

# Zur Interdependenz von IPR und IZVR bei der Schaffung eines europäischen Justizraums für grenzüberschreitende Nachlassangelegenheiten

*Prof. Ena-Marlis Bajons\*, Wien*

---

## **Inhaltsübersicht:**

- A) Die Vorschläge im Schlussbericht der EU-Studie "Erbrecht"
- B) Das projektierte Zusammenspiel von Gerichtszuständigkeit, Rechtszuständigkeit und Rechtswahl I. Gründe für das legitime Interesse der Mitgliedstaaten an der Aufrechterhaltung ihrer Regelungskompetenz II. Zur Wechselbezüglichkeit von Gerichts- und Rechtszuständigkeit 1. Der Anknüpfungspunkt für die Gerichtszuständigkeit 2. Der Anknüpfungspunkt für die Rechtszuständigkeit 3. Die eröffnete Disposition über das Erbstatut III. Nachlasseinheit und Nachlassspaltung 1. Sondererbfolge 2. Erblose Nachlässe 3. Verhältnis zu Drittstaaten
- C) Praktikabilität der projektierten Nachlassabwicklung in einem einzigen Staat 1. Tod des Erblassers auf der Durchreise 2. Gewöhnlicher Aufenthalt in zwei oder mehreren Staaten 3. Wahl eines vom letzten gewöhnlichen Aufenthalt abweichenden Erbrechts 4. Ausfolgungsverfahren für außer Landes befindliches bewegliches Vermögen 5. Fälle gesonderter Nachlassabwicklung im Belegenheitsstaat
- D) Alternativen zu den Vorschlägen der EU-Arbeitsgruppe
- E) Schlussbemerkung

## **A) Die Vorschläge im Schlussbericht der EU-Studie "Erbrecht"**

Mein Referat befasst sich mit den Vorschlägen, die im Ersten Teil ("Internationale Zuständigkeit") und im Dritten Teil ("Internationales Privatrecht") des Schlussberichtes zur EU-Studie "Erbrecht" enthalten sind.<sup>1</sup> Sie lassen sich in ihrer Grundstruktur wie folgt umreißen:

---

\* Professorin am Institut für Zivilgerichtliches Verfahren an der Universität Wien.

<sup>1</sup> Studie zum Rechtsvergleich der Kollisionsnormen bei Zuständigkeits- und Gesetzeskonflikten in Testaments- und Erbsachen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, Schlussbericht: Synthese und Schlussfolgerungen (in der Folge: EU-Studie "Erbrecht"), vorgelegt vom *Deutschen Notarinstitut* in Zusammenarbeit mit *H. Dörner* und *P. Lagarde*, 18. 9./8. 11. 2002 (die französische Originalfassung ist im Internet unter der Adresse [http://europa.eu.int/comm/justice\\_home/doc\\_centre/civil/studies/doc\\_civil\\_studies\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm) abrufbar; zitiert wird nach der deutschen Übersetzung), S. 1 ff. (Vorschläge: S. 10-13) und S. 33 ff. (Vorschläge: S. 56-68); s. auch die "Zusammenfassung der Vorschläge" auf S. XIX f. Vorbehaltlos zu befürworten sind die Vorschläge technisch-organisatorischer Art – wie die Einrichtung eines Europäischen Testamentsregisters und "eine leicht zugängliche Publikation der einschlägigen nationalen Gesetzestexte im Internet" durch die Justizministerien der EU-Mitgliedstaaten; s. die "Zusammenfassung der Vorschläge", Pkt. 4 und 5.c (S. XX f.).

1. Erklärtes Ziel ist es, jede Nachlassspaltung soweit irgend möglich zu vermeiden, um zu gewährleisten, dass das Erbe auch dann, wenn das Vermögen in verschiedenen Ländern belegen ist, einem einheitlichen Schicksal unterworfen bleibt. Dieses **System der Nachlassseinheit** soll durch

a) die **internationale Alleinzuständigkeit eines einzigen Gerichtes für jeden Erbfall** und

b) den **Gleichlauf von internationaler Zuständigkeit und anwendbarem Recht** erreicht werden.

2. Gesucht wurde daher nach einem Anknüpfungskriterium, das allen Fallkonstellationen, die sich auf internationalverfahrensrechtlichem und internationalprivatrechtlichem Gebiet ergeben, genügen kann. Als Lösung wird für den **letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers** plädiert: Nicht nur die internationale Zuständigkeit zur Nachlassabwicklung, sondern auch das anwendbare materielle Recht soll sich an diesem Kriterium orientieren. Hierbei ist die **erbrechtliche Kollisionsnorm** im Verhältnis zu den anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union als **Sachnormverweisung** ausgestaltet. (Demgegenüber soll sie im Verhältnis zu Drittstaaten sichtlich bloß als Gesamtverweisung fungieren.<sup>2)</sup>

Demnach sollen die Gerichte jenes EU-Mitgliedstaates<sup>3</sup>, in dem der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt hatte, grundsätzlich zur Nachlassabwicklung nach eigenem Recht zuständig sein. Die Funktionsträger eben dieses Staates (Gerichte, Notare) sollen auch zur Ausstellung eines Europäischen Erbscheins befugt sein.<sup>4</sup>

3. Abweichungen von dem danach anwendbaren materiellen Recht des Staates, in dem der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt hatte, können durch **Rechtswahl des Erblassers** bewirkt werden. Die Zahl der Erbstatute, zwischen denen gewählt werden darf, ist groß: Der Erblasser kann sich sowohl für sein Heimatrecht als auch für das Recht eines Staates entscheiden, in dem er sich **aktuell** aufhält oder in dem er sich **zukünftig** aufzuhalten gedenkt.<sup>5</sup> Für die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments oder den Abschluss eines Erbvertrages soll es genügen, dass einer der Beteiligten diesem Staat angehört oder sich in diesem gewöhnlich aufhält.<sup>6</sup>

---

<sup>2</sup> Zumindest wollen die Vorschläge eine *Rückverweisung* – sei es auf das Recht des Heimatstaates des Erblassers, sei es auf jenes der Belegenheit des Nachlaßvermögens – zulassen; s. die "Zusammenfassung der Vorschläge, Pkt. 2.d (S. XX); s. auch Fn. 17 und 33.

<sup>3</sup> Die Sonderbestimmungen, die für eine Wirkungserstreckung gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften dieser Art auf Dänemark sowie auf Großbritannien und Irland gelten, sind selbstverständlich auch hier zu berücksichtigen.

<sup>4</sup> S. "Zusammenfassung der Vorschläge", Pkt. 1 bis 3 (S. XIX f).

<sup>5</sup> S. Dritter Teil, Titel II, Pkt. III.2 (S. 62 f.).

<sup>6</sup> S. Dritter Teil, Titel II, Pkt. III.2 (S. 63).

Ist der Erbfall infolge der vom Erblasser vorgenommenen Rechtswahl **fremdem** materiellen Recht unterstellt, so soll es allerdings der primär zuständigen Behörde gestattet sein, das Verfahren an die Behörden des Staates, dessen materielles Erbrecht zur Anwendung gelangt, abzutreten; zumindest aber soll sie eine Anfrage an die Behörden des Staates stellen können, dessen Recht für die Erbfolge maßgeblich ist.<sup>7</sup>

**4.** Die internationale Zuständigkeit der Behörden dieses Staates und die von ihnen gefällten Entscheidungen oder Verfügungen, welche den Erbübergang bewirken, bzw. die von ihnen ausgestellten Bescheinigungen, welche die Erbentstellung dokumentieren, sind von den übrigen Mitgliedstaaten zu respektieren; s. dazu jene Ausführungen im Zweiten und Vierten Teil des Schlussberichtes, die sich mit der **Schaffung eines einheitlichen Europäischen Erbnachweises in Form eines Europäischen Erbscheines** (*lettre de vérification*) befassen.<sup>8</sup>

Nur in Fällen, in denen das Recht, in dessen Geltungsgebiet die **unbewegliche Sache** (Liegenschaft) gelegen ist, **besondere Erwerbsvoraussetzungen** vorsieht (z.B. für die Eintragung in das Grundbuch oder in ein Register), ist es dem betreffenden Mitgliedstaat erlaubt, ein zusätzliches Verfahren vor seinen Behörden zur **Ausstellung eines "bestätigenden nationalen *lettre de vérification*"** einzuleiten;<sup>9</sup> doch bleibt er dabei an das Recht des Staates gebunden, das der primär zuständige Staat (des letzten gewöhnlichen Aufenthaltes des Erblassers) angewendet hat.<sup>10</sup>

**5.** Für im **streitigen Verfahren** zu verfolgende erbrechtliche Ansprüche wird erwogen, eine Mehrzahl von Gerichtsständen sowie die Möglichkeit internationaler Zuständigkeitsvereinbarungen vorzusehen und die Anerkennung dieser gerichtlichen Entscheidungen nach dem Vorbild der Verordnungen Brüssel I und II zu regeln.<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> S. Vierter Teil, Titel II, Pkt. IV.5 (S. 98) und Pkt. V (S. 100).

<sup>8</sup> S. Zweiter Teil, 2. Teil, Pkt. II (S. 27 ff.) und Vierter Teil, Titel II, Pkt. IV (S. 91 ff.). Offen gelassen wird, ob dieser Europäische Erbschein lediglich Wirkung für das *Auslandsvermögen* des Erblassers haben oder auch im *Ausstellungsland* selbst gelten soll (vgl. hierzu Pkt. IV.4 auf S. 98 und Pkt. V auf S. 100) und ob und inwieweit das seiner Ausstellung vorangehende Prüfungsverfahren in die eigentliche Nachlassabwicklung integriert ist (s. dazu Pkt. IV.6 auf S. 99); vgl. auch unten Fn. 38.

<sup>9</sup> S. Vierter Teil, Titel II, Pkt. IV.3.d (S. 97).

<sup>10</sup> S. "Zusammenfassung der Vorschläge", Pkt. I.a (S. XIX); ebenso Erster Teil, Titel II, Pkt. 2 (S. 11): Der Richter am Belegenheitsort der Immobilie müsse dasselbe Recht wie der Richter am letzten Aufenthaltsort des Erblassers anwenden. (In der Studie heißt es freilich an dieser Stelle "am letzten *Wohnsitz* des Erblassers"; zu der die Unterschiede zwischen den Begriffen durchgängig verschleifenden Diktion der EU-Studie "Erbrecht" vgl. unten Fn. 18.) Ist die Immobilie allerdings "in einem *Drittstaat* belegen, der die ausschließliche Zuständigkeit seiner Gerichte fordert", so soll "sich das Gericht des Mitgliedstaates des letzten Wohnsitzes des Erblassers" – im Sinne einer begrenzten Anwendung der *forum non conveniens*-Doktrin – "zugunsten der Gerichte des Drittstaates für unzuständig erklären" können.

<sup>11</sup> S. "Zusammenfassung der Vorschläge", Pkt. I.b (S. XIX) und Zweiter Teil, 2. Teil, Pkt. I.1 und 2 (S. 24 ff.).

Diese Vorschläge sollen nun einerseits auf ihre **Sachgerechtigkeit** und andererseits auf ihre **Praktikabilität** hin geprüft werden. Zu klären ist demnach einerseits,

- a) ob den grundsätzlichen **ordnungspolitischen Vorstellungen**, die sich in den einzelnen Mitgliedstaaten vorfinden, ausreichend Rechnung getragen worden ist oder ob die gewählten Anknüpfungspunkte vereinzelt oder auch (infolge ihrer Wechselbezüglichkeit) insgesamt **Grundwertungen der innerstaatlichen Rechtsordnung(en)** auf erbrechtlichem Gebiet zuwiderlaufen, und andererseits,
- b) ob sich durch die geplante Neuregelung das erklärte Ziel – nämlich die **angestrebte europaweit einheitliche Nachlassabwicklung** durch die Gerichte und nach dem Recht des Staates des letzten gewöhnlichen Aufenthaltes des Erblassers – auch tatsächlich erreichen lässt.

## **B) Das projektierte Zusammenspiel von Gerichtszuständigkeit, Rechtszuständigkeit und Rechtswahl**

### **I. Gründe für das legitime Interesse der Mitgliedstaaten an der Aufrechterhaltung ihrer Regelungskompetenz**

Ausgangspunkt meiner Analyse ist folgende historisch belegte Einsicht: Je weiter sich das Bestreben nach europäischer Rechtsvereinheitlichung von den Grundwertungen der nationalen Regelungen entfernt, desto mehr ist das Projekt im ganzen gefährdet. Denn letztlich findet nur eine gemeinschaftsrechtliche Lösung (hier: in grenzüberschreitenden Erbrechtsfällen), die als sachgerecht und praktikabel zugleich empfunden wird, nachhaltige Akzeptanz bei den Mitgliedstaaten.

**1.** Erbrecht ist nämlich eine Materie, die – verglichen mit anderen Sachgebieten des Bürgerlichen Rechts – in erhöhtem Maße den genuinen ordnungspolitischen Vorstellungen der einzelnen Staaten unterworfen ist. Dies aus zwei legitimen Gründen: Die Rechtsnachfolge von Todes wegen berührt in spezifischer Weise die beiden völkerrechtlichen Grundelemente staatlicher Souveränität, nämlich 'Volk' und 'Territorium'. Einerseits soll nämlich die Gesamtrechtsnachfolge im Einklang mit **familienrechtlichen** und **ehesgüterrechtlichen** Erwägungen geregelt werden; dieses rechtspolitische Motiv setzt bei der Staatsbürgerschaft (und nur in 'Einwandererstaaten' beim Wohnsitz bzw. in jüngerer Zeit beim gewöhnlichen Aufenthalt) an; und andererseits soll der Vermögensübergang von Todes wegen – und zwar vorzüglich dann, wenn er **unbewegliches** Vermögen betrifft – der Sach- und Behördenkompetenz des Belegenheitsstaates unterstellt bleiben.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Dafür sprechen auch fiskalpolitische Erwägungen. Steuerrecht bleibt indes in der Studie zur Gänze ausgeklammert.

2. Erbrecht ist daher – mit verschwindenden Ausnahmen – **zwingendes** Recht; m.a.W. reicht die Testierfreiheit – also die **Dispositionsfreiheit** über das Vermögen durch Rechtsgeschäft von Todes wegen – nur so weit, als sie den Privatpersonen von dem für sie maßgeblichen Staat eingeräumt wird. Die von diesem der freien Bestimmung des Erblassers in bezug auf die Rechtsnachfolge in sein Vermögen gesetzten Grenzen sollen nicht umgangen werden können; insbesondere soll verhindert werden, dass der Erblasser in die Pflichtteilsrechte naher Angehöriger eingreift. Dies ist aber nur dann erreichbar, wenn jeder Staat selbst bestimmen kann, wie weit seine eigene Gerichtsgewalt über die ihm zuzurechnenden Personen und Sachen reicht und welches materielle Recht auf erbrechtliche Ansprüche anwendbar ist. Die klassischen Instrumente zur Erreichung dieses ordnungspolitischen Ziels sind daher (auf kollisionsrechtlicher Ebene) das Verbot der Rechtswahl und (auf jurisdiktioneller Ebene) das Verbot von internationalen Zuständigkeitsvereinbarungen. Diese beiden institutionellen Formen der Ausübung von Privatautonomie – nämlich die **Rechtswahl** einerseits und die **Gerichtswahl** andererseits – sind daher im Bereich des (internationalen) Erbrechts der Mitgliedstaaten fast ausnahmslos nicht zugelassen.

3. Die vorgeschlagene Regelung unterläuft nun diese grundlegenden ordnungspolitischen Zielvorstellungen der Mitgliedstaaten durch ein **dreifaches Instrumentarium**:

- a) Sie knüpft die internationale Zuständigkeit zur Abwicklung des gesamten Nachlasses durch die Behörden eines Staates an ein Kriterium, das der reinen Willkür des Erblassers unterliegt; denn zur Begründung der Abhandlungsjurisdiktion eines bestimmten Mitgliedstaates genügt es, dass der Erblasser einen – sei es auch nur vorübergehenden – Ortswechsel vornimmt; zu einer solchen Verlegung seines gewöhnlichen Aufenthaltes in einen von ihm frei wählbaren Staat bedarf es weder einer behördlichen Zustimmung noch einer gewissen zeitlich-räumlichen Kontinuität;
- b) sie verbindet dies mit einer kollisionsrechtlichen *loi uniforme*, welche das Recht eben dieses Staates allein zur Anwendung kommen lässt, weil sie als Sachnormverweisung (und nicht als Gesamtverweisung) ausgestaltet ist; und
- c) sie erhöht die dem Erblasser bereits eröffnete Möglichkeit des Einflusses auf das künftig anwendbare materielle Recht durch Vornahme einer einfachen Ortsveränderung noch dadurch, dass sie ihm darüber hinaus gestattet, das Erbstatut auch ohne eine solche durch bloße Rechtswahl zu wechseln. So kann er auf sein Heimatrecht 'zurückgreifen'; oder 'im Vorgriff' das Recht des Staates wählen, in dem er sich künftig aufzuhalten gedenkt; oder er kann das Recht des Staates, in dem er sich aktuell aufhält, für die Erbfolge sozusagen 'einfrieren'.

Die Einwände gegen die vorgeschlagene Regelung richten sich somit gegen die Wahl eines für alle EU-Mitgliedstaaten gemeinsamen einheitlichen Anknüpfungspunktes, welcher es dem Erblasser erlaubt, *forum* und *lex shopping* zu seinen Lebzeiten dadurch zu betreiben, dass er eine **Orts-** und/oder **Rechtswahl** vornimmt und sich auf diese Art und Weise jedem autonomen Erbrecht, das ihm – aus welchen Gründen immer – missfällt, zu entziehen. Das Instrumentarium, mit dessen Hilfe ihm dies jederzeit realisierbar sein soll, gilt es nun, näher darzulegen.

## II. Zur Wechselbezüglichkeit von Gerichts- und Rechtszuständigkeit

Wird nämlich ein Kriterium gewählt, das eine "**wandelbare Anknüpfung**" sowohl auf jurisdiktioneller wie auch kollisionsrechtlicher Ebene gestattet, so folgt daraus nicht nur eine "mangelnde Planbarkeit des anwendbaren Rechts", die es ratsam erscheinen lässt, dieser Unsicherheit bei der Testamentsgestaltung durch die Zulassung einer "begrenzten Rechtswahl" des Erbstatuts entgegenzuwirken;<sup>13</sup> sondern dies hat vor allem zur Konsequenz, dass es zur Gänze in die Hand des Erblassers gelegt wird, den Anwendungsbereich des autonomen Erbrechts zu bestimmen. Dies ermöglicht es ihm, auch zwingendes Recht der einzelnen Mitgliedstaaten zu umgehen; so kann er Pflichtteilsansprüche naher Angehöriger 'zu Fall bringen';<sup>14</sup> oder er kann den engen Konnex, in dem eine ehgüterrechtliche mit einer erbrechtlichen Regelung steht, durchbrechen.<sup>15</sup> M.a.W. wird durch die Wahl eines **leicht abänderbaren** Anknüpfungskriteriums für den projektierten Gleichlauf auf jurisdiktioneller und kollisionsrechtlicher Ebene – in Kombination mit der dem Erblasser eingeräumten Möglichkeit, diesen Gleichlauf nach Gutdünken durch die Wahl eines hiervon abweichenden Erbstatuts auch wieder zu durchbrechen – ein **perfektes System völliger 'Freizügig-**

<sup>13</sup> Zu dieser Argumentation in der EU-Studie "Erbrecht" s. näher unten bei und in Fn.20.

<sup>14</sup> "Daß der Testator damit die Gelegenheit erhält, sich seinen Verpflichtungen gegenüber den nächsten Angehörigen zu entziehen", wird von der EU-Studie "Erbrecht" klar erkannt und auch nicht in Abrede gestellt; auch nicht, daß "der Schutz der Noterben oder Pflichtteilsberechtigten in einer Reihe von Mitgliedstaaten als wichtiges Regelungsprinzip angesehen und sogar in die Nähe des *ordre public* gerückt wird". Doch wird die "praktische Dimension dieses Risikos" deshalb als gering eingestuft, weil der Erblasser "eine ihm mißliebige Noterben- oder Pflichtteilsregelung" ja "bereits dadurch vermeiden" könne, "daß er seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einen Mitgliedstaat ohne Beschränkungen der Testierfreiheit verlegt und den neuen Aufenthalt bis zum Tode beibehält"; s. Dritter Teil, Titel II, Pkt. III.2.(9) auf S. 64. Eben diese Einsicht – die, wie die Studie selbst ausführt, "in der Logik einer Anknüpfung an den letzten gewöhnlichen Aufenthalt" liegt – spricht aber *gegen* die vorgeschlagene gemeinschaftsrechtlich vereinheitlichte (Jurisdiktions- und) Kollisionsnorm (und nicht *für* die Einräumung einer zusätzlichen Gestaltungsmöglichkeit durch eine vom Erblasser einseitig vorgenommene Wahl des Erbstatuts). Die Frage, auf welche Fallkonstellationen zwingendes autonomes Recht Anwendung finden soll, kann eben nicht in die Hand des Rechtsunterworfenen selbst gelegt werden.

<sup>15</sup> Die EU-Studie "Erbrecht" weist zwar auf die Probleme hin, die sich aus einer "unkoordinierten Anknüpfung von Erb- und Ehgüterrecht" ergeben können (und die in den Länderberichten vornehmlich im Zusammenhang mit dem kollisionsrechtlichen Instrument der *Anpassung* behandelt werden), hält aber als eventuell zu erwägende Lösung wiederum nur die Wahl eines weiteren Erbstatuts bereit, womit es dem Erblasser möglich sein soll, "seine Erbfolge dem für die güterrechtlichen Beziehungen maßgebenden Recht zu unterstellen"; s. Dritter Teil, Titel I, Pkt. VI (S. 47) und Titel II, Pkt. VI (S. 65 f.).

keit' des Erblassers auf dem Gebiet der Rechtsnachfolge von Todes wegen erzielt.<sup>16</sup>

### 1. Der Anknüpfungspunkt für die Gerichtszuständigkeit

Das erstgenannte Kriterium – wonach die **internationale Abhandlungsjurisdiktion** allumfassend (und damit ausschließlich) dem Staat zukommt, in dem der Erblasser seinen (letzten) gewöhnlichen Aufenthalt (genommen) hat – schaltet (infolge der Pflicht zur Anerkennung der dort getroffenen Entscheidungen bzw. Bindung an die dort ausgestellten Bescheinigungen) **definitiv** die internationale Zuständigkeit von Staaten aus, die ihrerseits ein (konkurrierendes oder sogar vorrangiges) **legitimes Interesse** an der Nachlassabwicklung durch ihre eigenen Behörden haben, nämlich die internationale Zuständigkeit der Behörden des Heimatstaates des Erblassers und derjenigen des Staates der Belegenheit von (insb. unbeweglichem) Vermögen des Erblassers. Da das nach dem autonomen Kollisionsrecht zum Zuge kommende Recht dadurch gänzlich überspielt wird, bestenfalls also den Grundwertungen der eigenen Rechtsordnung im Rahmen des (derzeit noch vorgesehenen) *ordre public*-Vorbehaltes auf eigenem Territorium zum Durchbruch verholfen werden kann, bedeutet dies schlicht, Abschied von den eigenen rechtspolitischen Ordnungsvorstellungen auf erbrechtlichem Gebiet in all den Fällen nehmen zu müssen, in denen sich Staatsangehörige – sei es auch nur vorübergehend – außer Landes begeben. Dem Heimatrecht unterworfen bleiben somit ausschließlich jene Bürger, die stets 'im Lande bleiben'. M.a.W. entsteht eine Zwei-(oder sogar Drei-)Klassen-Gesellschaft: Die Angehörigen der ersten Gruppe – die **'EU-Inländer'** – bleiben dem Recht des Staates unterstellt, dessen Staatsbürgerschaft sie besitzen und auf dessen Territorium sie ansässig sind; die Mitglieder der zweiten Gruppe – die **'EU-Ausländer'** – können die Rechtsordnung, der sie ihr Vermögen für die Rechtsnachfolge von Todes wegen unterstellen wollen, durch Orts- oder Rechtswahl nach eigenem Gutdünken bestimmen; und jene der dritten Gruppe – die **'Drittstaater'** – werden der Rechtsordnung desjenigen EU-Mitgliedstaates, in dem sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt nehmen, jedenfalls dann unterstellt, wenn sie nicht durch Rechtswahl Vorsorge dafür treffen, dass ihnen ihre Zugehörigkeit zum Heimatstaat auf erbrechtlichem Gebiet erhalten bleibt.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Zur Rechtfertigung dieses offen anvisierten Ziels s. unten bei und in Fn. 20 ff.

<sup>17</sup> Haben sie zwar Vermögen in einem der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, aber ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einem Drittstaat, so bewirkt die für diesen Fall als *Gesamtverweisung* fungierende kollisionsrechtliche Anknüpfung an das Recht des letzten gewöhnlichen Aufenthalts(ortes) des Erblassers, daß sich das weitere Schicksal des Nachlasses nach der kollisionsrechtlichen Regelung dieses Staates richtet. Die Frage, ob die allgemeine Kollisionsnorm des Vorschlages, wenn sie auf das Recht eines Drittstaates verweist, als Gesamtverweisung zu lesen sei, ist übrigens in den Vorschlägen des Schlußberichtes nicht klar beantwortet; während es in der "Zusammenfassung der Vorschläge" unter Pkt. 2.d (S. XX) noch heißt, daß die vorgeschlagenen Anknüpfungen "*universell* auch im Verhältnis zu Drittstaaten (mit der Möglichkeit einer *Rückverweisung*)" gelten sollen – also gerade *nicht* als *Sachnormverweisungen* zu lesen wären –, wird diese Lösung im Dritten Teil, Titel II, Pkt. IX.1 (S. 67) wieder in Frage gestellt.

## 2. Der Anknüpfungspunkt für die Rechtszuständigkeit

Das zweitgenannte Kriterium – wonach sich das **Erbstatut** nach dem letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers richtet – ermöglicht es dem Erblasser, durch letztwillige Verfügung oder Erbvertrag nicht abdingbare Bestimmungen des jeweiligen innerstaatlichen Erbrechts durch bloßen **Ortswechsel** auszuschalten. Denn es überlässt es – vermittelt der Wahl des Staates, in dem der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt nimmt – allein diesem, festzulegen, welches Recht auf den Erbfall zur Anwendung kommen wird.<sup>18</sup> Damit können sowohl Zusammenhänge, die zwischen ehedem rechtlicher und erbrechtlicher Regelung bestehen, zerrissen werden als auch Pflichtteilsansprüche, die nahen Angehörigen kraft zwingenden Rechts zustehen, zu Fall gebracht werden.<sup>19</sup> M.a.W. kann kein Mitgliedstaat mehr die Effektivität und Durchsetzbarkeit seiner autonomen Erbrechtsordnung sicherstellen.

## 3. Die eröffnete Disposition über das Erbstatut

Das drittgenannte Kriterium – die Zulassung einer **Rechtswahl** (*professio iuris*), die diese Verlagerung auf ein dem Erblasser günstiger erscheinendes Recht auch ohne jede aktuelle Ortswahl dadurch zulässt, dass er auf ein **früheres oder künftiges Aufenthaltsrecht** zurückgreift – bedeutet einen weiteren entscheidenden Schritt auf dem Weg zur Regelung einer Rechtsnachfolge von Todes wegen, die sich in nichts mehr – außer in der 'Einseitigkeit' letztwilliger Verfügungen gegenüber der 'Zweiseitigkeit' vertraglicher Bindungen – von Verfügungen unter Lebenden unterscheidet.

Die als weitere Möglichkeit offen gelassene 'Rückkehr' zum **Heimatrecht** stellt in diesem Kontext keinen angemessenen Ausgleich für dessen Zurückdrängung im Gesamtkonzept dar. Sie bewirkt vielmehr lediglich, dass dann auch noch die erklärten 'Vorteile' der Raschheit und Billigkeit des angestrebten Gleichlaufs von internationaler Zuständigkeit und anwendbarem materiellem Recht verloren gehen und damit eben jene Schwierigkeiten wieder auftreten, die mit der An-

<sup>18</sup> Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes, der den Vorschlägen zugrunde liegt, wird freilich erst auf S. 58 der EU-Studie "Erbrecht" geklärt, im übrigen aber sichtlich *synonym* mit den Begriffen "Wohnsitz" oder auch "Domizil" verwendet (s. nur S. 11 bzw. S. 56). Unter der Überschrift "Bestimmungen des Wohnsitzes zur Begründung der gesetzlichen Zuständigkeit" (Dritter Teil, Titel II, Pkt. II.2) wird hier ausgeführt, daß es sich bei dem Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes um ein "erstrangiges objektives Anknüpfungskriterium" handle, das gegenüber dem "Begriff des Domizils im Sinne des englischen Rechts" (von "Wohnsitz" – wie in der Überschrift – ist im Text selbst nicht mehr die Rede!) den Vorteil biete, "daß es sich hierbei um einen *tatsächlichen Begriff* handelt, der, außer in seltenen Fällen, einfach zu überprüfen ist". Im Regelfall entspreche er auch "dem Lebensmittelpunkt und den Interessen des Erblassers". Jede rechtspolitische Forderung nach einer gewissen *Dauer* dieses gewöhnlichen Aufenthaltes in dem betreffenden Staat wird als "nicht zufriedenstellende Lösung" für den Fall, daß dieses "Kriterium der Dauer" nicht erfüllt ist, abgelehnt. Höchstens könne für "Sonderfälle", in denen eindeutig "engere Verbindungen" des Erblassers "mit einem anderen Staat" bestünden, an eine "Ausnahmeregelung" gedacht werden. Dieser Ansatz wird indes in der Folge nicht weiter vertieft.

<sup>19</sup> Diese mit der projektierten Regelung notwendig verbundenen Konsequenzen werden in der Studie freilich erst im Zusammenhang mit der vorgeschlagenen Möglichkeit einer "begrenzten Rechtswahl" erörtert; s. dazu gleich unten im Text und oben bei und in Fn. 14 und 15.



wendung fremden Rechts – nicht notwendig, aber doch vielfach – verbunden sind und deren Beseitigung die geplante europaweite Neuregelung gerade erreichen will.

Jedenfalls aber stellt die projektierte Dispositionsmöglichkeit über das Erbstatut einen schweren Eingriff in das autonome Recht praktisch aller EU-Mitgliedstaaten dar.<sup>20</sup> Die EU-Studie "Erbrecht" rechtfertigt ihn damit, dass "ein modernes europäisches Kollisionsrecht ... den Bedürfnissen der EU-Bürger Rechnung tragen" müsse, "die insbesondere von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch machen und auch außerhalb ihres Heimatstaates überall in der Union einer Berufstätigkeit nachgehen." Die Anknüpfung gehe also "von einer **vermuteten Integration** des Erblassers im Aufenthaltsstaat" aus. Sie werde daher zugegebenermaßen weder den Bedürfnissen eines "heimatverbundenen" Erblassers gerecht, der "sich weiterhin den sprachlichen, kulturellen und rechtlichen Lebensformen seines Herkunftsstaates verpflichtet fühlt", noch denen eines "besonders mobilen" Erblassers, der "demzufolge nicht wissen kann, wo er sich am Ende seines Lebens aufhalten wird".<sup>21</sup> Das vorgeschlagene Anknüpfungskriterium des letzten gewöhnlichen Aufenthalts bringe eben einfach den Nachteil der "mangelnden Planbarkeit des anwendbaren Rechts" mit sich, lasse sich doch "bei wandelbarer Anknüpfung" das Erbstatut bei der Testamentsgestaltung noch nicht mit Sicherheit bestimmen.<sup>22</sup> Eben diesen Nachteil gelte es daher, durch die Zulassung einer "begrenzten Rechtswahl" auszugleichen.<sup>23</sup>

### III. Nachlass einheit und Nachlass spaltung

Das als vorrangig eingestufte Ziel, ein geschlossenes 'System der Nachlass einheit' durch Nachlassabwicklung in einem einzigen Mitgliedstaat nach dessen Recht zu errichten, stößt freilich auch in der Sicht der EU-Studie "Erbrecht" auf überhaupt nicht oder nur gegen den zähen Widerstand der Mitgliedstaaten

<sup>20</sup> Sofern die EU-Studie "Erbrecht" in ihrem Schlußbericht darzulegen versucht, daß sich eine Rechtswahl der vorgeschlagenen Art durchaus auch in den Rechtsordnungen einzelner EU-Mitgliedstaaten vorfindet, kann das nicht nachvollzogen werden. Denn *Deutschland* läßt ausschließlich eine Rechtswahl "für *im Inland belegenes unbewegliches Vermögen*" auf *deutsches* Recht, also auf das *Belegenheitsrecht* als eigenes Recht zu; und die *Niederlande* (nach dem Vorbild des Haager Übereinkommens von 1989; s. zu diesem auch unten Fn. 28) und *Italien* setzen in ihrem autonomen Recht der Rechtswahl jedenfalls die *Schranke des Schutzes* eines bestimmten Kreises von *Pflichtteilsberechtigten*; s. die Nachweise im Dritten Teil, Titel I, Pkt. II.2.d (Deutschland), III.2.a (Niederlande) und III.2.c (Italien) auf S. 42 ff.

<sup>21</sup> Dritter Teil, Titel II, Pkt. III.2 (S. 62).

<sup>22</sup> Vgl. "Vorbemerkung: Praktische Probleme bei der Testamentsgestaltung und Nachlassabwicklung bei Auslandsberührung innerhalb der Europäischen Union", Pkt. II.3 (S. XXV f.) und Dritter Teil, Titel II, Pkt. III.1 (S. 60).

<sup>23</sup> Nach den Vorschlägen im Schlußbericht soll sich die Rechtswahl "nur auf den gesamten Nachlaß" beziehen können, "ohne Rücksicht darauf, wo er belegen ist und ob es sich um beweglichen oder unbeweglichen Nachlaß handelt". Offen wird ausgesprochen, daß sie "auch isoliert" – also ohne gleichzeitige Errichtung einer Verfügung von Todes wegen – vorgenommen werden und sich somit "allein auf die gesetzliche Erbfolge" beziehen können soll; s. Dritter Teil, Titel II, Pkt. III.2.(10) auf S. 64. Nur in einem ganz begrenzten Ausmaß soll einer bewußten Schmälerung von Pflichtteilsrechten naher Angehöriger vorgebeugt werden; s. dazu unten Pkt. C.3 (bei Fn. 39).

überwindbare Grenzen. Diese haben erneut damit zu tun, dass mit dem Vorschlag der EU-Arbeitsgruppe die grundlegenden ordnungspolitischen Vorstellungen der autonomen Rechte allzu sehr hintangesetzt werden.

### 1. Sondererbfolge

Ist in einem Mitgliedstaat eine Sondererbfolge – z.B. in bäuerliches Gut (Erbhöfe) oder Wohnungseigentum<sup>24</sup> – vorgesehen, so soll die Einhaltung dieser Bestimmungen auch im Fall der Nachlassabwicklung durch ausländische Behörden gewahrt bleiben.<sup>25</sup> Damit ist aber das "Prinzip der einheitlichen Anknüpfung der Erbfolge an das Recht des letzten gewöhnlichen Aufenthalts des Erblassers" jedenfalls auf **kollisionsrechtlicher** Ebene ohnehin bereits aufgegeben.<sup>26</sup> Hinzu kommt indes noch, dass die betreffenden nationalen Regelungen meist so kompliziert sind, dass mit einem im Nachlassabwicklungsstaat ausgestellten und vom Belegenheitsstaat anzuerkennenden (oder bloß formell zu "bestätigenden") Europäischen Erbschein vielfach nicht das Auslangen gefunden werden kann, sondern eine Abhandlung durch die Gerichte des Belegenheitsstaates vorzuziehen sein wird. Dann allerdings ist das offen deklarierte Ziel der "Unterdrückung der Systeme der Nachlassspaltung"<sup>27</sup> auch auf **jurisdiktionaler** Ebene nicht mehr erreichbar.

### 2. Erblose Nachlässe

Für erblose Nachlässe wird als Lösung vorgeschlagen, die Regelung des **Art. 16 des Haager Übereinkommens von 1989** zu übernehmen; danach "hindert" das auf den Erbrechtsfall anwendbare, zur Erblosigkeit des Nachlasses führende Recht "das Recht des Staates ... nicht, die Nachlassgüter in Beschlag zu nehmen, die sich auf seinem Staatsgebiet befinden".<sup>28</sup> Auch hier kommt es somit zu der von der EU-Studie als Lösungsansatz ganz generell abgelehnten **Nachlassspaltung**.

Darüber hinaus lässt diese Regelung jedoch – wie die Studie selbst ausführt – "eine Lücke für den Fall" offen, "dass der Staat nach dem anwendbaren Erbrecht die Erbschaft nach seinem Hoheitsrecht erbt und somit auf die Güter verzichtet, die sich im Ausland befinden, und dass der Belegenheitsstaat eine erbrechtliche Auffassung der Rechte des Staates vertritt und die Erbschaftsgüter

<sup>24</sup> S. die in der EU-Studie "Erbrecht" im Fünften Teil, Pkt. E (S. 106) erwähnten Beispiele aus den Rechtsordnungen der bisherigen EU-Mitgliedstaaten. Sie müßten nun noch um solche aus jenen der neuen zehn Mitgliedstaaten ergänzt werden.

<sup>25</sup> S. Dritter Teil, Titel II, Pkt. II.3 (S. 59).

<sup>26</sup> Die dadurch bewirkte "teilweise Spaltung" im Schicksal des Nachlaßvermögens wird zwar in der "Zusammenfassung der Vorschläge" (S. XIX ff.) nicht erwähnt, wohl aber wird sie im Dritten Teil, Titel I, Pkt. II.2.e unter der Überschrift "Systeme der Nachlaßeinheit" (S. 36) näher dargelegt.

<sup>27</sup> So die Formulierung im Dritten Teil, Titel II, Pkt. II.3 (S. 59).

<sup>28</sup> S. Art. 16 des Haager Übereinkommens über das auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anwendbare Recht vom 1. August 1989, wiedergegeben (in nicht offizieller deutscher Übersetzung) im Dritten Teil, Titel I, Pkt. II.4.h ("Erbrechtliche Ansprüche des Staates") auf S. 40 f.

nicht fordert, die einem ihm fremden Recht unterstellt sind".<sup>29</sup> Dieser Norm – so die implizite Kritik der EU-Studie "Erbrecht" – gelingt es also nicht, die unterschiedlichen Grundauffassungen von der **Rechtsnatur der Rechtsnachfolge von Staaten** in das Vermögen einer ohne Erben versterbenden Person zu harmonisieren.

Dieser Effekt wäre indes durchaus erreichbar. Wie eine solche Norm konzipiert sein müsste, sei an Hand des österreichischen Rechts kurz illustriert:

Die von der Studie vorgeschlagene Lösung entspricht nämlich in ihrer **Grundtendenz** insofern der **kollisionsrechtlichen Regelung des österreichischen Rechts**, als sie letztlich zum **Belegenheitsrecht** zurückkehrt. Sie vermeidet jedoch die in der Studie aufgezeigte Regelungslücke dadurch, dass sie im Blick auf dieses Sonderproblem die Kollisionsnorm **allseitig** formuliert und insofern dem danach anwendbaren Recht genügend Raum gewährt, die je eigene Auffassung von der Rechtsnatur der staatlichen (Gesamt-)Rechtsnachfolge zur Geltung zu bringen. Denn gemäß § 29 IPRG greift dann, wenn der Nachlass nach dem anwendbaren materiellen Recht erloslos bliebe, subsidiär das **Recht des Belegenheitsstaates** ein: Gibt es nach diesem Recht zur Erbschaft berufene Personen, so erhalten diese die hier belegenen Nachlassgüter; ist das nicht der Fall, so übernimmt der Staat (oder eine staatliche Institution) das Vermögen – je nachdem, wie das autonome Recht es vorsieht – entweder als **Erbe** oder als **Hoheitsträger**.<sup>30</sup> Es handelt sich also um eine Kollisionsnorm, die – räumlich beschränkt auf das in dem betreffenden Staat gelegene Vermögen – eine weitere Möglichkeit für (natürliche) Personen, das Erbe zu erlangen, eröffnet und – falls auch nach dem Recht des Belegenheitsstaates keine solchen zur Erbschaft berufen sind – eine zufriedenstellende Lösung für die Verteilung des auch nach dieser Rechtsordnung erlosenen Nachlasses vorsieht.<sup>31</sup>

### 3. Verhältnis zu Drittstaaten

Nur in Ansätzen und verstreut über die ganze EU-Studie "Erbrecht" werden jene Probleme behandelt, die sich im Verhältnis zu Drittstaaten ergeben: also

---

<sup>29</sup> S. Dritter Teil, Titel II, Pkt. II.4.c ("Erbrecht des Staates") auf S. 60.

<sup>30</sup> § 29 IPRG (Bundesgesetz vom 15. Juni 1978 über das internationale Privatrecht, BGBl. Nr. 304/1978) lautet: "Ist der Nachlaß nach dem im § 28 Abs. 1 bezeichneten Recht erloslos oder würde er einer Gebietskörperschaft als gesetzlichem Erben zukommen, so tritt an die Stelle dieses Rechtes das Recht jeweils des Staates, in dem sich Vermögen des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes befindet." Durch die Rechtsprechung ist geklärt, daß diese Regelung auch dann gilt, wenn es sich um eine sonstige, den Staat repräsentierende Institution (z.B. um einen Fonds, der allgemein-sozialpolitische Aufgaben zu erfüllen hat) handelt: OGH 26.02.1985, 5 Ob 511, 512/85 (*in casu*: schwedischer "öffentlicher Erbfonds").

<sup>31</sup> Offen gelassen sei hier, ob diese Kollisionsnorm als Gesamt- oder Sachnormverweisung ausgestaltet werden sollte. Wird sie als *Gesamtverweisung* konzipiert, so führt sie im Effekt u.U. zu der in der EU-Studie aufgezeigten Regelung, daß der Belegenheitsstaat keinen Anspruch auf diese Nachlaßteile erhebt. Wird sie hingegen als *Sachnormverweisung* verstanden, so führt sie zu dem gewünschten Harmonisierungseffekt, daß jeder Staat seiner eigenen Auffassung gemäß entweder als *weiterer Erbberechtigter* die Nachfolge in die auf seinem Territorium befindlichen ('erlosenen') Nachlaßgüter antritt oder diese *in Ausübung seiner Hoheitsgewalt* als erloslos einzieht.

dann, wenn der letzte gewöhnliche Aufenthaltsort des Erblassers in einem Drittstaat gelegen ist; oder wenn der Erblasser die Staatsangehörigkeit eines Drittstaates besitzt (bzw. sein Domizil im angelsächsischen Sinn sich in einem solchen Staat befindet); oder wenn sein Vermögen außerhalb der Europäischen Union belegen ist. Lediglich so viel lässt sich den darauf bezogenen Ausführungen entnehmen, dass möglichst viele Bereiche der Nachlassabwicklung in einen EU-Mitgliedstaat 'zurückgeholt' werden sollen. So etwa soll bei fehlendem letzten "Wohnsitz" innerhalb der Europäischen Union (nach dem Vorbild der Verordnung Brüssel I) auf das autonome Zuständigkeitsrecht der Mitgliedstaaten verwiesen werden;<sup>32</sup> oder es wird erwogen, die gemeinschaftsrechtlich vereinheitlichte Kollisionsnorm hier nicht als Sachnormverweisung, sondern als Gesamtverweisung zu formulieren, um dadurch eine Rückverweisung auf das Recht eines Mitgliedstaates beachten zu können.<sup>33</sup> Zumindest dann, wenn es um **Immobilien** außerhalb der Europäischen Union geht, ist aber klar, dass hier der Belegenheitsstaat in der 'stärkeren Position' ist und es – nimmt er für sich eine ausschließliche Zuständigkeit in Anspruch – zu einer Nachlassspaltung (in der Abwicklung, u.U. auch in bezug auf das anwendbare Recht) kommt. Die EU-Studie "Erbrecht" hält es daher einerseits für "angebracht", dem nach der projektierten Regelung an sich international zuständigen Gericht die Befugnis zu übertragen, "(sich) zugunsten der Gerichte des Drittstaates für unzuständig zu erklären";<sup>34</sup> und andererseits, hier "vielleicht ... die Anwendung des Rechtes am Ort der Belegenheit vorzubehalten".<sup>35</sup>

### **C) Praktikabilität der projektierten Nachlassabwicklung in einem einzigen Staat**

Erklärtes Ziel der geplanten Neuordnung ist die Schaffung eines europaweit einheitlichen Systems der Nachlassabwicklung, das es erlaubt, das gesamte Erbe einem einzigen Verfahren zu unterstellen und dadurch alle wo immer belegenen Nachlassgüter einem gemeinsamen Schicksal zu unterwerfen. Im folgenden sollen nun die Vor- und Nachteile der im Ersten und im Dritten Teil des Schlussberichtes enthaltenen Vorschläge zum IZVR und IPR – ohne jede rechtspolitische Wertung – von der praktischen Seite her beleuchtet, also auf ihre Handhabbarkeit durch die zuständigen Behörden hin geprüft werden.

#### **1. Tod des Erblassers auf der Durchreise**

Stirbt der Erblasser im Ausland an einem Ort, an dem er sich nur vorübergehend aufhalten wollte (z.B. während einer Urlaubs- oder Geschäftsreise), so ist dieser Todesfall von den inländischen Behörden den **Konsularbehörden des Heimat-**

<sup>32</sup> Erster Teil, Titel II, Pkt. II (S. 11).

<sup>33</sup> Dritter Teil, Titel II, Pkt. IX.1 (S. 67); vgl. auch oben Fn. 2 und 17.

<sup>34</sup> Erster Teil, Titel II, Pkt. II (S. 11).

<sup>35</sup> Dritter Teil, Titel II, Pkt. I.3 (S. 57).

**staates** zu melden; allein die Konsuln sind auch zur Übernahme von 'Hab und Gut' berechtigt, das der Verstorbene mit sich geführt hat.<sup>36</sup> Welchem Staat der Verstorbene angehört, kann dem Reisepass entnommen werden. Hingegen ist der gewöhnliche Aufenthaltsort bislang in den Personaldokumenten nicht vermerkt.

## 2. Gewöhnlicher Aufenthalt in zwei oder mehreren Staaten

Dass sich eine Person nicht nur in einem Land, sondern in zwei oder mehreren Staaten mit einer gewissen Regelmäßigkeit aufhält, ist heute keine Seltenheit (z.B. ein Arbeitnehmer, der in dem einem Staat beruflich tätig ist und in dem anderen Staat mit seiner Familie lebt; oder ein Pensionist, der einen Teil des Jahres im Süden verbringt). In diesem Fall konkurriert die internationale Zuständigkeit der Behörden – und (infolge der Sachnormverweisung) auch das materielle Erbrecht – verschiedener Staaten miteinander. Zur Lösung dieses aus der **Ansässigkeit in zwei oder mehreren Staaten** erwachsenden Normenkonflikts bedarf es einer ähnlichen Regelung wie bei **doppelter oder mehrfacher Staatsangehörigkeit**. Erklärt man hier freilich – nach dem Vorbild der Staatsangehörigkeit – das Recht des Staates, der als Aufenthaltsstaat auch zugleich als Gerichtsstaat in Frage käme, ohne zusätzliches Kriterium für vorrangig, so prolongiert man den Konflikt, weil dann jeder der in Frage kommenden Staaten die internationale Zuständigkeit für sich in Anspruch nimmt. Gibt man hingegen – wie es gegenüber Personen zutrifft, die (aus der Sicht des Gerichtsstaates) Drittstaater sind – der **effektiven Ansässigkeit** den Vorzug, so wiederholen sich die vom Lösungsmodell der effektiven Staatsangehörigkeit her bekannten Probleme; denn jetzt gilt es – hier wie dort – zu beurteilen, wo der Verstorbene tatsächlich seinen **Lebensmittelpunkt** hatte. Dies erfordert aber, nicht immer einfache Tat- und Rechtsfragen zu lösen; das mit dem durchaus gewichtigen Unterschied zur derzeitigen Rechtslage, dass – nach dem offiziellen Grundsatz der Gleichwertigkeit aller Rechtsschutzsysteme innerhalb der Europäischen Union und dem proklamierten absoluten Vertrauen in diese – allein das Zuvorkommen entscheidet: Alle später befassenen Behörden sind an die Entscheidungen des zuerst angerufenen Gerichtes gebunden und haben die von diesem ausgestellten Bescheinigungen ihren eigenen Verfügungen (z.B. Grundbuchs- und Registereintragungen) zugrunde zu legen.<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> Vgl. Art. 5 lit. g und Art. 37 lit. a der Wiener Konsularkonvention (Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen vom 24. April 1963).

<sup>37</sup> Dies wird mehrfach in den Vorschlägen des Schlußberichts betont; s. schon die "Zusammenfassung der Vorschläge" (Pkt. 1.a auf S. XIX und Pkt. 3.c auf S. XX), ferner bei Erörterung der (Vor- und) Nachteile eines Systems der Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen und Verfügungen gegenüber der "Schaffung eines internationalen Nachweises" in Form eines Europäischen Erbscheins (*lettre de vérification*); s. im Detail den Vierten Teil ("Nachlaßverfahren und Nachweis der Erbeneigenschaft") des Schlußberichtes, Titel II, Pkt. IV (S. 91 ff.).

### 3. Wahl eines vom letzten gewöhnlichen Aufenthalt abweichenden Erb- rechts

Als Argument für den Gleichlauf von internationaler Zuständigkeit und anwendbarem Recht, der über den Anknüpfungspunkt des letzten gewöhnlichen Aufenthalts des Erblassers hergestellt werden soll, wird stets die dadurch erreichbare **Einfachheit in der Nachlassabwicklung** angeführt. Eben dieser Vorteil wird aber sofort wieder dadurch preisgegeben, dass eine Rechtswahl auf ein vom Gerichtsstaat abweichendes materielles Recht zugelassen wird – sei es nun das Recht des Heimatstaates oder das Recht eines Staates, in dem der Erblasser früher ansässig war. Denn damit brechen alle Probleme, die derzeit bestehen, doch wieder voll auf. (Erschwerend kommt hinzu, dass innerhalb der Europäischen Union jedenfalls ein Rückgriff auf das eigene Recht bei Nichtermittelbarkeit des fremden Rechts als unzulässig anzusehen wäre.) In der EU-Studie "Erbrecht" werden zur Entschärfung dieses Problems **zwei Lösungsmodelle** vorgeschlagen: entweder soll den primär zuständigen Behörden die Möglichkeit eröffnet werden, den Fall zur Ausstellung des Europäischen Erbscheines an die Behörden des Landes abzutreten, dessen Recht zur Anwendung gelangt; oder sie sollen dazu befugt sein, an die Behörden des Landes, dessen Recht berufen ist, eine Anfrage zu richten, ob der von ihnen ausgestellte *lettre de vérification* mit diesem Recht übereinstimmt.<sup>38</sup>

In einem eng umgrenzten Fall will die Studie allerdings die Pflichtteilsrechte naher Angehöriger schützen; und zwar dann, wenn der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt bloß vorübergehend in einem Land nimmt, das einen solchen Angehörigenschutz nicht kennt, und nach Vornahme einer dementsprechenden *professio iuris* wieder in sein 'Ursprungsland' (d.h. "an seinen ursprünglichen Aufenthaltsort oder in seinen Heimatstaat") zurückkehrt. Dann – und **nur dann** (nicht aber dann, wenn er danach seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem dritten Staat nimmt) – soll nämlich die Rechtswahl unwirksam sein.<sup>39</sup> Völlig offen bleibt hier allerdings, wer für all diese Tatsachen (Verlegung des gewöhnlichen Aufenthaltes nur zu diesem Zweck in einen anderen Staat, Unterschiede zwischen den betroffenen Rechtsordnungen im Angehörigenschutz) beweispflichtig sein soll. Sofern die Beweislast hier den Noterben als potentiell Anspruchsberechtigten auferlegt werden sollte, ist die vorgeschlagene Regelung schon deshalb nicht zu befürworten, weil sie für die Betroffenen mit nahezu unlösbaren Beweisproblemen verbunden ist. Davon einmal abgesehen, ist sie in ihrer Fassung auch zu eng, weil sie dem Erblasser eine ganze Palette weiterer Möglichkeiten der Gesetzesumgehung offen lässt.

---

<sup>38</sup> S. Vierter Teil, Titel II, Pkt. IV.5 (S. 98).

<sup>39</sup> Dritter Teil, Titel II, Pkt. III.2.(9) auf S. 64.

#### 4. Ausfolgungsverfahren für außer Landes befindliches bewegliches Vermögen

Will man nicht die Erben dazu verhalten, legitimiert durch den Europäischen Erbschein, sich in die verschiedenen Mitgliedstaaten begeben zu müssen, um dort die ihnen zuerkannten Güter einzufordern, so müsste auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene für ein rasches, verfahrenstechnisch einfach gestaltetes Ausfolgungsverfahren Vorsorge getroffen werden. Hier könnte den anspruchsberechtigten Personen in administrativer Hinsicht vieles erleichtert werden.

#### 5. Fälle gesonderter Nachlassabwicklung im Belegenheitsstaat

Bei auf mehrere Staaten verteilter internationaler Zuständigkeit kommt es auch nach den in der EU-Studie "Erbrecht" enthaltenen Vorschlägen zu einer – bloß verfahrensrechtlich bedingten oder auch materiellrechtlichen – Nachlassspaltung; so bei einer **Sondererbfolge** in bestimmte Nachlassgüter oder bei **Erblosigkeit** des Nachlasses oder auch bei **Belegenheit des Nachlasses** teils in EU-Mitgliedstaaten und teils in **Drittstaaten**. In all diesen Fällen treten die vom bisherigen autonomen Recht her vertrauten Probleme in der Nachlassabwicklung auf und stößt daher auch das den Vorschlag prägende Postulat eines 'Systems der Nachlasseinheit' auf die ihm immanenten Grenzen.<sup>40</sup>

#### D) Alternativen zu den Vorschlägen der EU-Arbeitsgruppe

Dem – nach den Vorschlägen im Schlussbericht der EU-Studie "Erbrecht" allein maßgeblichen – **Anknüpfungspunkt** des letzten gewöhnlichen Aufenthalts des Erblassers **fehlt es** nach all dem Vorgesagten schlicht **an innerer Legitimität**; dies insbesondere deshalb, weil dieses Kriterium hier **doppelfunktionell** eingesetzt und dadurch ein **Gleichlauf von internationaler Zuständigkeit und anwendbarem Recht** herbeigeführt wird. Ein solcher kann indes nur dort befürwortet werden, wo eine **sachgerechte** Jurisdiktionsnorm mit einer **sachgerechten** Kollisionsnorm inhaltlich konvergiert, weil die tragenden Grundwertungen sowohl in internationalverfahrensrechtlicher als auch in internationalprivatrechtlicher Hinsicht für ein und denselben Anknüpfungspunkt sprechen.<sup>41</sup>

1. Aus eben diesem Grund spricht gegen den gewählten Anknüpfungspunkt schon auf den ersten Blick seine **durchgehende Verwendung** für alle Teilbereiche der internationalen Nachlassabwicklung. Belegenheit des Vermögens in und Zugehörigkeit des Erblassers zu einem bestimmten Staat werden (als nicht der freien Disposition des Erblassers, sondern) als gesetzlich vorgegebene Zu-

<sup>40</sup> Zu den im Text erwähnten Fallgestaltungen s. näher oben Pkt. B.III.

<sup>41</sup> Eine Neuordnung auf erbrechtlichem Gebiet, die den EU-Mitgliedstaaten nicht bloß 'aufoktroiert' wird, sondern von deren innerem Konsens getragen ist, müßte folgender Gegenprobe standhalten: Würden die Mitgliedstaaten diese Neuordnung auch 'aus freien Stücken' – also mittels völkerrechtlichen Vertrags – übernehmen? Nur wenn diese Frage bejaht werden kann, spricht einiges dafür, daß es sich um eine mit der Rechtstradition und Rechtskultur in den einzelnen Mitgliedstaaten verträgliche Neuordnung handelt.

ordnungskriterien fast gänzlich ausgeschaltet. Die dadurch erzielte Verfahrenskonzentration und das einheitliche Schicksal des Nachlasses sollen dies rechtfertigen. Indes geht dies zu Lasten einer im letzten nicht disponiblen Ordnung, die sowohl – zum Schutze der nächsten Angehörigen – Pflichtteilsrechte vorsieht als auch Rücksicht auf familien- und sozialrechtliche Gegebenheiten sowie sachenrechtliche Strukturen in dem jeweiligen Staat nimmt.

2. Eine Durchsicht der gesammelten Länderberichte zeigt nun, dass die Rechtsordnungen der EU-Mitgliedstaaten durchaus mehr an **Gemeinsamkeiten** aufweisen, als die Studie zu erkennen gibt.<sup>42</sup> Wenn die Studie selbst einleitend festhält, dass sie "eine Harmonisierung des materiellen Erbrechts der EU-Mitgliedstaaten weder für machbar noch für wünschenswert" hält, weil "in den einzelnen Mitgliedsstaaten unterschiedliche Rechtstraditionen und unterschiedliche gesellschaftliche Vorstellungen über Ehe und Familie (insbes. beim gesetzlichen Erbrecht und beim Pflichtteilsrecht)" bestehen, und die Ansicht äußert, dass "die meisten Friktionen aus den Unterschieden der nationalen Rechtsordnungen ... sich bereits durch eine einheitliche Bestimmung des anwendbaren Rechts vermeiden (lassen)",<sup>43</sup> dann kann die zu deren Lösung vorgeschlagene Kollisionsnorm nicht darin bestehen, 'das Kind mit dem Bade auszuschütten'. Vielmehr bedürfte es dann einer umsichtigen Kombination der in den einzelnen Rechtsordnungen statuierten Anknüpfungspunkte, um so viel als irgend möglich von ihren unterschiedlichen Rechtstraditionen und -kulturen innerhalb der Europäischen Union zu bewahren.

3. Die zur Abgrenzung der Jurisdiktion in Erbsachen und zur Bestimmung des anwendbaren Rechts in den EU-Mitgliedstaaten bis heute maßgeblichen Anknüpfungspunkte unterscheiden – im Unterschied zu dem in der EU-Studie "Erbrecht" gewählten kollisionsrechtlichen Ansatz – insbesondere danach, ob es sich um die Rechtsnachfolge in unbewegliches oder in bewegliches Vermögen des Erblassers handelt.

a) So pflegen die Mitgliedstaaten für die Erbfolge in das auf ihrem Territorium belegene **unbewegliche Vermögen** in aller Regel die internationale Zuständigkeit zu beanspruchen (und lehnen diese bezüglich der in einem anderen Staat befindlichen unbeweglichen Nachlassgüter ab). Auf der ju-

---

<sup>42</sup> Dies gilt nach wie vor auch mit Blick auf die *neuen zehn EU-Mitgliedstaaten*, deren Recht in der EU-Studie "Erbrecht" noch nicht berücksichtigt werden konnte. So sehen diejenigen Staaten, die für *bewegliches Vermögen* einen territorialen Anknüpfungspunkt vorsehen (wobei die 'Palette' vom *domicile* über den Wohnsitz bis zum gewöhnlichen Aufenthalt reicht), für *unbewegliches Vermögen* stets die Geltung des Belegenheitsrechts vor (so in *Estland, Litauen, Malta und Zypern*); in *Lettland* gilt (nach den mir zugänglichen Rechtsquellen) unverändert für bewegliches und unbewegliches Vermögen die *lex rei sitae*; demgegenüber unterstellen *Polen*, die *Tschechische* und die *Slowakische Republik* sowie *Slowenien* und *Ungarn* den *gesamten* Nachlaß dem Heimatrecht des Verstorbenen, stellen also auf die Staatsangehörigkeit (und nur bei Personen ohne oder mit ungeklärter Staatsbürgerschaft auf den Wohnsitz oder den gewöhnlichen Aufenthalt) des Erblassers ab.

<sup>43</sup> S. die "Zusammenfassung der Vorschläge", Pkt. 5. a und b (S. XX f.).



risdiktionalen Ebene herrscht also das Prinzip des *forum rei sitae*. Doch führt dies nicht notwendig zu einer (echten) Nachlassspaltung. Denn nur ein Teil der Mitgliedstaaten folgt auf der kollisionsrechtlichen Ebene durchgehend dem Prinzip der *lex rei sitae*, sieht also für *titulus* (Berufung zur Rechtsnachfolge von Todes wegen) und *modus* (Erbschaftserwerbsart) das gleiche Recht vor (und kommt damit zu einem **Gleichlauf** von Belegenheitsstaat und Belegenheitsrecht). Die anderen lassen zu, dass sich *titulus* und *modus* nach einem verschiedenen Recht richten, so dass z.B. die Berufung zur Erbfolge nach dem Recht des Heimatstaates des Erblassers und die Erwerbsart nach dem Recht der Belegenheit des unbeweglichen Vermögens zu beurteilen ist.

Hier generell – wegen eines überzogenen Postulats der Wahrung der Nachlassseinheit – diesen Belegenheitsstaaten ihre bislang unangefochten beanspruchte Kompetenz zu entziehen, entbehrt jeder rechtspolitischen Rechtfertigung. Darüber hinaus trägt dies auch nicht zu der angestrebten (und überhaupt erst eine so grundlegende Änderung der bestehenden Rechtslage legitimierenden) Vereinfachung der Nachlassabwicklung bei; denn sehr oft bedarf es zusätzlicher Verfahrensschritte in dem betreffenden Staat, um die Erben in den rechtlichen wie auch faktischen Besitz der ihnen zustehenden Liegenschaften oder sonstigen unbeweglichen Nachlassgüter einzuweisen. Diese Notwendigkeit wird in der EU-Studie "Erbrecht" auch durchaus aufgezeigt, und für die sich hieraus ergebenden Probleme wird die Ausstellung eines "nationalen *lettre de vérification*" durch die Behörden des Belegenheitsstaates vorgeschlagen. Sofern dieses zusätzliche Verfahren jedoch in Bindung an die Entscheidung des zur Nachlassabwicklung primär berufenen Aufenthaltsstaates durchzuführen ist, wird es freilich auf einen bloßen **Formalakt** reduziert.

- b) Größere Unterschiede sind in bezug auf das **bewegliche Vermögen** festzustellen. Doch erweist sich auch hier eine Fallkonstellation als relativ unproblematisch, nämlich diejenige eines Erblassers, der seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt in dem Staat hatte, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt oder dem er auf Grund des Domizilprinzips im angelsächsischen Sinn unverändert angehört (**EU-Inländer**). Für diesen Fall kann nicht ernsthaft strittig sein, dass diesem Staat die europäische Abhandlungsjurisdiktion zustehen sollte, mag diese auch nicht allumfassend sein – wie es die Vorschläge propagieren. Denn nach derzeit geltendem Recht umfasst die internationale Zuständigkeit dieses Staates in aller Regel lediglich das inländische (und nicht das ausländische) unbewegliche Vermögen und vielfach auch nur das inländische (und nicht das ausländische) bewegliche Vermögen. Hier ließe sich nun dafür plädieren, noch weitergehend dem Heimat- und zugleich Ansässigkeitsstaat die internationale Zuständigkeit auch für das im Ausland befindliche bewegliche Vermögen zuzuweisen,

zumindest auf Antrag der Erbprätendenten. Für diesen Fall wäre freilich dafür zu sorgen, dass diese Güter entweder von den Erben in dem Belegenheitsstaat in Empfang genommen oder dass sie rasch und ohne großen Verwaltungsaufwand in den zur umfassenden Nachlassabwicklung zuständigen Staat transferiert werden können.

- c) Die wirklich problematische Gruppe – um deretwillen sichtlich die traditionellen Grundwertungen geopfert werden sollen – bilden somit die Nachlässe derjenigen Staatsangehörigen aus EU-Mitgliedstaaten, die sich zuletzt in einem nicht mit ihrem Personalstatut übereinstimmenden EU-Mitgliedstaat gewöhnlich aufgehalten haben (**EU-Ausländer**), und generell die Nachlässe von **Staatsangehörigen aus Drittstaaten**.

Nur bei diesen Gruppen besteht nämlich eine echte internationale Zuständigkeitskonkurrenz zwischen mehreren Staaten und nur bei ihnen stellt sich auch rechtspolitisch die kollisionsrechtliche Grundfrage der Wahl zwischen dem Staat, welchem der Erblasser **angehört** hat (im Sinne des kontinentaleuropäischen Staatsbürgerschafts- oder angelsächsischen Domizilprinzips), und dem Staat, in welchem der Erblasser zuletzt **ansässig** war.

Will man hier nicht zulassen, dass das Recht jener Staaten, die noch vom **Personalstatut** ausgehen, völlig hintangesetzt wird, so kann der Ansatz nur bei der kollisionsrechtlichen Regelung dieser Staaten liegen und nicht umgekehrt – wie dies der Vorschlag suggeriert – bei dem Ansässigkeitsprinzip. Denn nur die Staatsbürgerschaft (und das Domizil im angelsächsischen Sinn) ist – zwar grundsätzlich durchaus veränderbar, aber – nicht frei amovibel.<sup>44</sup>

4. Auf dieser Grundlage sollen hier erste Anregungen dafür gegeben werden, wie eine solche vorsichtig vereinheitlichende Regelung für den Europäischen Justizraum aussehen könnte:

- a) Für die **Erbfolge in das unbewegliche Vermögen** sollte es primär bei der internationalen Zuständigkeit des Belegenheitsstaates bleiben. Dies insbesondere dann, wenn das *forum rei sitae* auch die *lex rei sitae* nach sich zieht. Hingegen sollte es dem Staat, der nicht diesem Prinzip folgt, freistehen, seine internationale Zuständigkeit an den Staat abzutreten, dessen Recht berufen ist, über die Erbfolge (*titulus*) zu entscheiden; es verbliebe ihm in diesem Fall nur eine sekundäre ergänzende Zuständigkeit für den Fall, dass sich die Erwerbsart (*modus*) nach dem Recht des Belegenheitsstaates richtet und dieses besondere Erwerbsakte vorsieht.
- b) Für die **Erbfolge in das bewegliche Vermögen von EU-Inländern** sollte die primäre (und alleinige) internationale Zuständigkeit des Heimat- und

<sup>44</sup> Dabei wird nicht übersehen, daß dieses Kriterium bei heimatlosen Personen – *Personen ohne oder mit ungeklärter Staatsbürgerschaft* – nicht in Betracht kommt. Bei ihnen tritt daher das *territoriale Moment* des Wohnsitzes oder Aufenthalts über eine gewisse Zeitspanne hinweg an die Stelle des personalen Bezugs zu einem bestimmten Staat.

Ansässigkeitsstaates vorgesehen werden. Alle anderen EU-Mitgliedstaaten sollten zur Ausfolgung des auf ihrem Territorium befindlichen Vermögens in Form der Transferierung in den international zuständigen Staat oder der Übergabe an eine von dessen Behörden ermächtigte Person verpflichtet sein.

- c) Nur bei der **Erbfolge in das bewegliche Vermögen von EU-Ausländern** bestehen echt konkurrierende internationale Zuständigkeiten und Divergenzen im Kollisionsrecht. Diese wären wie folgt zu lösen: Zwar ist ein möglichst weitgehender Gleichlauf von internationaler Zuständigkeit und anwendbarem Recht anzustreben, aber: nicht bei dem letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers, sondern bei dessen **Personalstatut** ist anzusetzen. Nur wenn dieser Staat seine internationale Zuständigkeit nicht wahrnehmen will, weil er es vorzieht, seine Staatsangehörigen (jedenfalls kollisionsrechtlich) dem Recht zu unterstellen, das an dessen letztem gewöhnlichen Aufenthalt gilt, kann er sich – als einzige ihm frei gestellte **Option** – kollisionsrechtlich für die Anknüpfung an den letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers entscheiden. Dann aber kommt auch diesem Staat die internationale Zuständigkeit zu, so dass er auf diesen Erbrechtsfall sein eigenes materielles Recht anwenden kann. Für den **Heimatstaat**, der auf den Aufenthaltsstaat verweist, folgt demnach die **Gerichtszuständigkeit** dieses Staates aus der **Rechtszuständigkeit**; für den **Aufenthaltsstaat**, der aus diesem Grund international zuständig wird, folgt die **Rechtszuständigkeit** aus dieser (von ihm zu akzeptierenden) **Gerichtszuständigkeit**. So wird eine einheitliche Vorgangsweise im gesamten europäischen Justizraum hergestellt.
- d) Für die **Erbfolge in das bewegliche Vermögen von Drittstaaten** sollte sich die europäische Abhandlungsjurisdiktion auf das im Inland befindliche Vermögen beschränken; die vereinheitlichte Kollisionsnorm sollte auch hier auf deren Heimatstaat (und -recht) verweisen; und sie sollte so ausgestaltet sein, dass jede Weiter- oder Rückverweisung des drittstaatlichen Kollisionsrechts auf das Recht eines EU-Mitgliedstaates (sei es desjenigen, in dem das bewegliche Vermögen belegen ist, sei es desjenigen, in dem der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt hatte) von diesem anzunehmen ist. Bei konkurrierender internationaler Zuständigkeit mehrerer EU-Mitgliedstaaten könnte eine EU-interne Regelung noch zusätzlich vorsehen, dass die internationale Zuständigkeit zur Nachlassabwicklung des in den EU-Staaten belegenen beweglichen Vermögens einem von ihnen überlassen werden kann.
- e) Die Behörden jedes Mitgliedstaates haben zunächst zu prüfen, ob die Nachlassabwicklung durch sie vorzunehmen ist oder nicht; zur Klärung der für diese Entscheidung notwendigen Fakten und zur Sicherung des auf ih-

rem Territorium befindlichen Nachlassvermögens sind sie stets international zuständig.

### E) Schlussbemerkung

Der **Haupteinwand** gegen die in der EU-Studie "Erbrecht" vorgeschlagene Regelung richtet sich also nicht gegen deren Grundidee einer möglichst weitgehenden Vereinfachung der internationalen Nachlassabwicklung durch einen Gleichlauf von internationaler Zuständigkeit und anwendbarem Recht sowie die Konzentration des Verfahrens in ein und demselben Staat – sondern gegen die **Wahl des Kriteriums**, mit dem dieses Ziel erreicht werden soll: nämlich eines solchen, das bewirkt, dass den einzelnen Mitgliedstaaten ihre Regelungskompetenz auf indirektem Weg entzogen wird, und zwar sowohl hinsichtlich des auf ihrem Territorium belegenen unbeweglichen Vermögens als auch hinsichtlich ihrer eigenen Staatsangehörigen. Denn eben dieser Effekt kann vermittels der "wandelbaren Anknüpfung" durch den Erblasser selbst jederzeit herbeigeführt werden. Hierfür genügt es, dass er sich – sei es auch nur vorübergehend – außer Landes begibt: Ortswechsel und Rechtswahl ermöglichen ihm, sein Erbstatut praktisch ohne jede Einschränkung selbst zu bestimmen. Dies ist aber weder sachlich wünschenswert noch in der Praxis durchhaltbar. Sollen demnach die derzeit geltenden Erbrechtsordnungen in den EU-Mitgliedstaaten nicht 'Makulatur durch einen Federstrich' des Erblassers werden, so gilt es Abschied von dem gleichsam zum Dogma erhobenen 'System der Nachlasseinheit' zu nehmen – einem System, das aber bemerkenswerterweise dann sofort wieder 'über Bord geworfen' wird, wenn es darum geht, das eigentliche (von den meisten, wenn nicht gar von allen Mitgliedstaaten aber keineswegs geteilte) Ziel anzusteuern: nämlich die volle Entbindung des Erblassers von den zwingenden Vorgaben seines Heimatrechts. Solange indes die Mitgliedstaaten an ihrer eigenen Rechtskultur gerade im Familien- und Erbrecht bewusst festhalten, kann keiner Regelung das Wort geredet werden, die es allzu leicht macht, deren Grundwertungen zu unterlaufen. An den Repräsentanten der Mitgliedstaaten wird es liegen, dieses zentrale Anliegen in den zuständigen Institutionen der Europäischen Union auch rechtspolitisch wirksam zu vertreten.

**Prof. Bajons:**  
**L'Interdépendance du Droit International Privé et du  
Droit International de la Procédure Civile lors de la Créa-  
tion d'un Espace Juridique Européen pour les Successions  
Internationales**  
**- Résumée -**

A) Les règles de conflit de lois unifiées proposées par l'étude doivent être soumises à une analyse critique portant le regard sur les lois nationales des différents Etats membres et leur praticabilité.

B) I. L'harmonisation des systèmes juridiques nationaux ne peut se faire que sous respect des traditions des Etats membres. En matière de conflits de lois, ces principes traditionnels pratiqués dans les Etats membres consistent en le rattachement à la nationalité, la compétence matérielle et la compétence des autorités de l'Etat de la situation des biens – en ce qui concerne les biens immeubles – ainsi qu'en l'interdiction du choix de la loi applicable et du tribunal compétent. Les propositions de l'étude sont contraires à ces intérêts traditionnels d'ordre politique des Etats membres.

II. Le rattachement des successions et de la compétence à un critère facilement modifiable, selon la volonté du testateur, et l'admissibilité du choix de la loi applicable permettent au testateur de se soustraire aux dispositions contraignantes d'un Etat.

1. Le principe de la compétence globale des autorités compétentes des successions au lieu de la dernière résidence habituelle du défunt ne tient pas compte des intérêts légitimes ni de l'Etat national ni de l'Etat de la situation des biens qui cherchent eux-aussi à régler la succession.

2. Le rattachement de la succession à la dernière résidence habituelle permet au testateur de mettre à l'écart les dispositions contraignantes d'un Etat, en changeant tout simplement le lieu de sa résidence.

3. L'admissibilité du choix de la loi applicable va de pair avec une modification globale des règles de conflit de loi de presque tous les Etats membres. La nécessité du choix de la loi pour éviter les effets du rattachement objectif, idée retenue par les auteurs de l'étude, résulte uniquement du fait que la résidence habituelle du testateur n'est pas un critère de rattachement stable.

III. De toute façon, il n'est pas possible d'éviter totalement une scission de la succession.

1. Les dispositions de l'Etat de la situation des biens portant sur la dévolution successorale spéciale de certains biens de la succession doivent être reconnues. Par conséquent, les autorités dans l'Etat de la situation des biens doivent également régulièrement intervenir pour la dévolution successorale.

2. En cas de déshérence, l'adoption proposée de l'art. 16 de la Convention de la Haye de 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort aurait pour conséquence la scission de la succession.

3. La scission de la succession a également lieu lorsque la masse successorale du défunt est située dans un Etat qui ne fait pas partie de l'Union Européenne et qui prétend à la compétence exclusive et/ou retient comme loi successorale la loi de la situation des biens.

C) De même, du point de vue pratique, il restent des doutes par rapport à la question de savoir si la compétence exclusive des autorités de l'Etat de la résidence habituelle facilite véritablement la liquidation de la succession, comme les auteurs de l'étude le prétendent. Il existe notamment des problèmes dans les cas où la résidence habituelle ne peut pas être établie avec certitude. Ces problèmes sont résolus par le tribunal premièrement saisi qui détermine la compétence et la loi applicable. Sa décision doit être reconnue par tous les autres Etats. Si le testateur choisit sa loi nationale, la compétence et la loi applicable diffèrent alors l'un de l'autre.

D) L'harmonisation doit se baser sur les critères communs des systèmes juridiques européens et apporter le moins de modifications possibles. Les piliers de l'harmonisation du droit sont donc le rattachement à la nationalité ou au domicile (common law) pour les biens meubles et à la situation des biens pour les biens immeubles.

S'ensuivent les propositions alternatives suivantes:

- Pour les biens immeubles situés dans un Etat membre, il faut retenir en premier lieu la loi de la situation de ces biens. La loi successorale matérielle peut être rattachée à la situation des biens; dans le dernier cas, l'Etat de la situation des biens peut aussi se déclarer internationalement incompétent en faveur de la *lex causae*.
- L'ensemble des biens meubles d'un citoyen de l'UE est régi exclusivement par la loi nationale lorsque le défunt avait sa dernière résidence habituelle commune dans l'Etat dont il était ressortissant.
- Si la dernière résidence habituelle est située dans un autre Etat que l'Etat de sa nationalité ou de son domicile (common law), l'Etat de la nationalité ou du domicile devrait quand-même avoir la compétence pour les meubles. Cependant, l'Etat national a la possibilité - en matière de conflits de loi - de décliner sa compétence en faveur de la loi de la dernière résidence habituelle. Ainsi, il cède non seulement son droit d'appliquer sa loi mais aussi sa compétence judiciaire en faveur de l'Etat de la résidence habituelle. L'Etat de la résidence habituelle peut baser sa compétence et l'application de la *lex fori* sur le transfert de la compétence par l'Etat national.

- La compétence d'un Etat membre de l'EU se limite, en ce qui concerne les biens meubles de citoyens extracommunautaires, aux biens situés sur son territoire. En matière de conflits de lois, la succession devrait être rattachée à la nationalité ou au domicile, les renvois de la compétence à un Etat membre seraient acceptés par la loi de l'Etat membre en question.
- Les autorités de l'Etat de la situation des biens pourraient prévoir des mesures provisoires.

**Prof. Bajons:**  
**Interdependence of Rules of Jurisdiction and of Applicable  
Law when Creating a Unified Area of Jurisdiction for  
Cross-border Cases of Inheritance**  
**- Summary -**

A) The unified rules of conflict of laws proposed by the study have to be analysed critically as to how well they accord with the domestic law of the EU Member States and as to their practicality.

B) I. Any European harmonisation has to take into account the traditional legal principles of the Member States. Right now these fundamental principles of national law are safeguarded in successions by applying the law of the deceased's nationality, by basing jurisdiction on the situs of immovables and by the prohibition of a choice of law or a choice of forum. The propositions of the study go contrary to the traditional interests of the Member States.

II. By applying the law of the deceased's last habitual residence and by granting jurisdiction to the courts of the deceased's last habitual residence – which can easily be changed during the testator's lifetime – and by granting a choice of the applicable law in successions, as proposed in the study, the testator could evade the mandatory provisions of his or her national law.

1. The comprehensive jurisdiction of the courts of the deceased's last habitual residence disregards the legitimate interest of the home state as well as that of the state of situs.

2. The application of the law of succession of the deceased's last habitual residence enables the testator to evade mandatory rules of his or her national law by merely changing his or her residence.

3. Permitting a choice of law in successions would constitute a profound change in the conflict of laws of almost all Member States. The study claims that this change is necessary to balance the objective application of the law of the deceased's last habitual residence. However, the necessity of a correction surfaces only because the objective criterion is ill chosen and connected to an unstable criterion.

III. Even under the proposals by the study, the unity of the succession will not apply in all cases:

1. Regulations of the *lex situs* concerning the succession of specific assets have to be recognised. Consequently, to liquidate the estate action must be taken also by the authorities of the situs.

2. If there is no heir, the rule of art. 16 of the 1989 Hague Convention on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons, which the study proposes to apply, causes a scission of the estate.



3. A scission of the estate also occurs, if property of the deceased is situated in a non-EU Member State, which either claims exclusive jurisdiction and/or applies the law of situs for successions.

C) Concerning the practical aspects, *Prof. Bajons* doubts whether the proposed concentration of the jurisdiction with the authorities of the state of the deceased's last habitual residence will make the procedure more efficient, as the study envisages. Problems will arise if the last habitual residence is not definitely ascertainable. If it is not clear which the last habitual residence is, the court which first decides, determines the jurisdiction and the applicable law, and this is binding also on the courts of the other Member States. If the testator chooses his or her national law, jurisdiction and the applicable law will consequently differ from each other.

D) Any harmonisation should be based on the existing similarities of the European legal systems and make the fewest necessary changes. The harmonisation should therefore be based on granting jurisdiction to the state of the situs as to immovables and to the state of the deceased's nationality or domicile (common law) as to movables.

Thus, *Prof. Bajons* proposes the following alternative rules for harmonisation:

- For immovables situated in a Member State, the state of the situs should have priority jurisdiction. The state of the situs might apply its own inheritance law or might refer to another law. In the second case, the state of the situs might also cede jurisdiction to the state of the *lex causae*.
- For movables the state of the nationality of the deceased should have exclusive jurisdiction, if an EU-citizen had his or her last habitual residence in his national state.
- If an EU-citizen had his last habitual residence in another state but his state of nationality or domicile (common law), nevertheless the state of his nationality or domicile should have prior jurisdiction for movables. However, the state of the nationality might refer – in terms of conflict of laws – to the law of the state of the deceased's last habitual residence. Then the state of the deceased's last habitual residence would have jurisdiction and it may apply its own law of successions.
- Concerning movables of non-EU-citizens, every EU Member State should have jurisdiction limited to the movables situated on its territory. All EU Member States should apply the law of the deceased's nationality or domicile (common law); remissions to the jurisdiction of one of the EU Member States would be acceptable.
- Provisional measures would be undertaken by the authorities of the state where the property is situated.

