Anderenfalls träte zunächst für den - zukünftigen - Erblasser etwa bei der Abfassung des Testaments die Notwendigkeit auf, sich nicht nur mit dem für ihn - etwa nach der Staatsangehörigkeit oder nach dem Wohnsitz - geltenden Erbrecht, sondern auch mit dem Erbrecht eines Staates auseinander zu setzen, in welchem er über Grundbesitz verfüge."

---

law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession. European Parliament. S. 71.

<sup>274</sup> DUTTA, A. *Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation*. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht/ The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 2009, Bd. 74, S. 577-578.

Darüber hinaus verbindete der Deutsche Richterbund mit einer dualistischen *lex rei sitae* Anknüpfung Schwierigkeiten hinsichtlich einer Abwicklung von Erbfällen. Denn, für Erben erscheint es erheblich leichter, wenn auf alle Fragen eines Nachlasses eine einheitliche Rechtsordnung Anwendung findet.<sup>275</sup>

Gegen eine *lex rei sitae* Wahl ist das Deutsche Notarinstitut, welches in seiner Studie aus dem Jahr 2002 nicht empfahl, eine Wahl der *lex rei sitae* für Grundvermögen im allgemeinen oder - wie im deutschen Recht - nur für inländische Grundstücke zuzulassen. So einer Wahlmöglichkeit wäre nach dem Deutschen Notarinstitut in Widerspruch zu der vorgeschlagenen einheitlichen objektiven Anknüpfung. Außerdem befürchtete das Institut, dass eine *lex rei sitae* Wahl Nachteile der Nachlassspaltung im Bereich der subjektiven Anknüpfung einführen würde, wie etwa Komplizierung der Nachlassabwicklung, doppelte oder vielfache Rechtsermittlung, ggf. Definitionsprobleme bei der Abgrenzung von beweglichem und unbeweglichem Vermögen, Anpassungsprobleme bei teilnachlassübergreifenden Fragestellungen.<sup>276</sup>

Diese Arbeit vertritt die Ansicht, dass eine Rechtswahl zugunsten der *lex rei sitae* zugelassen werden soll selbst wenn sie zu einer dualistischen Regelung herbeiführen würde. In dieser Hinsicht wird insbesondere *Duttas* Argument hervorhebt, dass sich der Verstorbene wohl sehr gut bewusst sei, dass seine Wahl unterschiedliche Gesetze zur Geltung beruft und dass er diese Situation möglicherweise sogar beabsichtige.<sup>277</sup>

De lege ferenda wäre eine Erweiterung der Rechtswahl zugunsten der einzelnen Nachlassgegenstände zu begrüßen. Selbst wenn dies zu einer Nachlassspaltung führen könnte und für verschiedene Teile des Nachlasses unterschiedliche Gesetze gelten würden, sollte dem Erblasser eine Teilrechtswahl ermöglicht werden.

---

<sup>275</sup> Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Grünbuch der Kommission der Europäischen Gemeinschaften zum Erb- und Testamentsrecht KOM(2005)65 endg.; Ratsdok. 7027/05, vom 30. Juni 2005. Deutscher Richterbund (DRB).

<sup>276</sup> DNotl., Rechtsvergleichende Studie der erbrechtlichen Regelungen des Internationalen Verfahrensrechtes und Internationalen Privatrechts der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union, Studie für die Europäische Kommission, Generaldirektion Justiz und Inneres, 2002, S. 268.

<sup>277</sup> DUTTA, A. *Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation*. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht/ The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 2009, Bd. 74, S. 577-578.

## 7.5. Andere Anknüpfungspunkte

Es können noch weitere Anknüpfungspunkte einer Rechtswahl in Betracht gezogen werden. In diese Hinsicht wird hier an der Stelle an *Stoltenberg* gestützt. Die Autorin geht von den Autoren Dutta, Wachter, Basedow und Carrascosa González aus und fasst in ihrer Dissertation gut überschaubar zusammen, um welche von den anderen in Betracht kommenden Anknüpfungspunkten die Rechtswahl zukünftig noch erweitert werden könnte, wie etwa

- das Recht des Staates, in dem Erblasser eine Gesellschaft oder ein Recht an geistigem Eigentum besitzt
- das Recht des Staates, in dem sich Erben und Vermächtnisnehmer des Erblassers gewöhnlich aufhalten
- das Recht des Staates, in dem der Erblasser seinen steuerlichen Wohnsitz hat
- das Recht des Staates, in dem der Erblasser seinen schlichten Aufenthalt begündet oder
- das Recht des Staates, in dem sich das domicile im angelsächsischen Sinne des Erblassers befindet.<sup>278</sup>

## 7.6. Fazit

Basierend auf der vorgenommenen tiefgehenden Analyse in diesem Kapitel kann folgender Schluss gezogen werden. Es hat sich gezeigt, dass es plausibel ist, den Katalog an wählbaren Rechten zu erweitern und dadurch dem Erblasser mehr Parteiautonomie zu gewährleisten ohne die Rechte der Pflichtteilsberechtigten unangemessen zu benachteiligen.

Mehrere Gründe sprechen dafür, den Katalog an wählbaren Rechten neu und großzügiger zu erfassen. Erstens ist es alleine schon die Tatsache, dass es dem Prinzip der

---

<sup>278</sup> STOLTENBERG, P. T., *Die Parteiautonomie im europäischen Erbrecht (Schriften der Deutsch-Spanischen Juristenvereinigung, Band 52)*. Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften 2019, S. 170-172.

Parteiautonomie bzw. Testierfreiheit mehr Freiraum eingeräumt werden sollte. Der Erblasser sollte in seiner Verfügung von Todes wegen so wenig wie möglich beschränkt werden. Alleine aus dem Grund, dass wir uns Privatrecht befinden, sollte ihm eine breitere Skala an Anknüpfungen freigeräumt werden. Zweitens schützt die explizite und beschränkte Aufzählung die Interessen aller potenziellen Pflichtteilsberechtigten, indem die Rechtswahlmöglichkeiten des Erblassers absehbar sind. Drittens werden die Pflichtteilsansprüche durch die Korrektur im Endergebnis durch den ordre public Vorbehalt garantiert.

Die Analyse hat in vielen Punkten gezeigt, dass es eine allgemeine Tendenz zur Ausweitung der Rechtswahlfreiheit in der EuErbVO vor Inkrafttreten der EuErbVO gab und die Palette an wählbaren Rechten wurde viel diskutiert.

In dieser Arbeit wurden Vorschläge zur Erweiterung der Anknüpfungspunkte der Rechtswahlmöglichkeit berücksichtigt, die dem Prinzip der engsten Verbindung entsprechen und das Prinzip der Parteiautonomie reflektieren. Die Rechtswahl ist in der Verordnung stark begrenzt und obwohl präsentiert wird, dass ein vernünftiger Kompromiss hier erreicht wurde<sup>279</sup>, ist eine weitergehende Rechtswahl vorstellbar. Es bietet sich eine vielfältige Skala, je nachdem wie offen und liberal man die Problematik neu auffasst. Zukünftig lässt sich dem Gesetzgeber empfehlen, den Art. 22 Abs. 1 wie folgt zu erweitern:

*(1) Eine Person kann für die Rechtsnachfolge von Todes wegen*

- a) das Recht des Staates wählen, dem sie im Zeitpunkt vor der Rechtswahl angehörte oder*
- b) das Recht des Staates wählen, dem sie im Zeitpunkt der Rechtswahl oder im Zeitpunkt ihres Todes angehört oder*
- c) das Recht des Staates wählen, in dem der Erblasser im Zeitpunkt der Rechtswahl seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte oder*
- d) das Recht des Staates wählen, in dem der Erblasser vor dem Zeitpunkt der Rechtswahl seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte oder*
- e) das Recht des Staates wählen, in dem der Erblasser nach dem Zeitpunkt der Rechtswahl seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte oder*

---

<sup>279</sup> CORNELOUP, S., *Grundlagen der Rechtswahl im Familien- und Erbrecht*, in: ROTH, A. (Hrsg.), *Die Wahl ausländischen Rechts im Familien- und Erbrecht*, Band 39, 1. Aufl., Baden-Baden, 2013, S. 27.

- f) *das Recht des Staates wählen, in dem der Erblasser im Zeitpunkt der Rechtswahl seinen Wohnsitz hatte oder*
- g) *das Recht des Staates wählen, dem der Ehegüterstatus des Nachlassvermögens unterliegt oder*
- h) *das Recht des Staates wählen, in dem sich das unbewegliche Vermögen befindet oder*
- i) *der religiösen Rechtsordnung, die der Erblasser erachtet.*

Abschließend wird vereinzelt für weitere Rechtswahlmöglichkeiten plädiert. Sehr bedauernd wird empfunden, dass die EuErbVO dem Erblasser nicht ermöglicht, das Recht seines gegenwärtigen gewöhnlichen Aufenthalts zu wählen. Zu der aktuellen Auffassung, warum der ErwGr 38 nicht plausibel ist, äußert sich sehr zutreffend *Sonnentag*, dass *“das Argument des Gesetzgebers gemäß Erwägungsgrund 38 nicht überzeugend sei, da dieses Argument bereits gegen die objektive Anknüpfung an das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes spreche. Warum die Interessen der Pflichtteilsberechtigten zwar in dem Fall schützenswert sein sollen, in dem das gewöhnliche Aufenthaltsrecht objektives Vertragsstatut sein solle, aber nicht im Fall der Wahl des gewöhnlichen Aufenthaltsrechts, leuchtet jedenfalls nicht ein. Daher solle der europäische Gesetzgeber de lege ferenda zur Gewährleistung von Rechtssicherheit auch die Möglichkeit der Wahl des an dem gewöhnlichen Aufenthaltsort zum Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung von Todes wegen geltenden Rechts einführen, ohne dass diese Rechtswahl ihre Wirkung verliere, sofern der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt später wieder aufgäbe. Auf diese Weise würde dem Interesse des Erblassers, seinem Willen zur Geltung zu verhelfen, am ehesten Wirkung verliehen.”*<sup>280</sup>

Überdies sollte insbesondere auch die Rechtswahlmöglichkeit der alten Staatsangehörigkeit dem Erblasser offen gelassen werden. Denn, die Möglichkeit einer bloßen Umdatierung der Rechtswahl in der Form von einer Verfügung von Todes wegen scheint kein großes Hindernis zu sein, um das gewünschte Ergebnis zu erzielen.

---

<sup>280</sup> SONNENTAG in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, *online jurisPK-BGB*, 9. Aufl., Art. 22 EuErbVO, Rn. 18. (Stand: 01.03.2020)

## 8. Zusammenfassung

In dieser Arbeit wurde die Ansicht vertreten, dass der Wille des Erblassers zu respektieren ist und ihm möglich sein sollte, seinen Nachlass ganz selbständig zu regeln. Auf Kollisionsrechtsebene sollten die Regelungen auf den Erblasser zugeschnitten sein. Am Anfang dieser Arbeit wurde die Frage gestellt, **welche Gestaltungsmöglichkeiten der Rechtswahl das Prinzip der Testierfreiheit besser reflektieren würden. Es wurden drei unterschiedliche Gestaltungsmöglichkeiten der Rechtswahl vorgestellt, welche eine mehr testierfreiheit-orientierte Rechtswahl darstellen und gleichzeitig auch die Pflichtteilsberechtigten in Betracht ziehen.**

Im Bezug auf das Verhältnis der führenden Grundsätze wurde auch deswegen zum Anfang dieser Arbeit der Fokus auf das Prinzip der Parteiautonomie, das für die Rechtswahl maßgebend ist. Die Parteiautonomie leidet unter der aktuellen Rechtslage unangemessen. Die gesamte Analyse hat gezeigt, dass die Parteiautonomie eigentlich hauptsächlich nur aufgrund vom Schutz der Pflichtteilsberechtigten so stark reguliert wird. Es hat sich in dieser Arbeit erwiesen, dass die Gründe die sich für Einschränkung der Testierfreiheit zugunsten des Pflichtteilsrechts als maßgeblich ergeben haben, aus heutiger Sicht längst überwunden sind.

Es sollte nicht vergessen werden, dass es in gewisser Weise bei der Rechtswahl im internationalen Erbrecht um das Selbstbestimmungsrecht des Erblassers geht, der seinen Nachlass regeln will. Sein Selbstbestimmungsrecht wird nicht unendlich, es wird durch die Begrenzung der Rechtswahlmöglichkeiten zum Schutze Dritter oder der öffentlichen Ordnung eingeschränkt.<sup>281</sup> Mit Einführung einer Rechtswahl verliert der Staat nämlich die Ermächtigung seine zwingenden Bestimmungen durchzusetzen und ermöglicht einer fremden Jurisdiktion ihre Wirkungen auf seinem Gebiet zu entstehen. Das kann Probleme mit sich bringen.<sup>282</sup> **Jedoch gibt es neben dem Selbstbestimmungsrecht noch andere Gründe, die für die Einführung einer Rechtswahl sprechen, wie etwa Rechtssicherheit oder marktorientierte Gründe.**<sup>283</sup> Vorteile

---

<sup>281</sup> SPICKHOFF, A., *Einführung in die Thematik*, In: Spickhoff, A. (Hrsg.), *Symposium Parteiautonomie im Europäischen Internationalen Privatrecht*, Bonn, 2013, S.5-6.

<sup>282</sup> ROTH, A., *Die Wahl ausländischen Rechts im Familien- und Erbrecht*, Band 39, Baden-Baden, 2013, S. 26-27.

<sup>283</sup> ROTH, A., *Die Wahl ausländischen Rechts im Familien- und Erbrecht*, Band 39, Baden-Baden, 2013, S. 18.

einer Rechtswahl liegen vor allem darin, dass sie Klarheit über das anzuwendende Recht schaffen, die Unsicherheit beseitigen, Rechtsermittlungskosten sparen können, dokumentiert und damit auch zugänglich sind. Als konsentiertes Rechtsgeschäft sorgt sie für Akzeptanz und dient den Interessen des Erblassers.<sup>284</sup> Die Bedeutung der Rechtswahl für den Erblasser ist mehr als offensichtlich, nur muss sich der Staat daneben mit anderen Interessen auseinandersetzen und eine akzeptierbare Lösung finden, die den anderen Grundwerten und sozialen Interessen der Gesellschaft entspricht. Deswegen stand das Verhältnis im Vordergrund dieser Arbeit.

**Diese Arbeit hat sich deswegen zum Ziel genommen, nach neuen Gestaltungsmöglichkeiten zu suchen, die das Verhältnis am besten reflektieren würden.**

Die erste Gestaltungsmöglichkeit geht von einer freien Rechtswahl aus und stellt dem Erblasser jede Rechtsordnung der Welt offen, wenn eine objektive Verbindung zwischen dem gewählten Recht und Erblasser bzw. seinem Nachlass festgestellt wird. Mit der ersten Variante würde der Erblasser über beinahe uneingeschränkte Rechtswahlfreiheit verfügen. Diese Gestaltungsmöglichkeit stellt die liberalste Fassung der Rechtswahl in dieser Arbeit dar. Allerdings und sehr wahrscheinlich würde ihr in diesem Rahmen in der absehbaren Zukunft nicht stattgegeben, wie auch *Dutta* zutreffend anmerkt:

*“The arguments in favour of a freedom of choice do, in principle, not justify any limits on the freedom of choice as to the eligible laws. However, a comparative survey, the reactions to the Commission's plans and the Discussion Paper show that the time for a total freedom of choice of law in successions has not yet arrived.”*<sup>285</sup>

Deswegen wurde ein Bremsmechanismus formuliert, der die Pflichtteilsberechtigten bedenkt, damit die Gestaltungsmöglichkeit auch eine Chance hätte angenommen zu werden. Um sicherzustellen, dass die Pflichtteilsberechtigten nicht umgegangen werden, wird ein Bremsmechanismus definiert. So müssten die Pflichtteilsberechtigten der Rechtswahl entweder zustimmen oder gegen sie dann später einen Einspruch einlegen.

Die zweite Gestaltungsmöglichkeit beruht auf der aktuellen Fassung der beschränkten Rechtswahl. Es wurde der Gedanke erläutert, dass keine zusätzliche Beschränkung im Sinne des

---

<sup>284</sup> BAR, C.V./MANKOWSKI, P., *Internationales Privatrecht*, Band I, 2. Aufl., München, 2003, S. 597-598.

<sup>285</sup> DUTTA, A. *Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation*. *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht/ The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 2009, Bd. 74, S. 576.

ordre public Vorbehalts notwendig ist. Denn die Rechtswahl des Staatsangehörigkeitsrechts stellt keine unabsehbare Folgen dar. Die Rechte die dem Erblasser für seine Wahl zur Verfügung stehen, sind mehr als vorhersehbar. In diesem Sinne ist die aktuelle ordre public Klausel überschüssig und sollte abgeschafft werden. Diese zweite Gestaltungsmöglichkeit stellt an sich keine erhebliche Änderung der Rechtslage dar, allerdings würde der Ausschluss des orde public Klausels mehr testierfreie Rechtswahl bewirken, in dem die zusätzliche Beschränkung des ordre public ausfällt.

Die dritte Gestaltungsmöglichkeit geht davon aus, den jetzigen geschlossenen Katalog in Art. 22 Abs. 1 EuErbVO aufzulockern, um ein breites Spektrum von Rechtsordnungen neu zu erfassen, weil sich die aktuelle Fassung als sehr beschränkt herauskristallisierte. Es wurden diverse Stellungnahmen und Autoren aus der Fachliteratur zitiert, die sich für weitere Anknüpfungspunkte der Rechtswahl einsetzen. In dieser Arbeit wurden nur die Anknüpfungspunkte ausgewählt, die entweder zum Erblasser oder seinem Nachlass eine enge und wesentliche Verbindung aufweisen und für die in der Fachliteratur häufig plädiert wird.

Es ist deutlich zum Vorschein gebracht worden, dass die hier vorgeschlagenen Gestaltungsmöglichkeiten eine stärkere Parteiautonomie in der EuErbVO verwirklichen, mit Interessen des Staates und Dritter konform sind und keine unvorsehbare Konsequenzen vorstellen.

Würde einem meiner Vorschläge der Gestaltungsmöglichkeiten im Rahmen einer künftigen Novellierung der EuErbVO stattgegeben werden, so würde das Selbstbestimmungsrecht der Menschen im Bereich des Erbrechts respektiert. Schließlich sollte es die Freiheit des Individuums sein, die im erbrechtlichen Mittelpunkt steht.

Resümierend hat diese Arbeit aufgeklärt, dass das Prinzip der Parteiautonomie zwar nach wie vor mit anderen führenden Prinzipien des klassischen Erbrechts verglichen werden muss. Allerdings soll die Verordnung der Testierfreiheit des europäischen Erblassers beim Nachlassplanung mehr Platz bieten. Diese Arbeit sollte etwas Licht auf die Thematik der erbrechtlichen Parteiautonomie werfen und zum Schluss wird deswegen noch folgende These formuliert: Es ist die Person des Erblassers, der genügend Spielraum bei seiner Entscheidung

eingräumt werden soll, welches Erbstatut auf seine Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwenden ist.

## Literaturverzeichnis

### Kommentare und Lehrbücher:

BAR, C.V./MANKOWSKI, P., *Internationales Privatrecht*, Band. II: Besonderer Teil, 2. Aufl., Beck C. H., 2019, S. 1099.

BAR, C.V./MANKOWSKI, P., *Internationales Privatrecht*, Band I, 2. Aufl., München 2003, S. 745.

*BeckOGK zum Zivilrecht*, von beck-online

*BeckOK BGB/Lorenz*, 53. Ed. zuletzt abgerufen 1.2.2020, von beck-online

BROSCH, M. (2019). *Rechtswahl und Gerichtsstandsvereinbarung im internationalen Familien- und Erbrecht der EU (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Band 412)* (1. Aufl.). Mohr Siebeck. S. 288.

BROX, H./WALKER, W-D., *Allgemeiner Teil des BGB*, 36. Auflage, München 2012, S. 379.

Burandt/Rojahn/Burandt/Schmuck, *Erbrecht*, 3. Aufl., 2019 Rn. 1, S. 2050.

DEIXLER-HÜBNER, A./SCHAUER, M., *Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung*, 1. Aufl., Baden-Baden 2015, S. 738.

Gierl/Köhler/Kroiß/Wilsch, *Internationales Privatrecht*, Baden-Baden, 2015, S. 336.

Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, *online jurisPK-BGB*, 9. Aufl., (Stand: 01.03.2020)

HÜBTEGE/MANSEL, *BGB, Rom-Verordnungen - EuErbVO - HUP*, 3. Aufl., 2019, S.1571.

JAUERNIG/STÜRNER, *Bürgerliches Gesetzbuch: mit Rom-I-, Rom-II-VO, EuUnthVO/HUntProt und EuErbVO*, 17. Aufl., 2018

KROPHOLLER, J., *Internationales Privatrecht*, 6. Aufl., Tübingen 2006, S. 742.

LOOSCHELDERS, D., *Internationales Privatrecht — Art. 3–46 EGBGB*. Springer 2003, S. 693.

Löhnig/Schwab/Henrich/Gottwald/Grziwotz/Reimann/Dutta(Hrsg.), *Erbfälle unter Geltung der Europäischen Erbrechtsverordnung*, Band 15, Bielefeld 2014, S. 182.

*Münchener Kommentar zum BGB*, C.H.Beck, 6. Auflage, 2015, beck-online.

*Münchener Kommentar zum BGB*, C.H.Beck, 7. Auflage, 2018, beck-online.

*Münchener Kommentar zum BGB*, C.H.Beck, 8. Auflage, 2020, beck-online.

PALANDT/THORN, *BGB*, 73. Aufl., München 2013, S. 3100.

RAUSCHER, T., *Internationales Privatrecht: Mit internationalem Verfahrensrecht*, 4. Aufl., C.F. Müller 2012, S. 618.

### **Monografien:**

BECKERT, J., *Unverdientes Vermögen: Soziologie des Erbrechts*. Campus Verlag GmbH, 2004, S. 424.

GEIMER, R., *Die europäische Erbrechtsverordnung im Überblick*, in: Hager, Johannes, *Die neue europäische Erbrechtsverordnung*, 1. Auflage, Baden-Baden 2013, S. 65.

GREESKE, M., *Die Kollisionsnormen der neuen EU-Erbrechtsverordnung*, Frankfurt am Main 2014, S. 220.

HARTENSTEIN, O., *Die Privatautonomie im Internationalen Privatrecht als Störung des europäischen Entscheidungsinflangs*, 1. Aufl., Tübingen 2000, S. 161.

HÖRDY, M., *Pflichtteilsrecht und EU-ErbVO*. Frank & Timme, 2019, S. 476.

KRÄNZLE, M., *Heimat als Rechtsbegriff?*, Tübingen, 2014, S. 313.

KROLL-LUDWIG, K., *DIE ROLLE DER PARTEIAUTONOMIE IM EUROPÄISCHEN KOLLISIONSRECHT*, 1. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, S. 668.

KROPHOLLER, J., *INTERNATIONALES PRIVATRECHT*, 6. Aufl., Tübingen 2006, S. 742.

LECHNER, K.. (2015). *EU Parlament, Generaldirektion interne Politikbereichfachabteilung C:bürgerrechte und konstitutionelle Angelegenheitenrechts-und parlamentarische Angelegenheiten, Verordnung (EU) Nr. 650/2012 über Erbsachen und die Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, Eingehende Analyse*. S. 38. Zuletzt abgerufen am 8. Mai 2022 von [https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/98655/IPOL\\_STU\(2015\)510003\\_DE.pdf](https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/98655/IPOL_STU(2015)510003_DE.pdf)

LEIN, E., *A Further Step Towards a European Code of Private International Law: The Commission Proposal for a Regulation on Succession* in: Bonomi, A. & Volken, P., *Yearbook of Private International Law*, Volume XI, 5. Auflage, 2009, S.634.

MERTENS, H.-G., *Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht (Münsterische Beiträge Zur Rechts- Und Staatswissenschaft)*. 1. Aufl., Walter De Gruyter, 1970, Berlin, S. 168.

NISHITANI, Y., *Mancini und die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht*, 1. Aufl., Heidelberg 1997, S. 536.

OSTERLOH-KONRAD, CH./ BECK, E.M., *Unternehmensnachfolge*, Springer-Verlag GmbH, 2009, S. 184.

PIKETTY, T., *Das Kapital im 21. Jahrhundert*, Beck, München 2014, S. 817.

RAUSCHER, T., *Internationales Privatrecht: Mit internationalem Verfahrensrecht*, 4. Aufl., C.F. Müller 2012, S. 618.

Reichelt/Rechberger/Walter, *Europäisches Erbrecht*, Jan Sramek Verlag KG 2011, S. 128.

RIESENHUBER, K./NISHITANI, Y., *Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie? Deutsch-japanische Perspektiven des Vertragsrechts*, 1. Aufl., Berlin 2007, S.336.

ROTH, A., *Die Wahl ausländischen Rechts im Familien- und Erbrecht*, Band 39, Baden-Baden 2013, S. 90.

SOUTIER, M. (2015). *Die Geltung deutscher Rechtsgrundsätze im Anwendungsbereich der Europäischen Erbrechtsverordnung* (Schriftenreihe der notarrechtlichen Vereinigung (NotRV)) (1. Aufl.), Köln, 2015, S. 374.

SPICKHOFF, A., *Einführung in die Thematik*, In: Andreas Spickhoff (Hrsg.), *Symposium Parteiautonomie im Europäischen Internationalen Privatrecht*, Band 1, Bonn, 2013, S. 148.

STOLTENBERG, P. T. (2019). *Die Parteiautonomie im europäischen Erbrecht (Schriften der Deutsch-Spanischen Juristenvereinigung, Band 52)*. Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften, S.398.

TRULSEN, M., *Pflichtteilsrecht und englische family provision im Vergleich*. Mohr Siebeck 2004. S. 205.

VOGELER, A., *Die freie Rechtswahl im Kollisionsrecht der außervertraglichen Schuldverhältnisse*, Tübingen 2013, S. 470.

## **Aufsätze:**

AYAZI, K. *Das deutsche Pflichtteilsrecht und der ordre public-Vorbehalt des Art. 35 EuErbVO am Beispiel eines deutsch-südafrikanischen Erbfalls*. NJOZ 2018, Heft 28, S.1041ff.

BASEDOW, J., *Thesen zur Reform des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*. Rabels Zeitschrift Für Ausländisches Und Internationales Privatrecht/The Rabel Journal of Comparative and International Private Law, vol. 44, no. 2, 1980, S. 344–66.

CACH, CH./WEBER, A., *Privatautonomie im Erbrecht*, ZfRV, 2013, S. 263 – 269.

DUTTA, A. *Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation*. Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht/ The Rabel Journal of Comparative and International Private Law, 2009, Bd. 74, S. 547-606.

EMMERICH, J., *Der gewöhnliche Aufenthalt als erbrechtliches und subjektives Merkmal – eine Untersuchung der Regelanknüpfung der EU-ErbVO*. ErbR, 122–130.

GEIMER, R., *Die europäische Erbrechtsverordnung im Überblick*, in: Hager, Johannes (Hrsg.), *Die neue europäische Erbrechtsverordnung*, Baden-Baden 2013, S. 9 – 38

HEINIG, J., *Rechtswahlen in Verfügungen von Todes wegen nach der EU-Erbrechts-Verordnung*, RNotZ, 2014, S. 197 – 229.

JANZEN, U., *Die EU-Erbrechtsverordnung*, DNotZ 2012, S. 484-493.

KINDLER, P., *Vom Staatsangehörigkeits- zum Domizilprinzip: das künftige internationale Erbrecht der Europäischen Union*, IPRax, 2010, S. 45 – 50.

KÜHNE, G., *Testierfreiheit und Rechtswahl im internationalen Erbrecht* in: JuristenZeitung , 28. Jahrg., Nr. 13, 1973, S. 403-407.

MANKOWSKI, P. (2020). *EuGH Urt. v. 16.7.2020 – C-80/19 Zu Auslegung und Anwendungsbereich der EU-ErbVO*. ErbR - Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis, Heft 10, S. 710-717.

ODERSKY, F., *Gewöhnlicher Aufenthalt bei Wegzug in Pflegeheim kurz vor dem Tod*. MittBayNot, 6/2017, S. 622-623.

SEIBL, M., *Objektive und subjektive Anknüpfungen im Internationalen Erbrecht: ein Vergleich der bisherigen Rechtslage und der ErbVO*, Spickhoff, A., *Symposium Parteiautonomie im Europäischen Internationalen Privatrecht*, Band 1, Bonn 2014, S. 123 – 143

SPICKHOFF, A., *Symposium Parteiautonomie im Europäischen Internationalen Privatrecht*, Band 1, Bonn 2014, S. 5 – 8.

STEINMETZ, A., *EuErbVO: Beibehaltung des letzten gewöhnlichen Aufenthalts ohne Unterkunft im Herkunftsstaat? – Überlegungen zur Maßgeblichkeit des Erblasserwillens und zum „Mallorca-Rentner“*. ZEV 2018, S.317-320.

Steinmetz, A./Löber, J./Alcáza, R. G., *Die EuErbVO und ihre Anwendbarkeit in Mehrrechtsstaat Spanien*, ZEV, 2013, S. 535 – 539.

STÜRNER M., *Die Bedeutung des ordre public in der EuErbVO*, Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union; Band 11, Heft 6, 2014, S. 317-325.

RASS-MASSON, L., *Ordre public und Pflichtteilsrecht in Frankreich*. ZEuP, 2019, 823-836.

STADE, S., *Pflichtteilsausschluss als Verstoß gegen den französischen ordre public international? Die französische Cour de cassation setzt deutliche Grenzen!* ZErB, 2/2018, S. 29–32.

WAGNER, R., *Aktuelle deutsche Rechtsprechung zur EuErbVO*. ZEV 2020, S. 204–209.

WAGNER, R., *Der Kommissionsvorschlag vom 14.10.2009 zum internationalen Erbrecht: Stand und Perspektiven des Gesetzgebungsverfahrens*, DNotZ 2010, S. 506 – 519.

Weller/Benz/Thomale: *Rechtsgeschäftsähnliche Parteiautonomie*, ZEuP 2017, S. 250-282.

WEBER/FRANCASTEL, *Der gewöhnliche Aufenthalt pflegebedürftiger Erblasser im Kontext von EuErbVO und FamFG*, DNotZ 2018, S. 163-176.

ZIMMERMANN, R., *Juristische Bücher des Jahres – Eine Leseempfehlung*, NJW 2013, S. 3414 - 3421.

#### **Entscheidungen, Gesetze, Verordnungen, Stellungnahmen:**

BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. April 2005 - 1 BvR 1644/00

Urteil des EuGH vom 16.7.2020, in der Rechtssache C-80/19

Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I)

Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“)

Verordnung(EU) Nr. 1259/2010 des Rates vom 20. Dezember 2010 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts

Max Planck Institute for Comparative and International Private Law. (2010, 26. Mai). 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. European Parliament. S. 155. Zuletzt abgerufen am 9. Mai 2022, von <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201005/20100526ATT75035/20100526ATT75035EN.pdf>

EP, Stellungnahme zum Vorschlag für eine Europäische Erbrechtsverordnung Version 2009/157 (COD) vom 16.1.2012. Europarl.europa.eu. Zuletzt abgerufen am 9. Mai 2022, von [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/de/document/IPOL-JURI\\_NT\(2012\)462430](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/de/document/IPOL-JURI_NT(2012)462430)

Protokoll über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht, vom 23. November 2007, online [aufzurufen](https://www.justiz.nrw.de/Bibliothek/ir_online_db/ir_htm/frame_protokoll_23112007.htm) unter [https://www.justiz.nrw.de/Bibliothek/ir\\_online\\_db/ir\\_htm/frame\\_protokoll\\_23112007.htm](https://www.justiz.nrw.de/Bibliothek/ir_online_db/ir_htm/frame_protokoll_23112007.htm).

Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) des Deutschen Bundestages, v. 16. Dezember 2009, Drucksache 17/270, S. 15. Online aufrufbar unter <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/002/1700270.pdf>

Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Grünbuch der Kommission der Europäischen Gemeinschaften zum Erb- und Testamentsrecht KOM(2005)65 endg.; Ratsdok. 7027/05, vom 30. Juni 2005. Deutscher Richterbund (DRB). Zuletzt abgerufen am 9. Mai 2022, von <https://www.drb.de/positionen/stellungnahmen/stellungnahme/news/1205>

Stellungnahme des Deutschen Notarverein vom 19.01.2010 zum Kommissionsvorschlag für eine Erbrechtsverordnung. Zuletzt abgerufen am 9. Mai 2022, von <https://www.dnotv.de/stellungnahmen/vorschlag-fuer-eine-verordnung-des-parlaments-und-des-rates-ueber-die-zustaendigkeit-das-anzuwendende-recht-die-erkennung-und-die-vollstreckung-von-entscheidungen-und-oeffentlichen-urkunden-in-erb/>

Stellungnahme Nr. 3/2010 des Deutschen Anwaltvereins durch den Erbrechtsausschuss zum Kommissionsvorschlag für eine Erbrechts-Verordnung vom 14.10.2009, Seite 7: durch den Erbrechtsausschuss. Zuletzt abgerufen am 9. Mai 2022, von [https://kipdf.com/stellungnahme-des-deutschen-anwaltvereins\\_5ac6da8e1723dd2441458594.html](https://kipdf.com/stellungnahme-des-deutschen-anwaltvereins_5ac6da8e1723dd2441458594.html)

DNotI., Rechtsvergleichende Studie der erbrechtlichen Regelungen des Internationalen Verfahrensrechtes und Internationalen Privatrechts der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union, Studie für die Europäische Kommission,

Generaldirektion Justiz und Inneres, 2002. Zuletzt abgerufen am 9. Mai 2022 von <http://docplayer.org/16348869-Dnoti-deutsches-notarinstitut-institut-notarial-allemand-german-notary-institute.html>

#### **Andere:**

Bundeszentrale für politische Bildung/bpb. (o.D.-a). Zahlen und Fakten: Globalisierung - Migration [Video]. Zuletzt abgerufen am 9. Mai 2022, von <http://www.bpb.de/mediathek/265432/zahlen-und-fakten-globalisierung-migration>

Mehrstaater – Wiktionary. (o. D.). Wikipedia. Abgerufen am 4. Februar 2021, von <https://de.wiktionary.org/wiki/Mehrstaater>

LORENZ, S. (2018). [Vorlesungsfolien], Vorlesung Internationales Privatrecht. [http://lorenz.userweb.mwn.de/lehre/ipr/iprfolien18\\_19.pdf](http://lorenz.userweb.mwn.de/lehre/ipr/iprfolien18_19.pdf)

KROPFENBERG, I., *Testierfreiheit – HWB-EuP 2009*. Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts. Zuletzt abgerufen am 9. Mai 2022, von <https://hwb-eup2009.mpipriv.de/index.php/Testierfreiheit>

Zwölftafelgesetz – Theoria Romana. Zuletzt abgerufen am 9. Mai 2022, von <https://imperium-romanum.info/wiki/index.php?title=Zw%C3%B6lftafelgesetz>

HORAK, O.. *Zamyšlení nad autonomií vůle a povinným dílem v novém občanském zákoníku*. Všeohr. Zuletzt abgerufen am 9. Mai 2022, von

[https://www.vsehrd.cz/clanek/zamysleni-nad-autonomii-vule-a-povinnym-dilem-v-novem-obcanskem-zakoniku\\_1f1a58aa-bce6-411c-be83-b523ee45b8b1](https://www.vsehrd.cz/clanek/zamysleni-nad-autonomii-vule-a-povinnym-dilem-v-novem-obcanskem-zakoniku_1f1a58aa-bce6-411c-be83-b523ee45b8b1)

JÜLICHER, M., *Handlungsbedarf aufgrund der neuen EU - Erbrechtsverordnung in der Praxis*.  
Zuletzt Abgerufen am 8. Mai 2022, von  
<https://www.iww.de/pistb/schwerpunktthema/internationales-erbrecht-handlungsbedarf-aufgr-und-der-neuen-eu-erbrechtsverordnung-in-der-praxis-f76543>

FUCHS, A., (2015, August 4). *The new EU Succession Regulation in a nutshell*. Zuletzt  
abgerufen am 8.5.2022 von  
[https://link.springer.com/article/10.1007/s12027-015-0391-2?error=cookies\\_not\\_supported&code=dd6423c4-c445-4e4b-9f63-2b2c093fbab8](https://link.springer.com/article/10.1007/s12027-015-0391-2?error=cookies_not_supported&code=dd6423c4-c445-4e4b-9f63-2b2c093fbab8)

LIIN, U., *Laws of Succession in Europe and Estonia: How We Got to Where We Are and Where We Should Be Heading*. *Juridica international*. Zuletzt abgerufen am 9. Mai 2022 von  
[https://www.juridicainternational.eu/article\\_full.php?uri=2001\\_VI\\_114\\_laws-of-succession-in-europe-and-estonia-how-we-got-to-where-we-are-and-where-we-should-be-heading](https://www.juridicainternational.eu/article_full.php?uri=2001_VI_114_laws-of-succession-in-europe-and-estonia-how-we-got-to-where-we-are-and-where-we-should-be-heading)

## **Abstrakt**

Tato práce zkoumá autonomii zůstavitele v oblasti evropského dědického práva a zaměřuje se na možnosti volby práva podle článku 22 Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 650/2012 ze dne 4. července 2012 o příslušnosti, rozhodném právu, uznávání a výkonu rozhodnutí a přijímání a výkonu veřejných listin v dědických věcech a o vytvoření evropského dědického osvědčení

Článek 22 umožňuje zůstaviteli pouze velmi omezenou možnost volby práva a nereflexuje dostatečně princip autonomie vůle zůstavitele při volbě dědice. Nařízení ve svém recitálu (38) preambule nařízení o dědictví argumentuje tím, že volba by měla být omezena na právo státu, jehož zůstavitel je státním příslušníkem, neboť je třeba zajistit vazbu mezi zůstavitelem a zvoleným právem a zamezit úmyslné volbě takového práva, jež zmaří legitimní očekávání osob s právem na povinný podíl. Práce vychází z analýzy současného právního stavu a snaží se prokázat, že autonomie vůle zůstavitele je aktuálně nepřiměřeně omezena a nepřípustnou měrou upřednostňuje zájmy nepominutelných dědiců.

Cílem práce je proto představení nového pojetí volby práva v oblasti Evropského dědického nařízení, které reflektuje jak zájmy zůstavitele, tak zájmy případných dědiců. Za tím účelem jsou prezentovány tři různé varianty pro možné rozšíření článku 22. První možností je volba práva ve prospěch jakéhokoliv právního řádu, k němuž lze prokázat objektivní vazbu a kde žádný z osob s právem na povinný podíl nevyužije brzdného mechanismu. Druhá varianta vychází ze současného právního stavu a zasazuje se o vyloučení ordre public klauzule v souvislosti s nároky nepominutelných dědiců. Poslední možnost volby práva pak představuje nově definovaný uzavřený katalog volitelných práv.

## **Abstract**

This thesis examines party autonomy in the area of European succession law under the European Succession Regulation. The focus is on the choice of law option under Article 22.

Article 22 allows the testator only a very limited choice of law and does not sufficiently reflect the principle of the testator's freedom. The Regulation argues in its Recital (38) that the

choice should be limited to the law of the State of which the testator is a national in order to ensure a connection between the deceased and the law chosen and to avoid a law being chosen with the intention of frustrating the legitimate expectations of persons entitled to a reserved share. The paper is based on an analysis of the current legal situation and shows that the autonomy of the parties is currently with no reason too limited and gives unacceptable priority to the interests of the beneficiaries of the compulsory portion.

The goal of the paper is therefore to introduce a new concept of choice of law in the field of the European Succession Regulation. For this reason, three different proposals for the extension of Article 22 are presented. The first option is a choice of law in favor of any jurisdiction to which an objective connection can be demonstrated and where none of the beneficiaries of the compulsory portion exercises a stopping mechanism. The second option lies in with the current legal situation and provides for a choice of law with exclusion of the ordre public clause for the right to the compulsory portion. The last option presents a closed catalog of eligible laws.

### **Seznam klíčových slov**

Autonomie vůle zůstavitele

Evropské dědické právo

Evropské nařízení o dědictví

Zůstavitel

Volba práva

Zásada svobody zůstavitele

Nepominutelný dědic

Obecné pravidlo

Kolizní norma

Hraniční určovatel

Ordre-public

Uzavřený katalog volitelných práv

### **List of keywords**

Party autonomy

European succession law

European Succession Regulation

Testator

Choice of law

Principle of the testator's freedom

Person entitled to a reserved share

Objective connection

Connecting factor

Ordre public clause

Closed catalog of eligible laws