

# Optionales Erbrecht: Das Europäische Nachlasszeugnis als Herausforderung an das Kollisionsrecht

Von JENS KLEINSCHMIDT, Hamburg\*

## Inhaltsübersicht

I. Problemstellung . . . . .	726
II. Regelungsbedürfnis für ein Europäisches Nachlasszeugnis . . . . .	727
1. Zur Vielfalt der Erbnachweise in den Mitgliedstaaten . . . . .	727
2. Schwierigkeiten bei der Verwendung eines Erbnachweises im Ausland . . . . .	730
III. Zwei Ansatzpunkte: Ausbau des Anerkennungsprinzips oder Rechtsvereinheitlichung . . . . .	735
1. Verbesserung der Verkehrsfähigkeit nationaler Erbnachweise . . . . .	735
a) Die »Annahme« nationaler Erbnachweise nach Art. 59 EuErbVO . . . . .	735
b) Reduktion des Art. 59 EuErbVO im Hinblick auf das Europäische Nachlasszeugnis? . . . . .	741
c) Verbleibende Schwierigkeiten . . . . .	742
2. Schaffung eines supranationalen Erbnachweises: Das Europäische Nachlasszeugnis . . . . .	743
a) Das Haager Nachlassabwicklungszeugnis . . . . .	743
b) Weitere mögliche Vorbilder . . . . .	745
IV. Das Europäische Nachlasszeugnis als optionales Recht . . . . .	745
1. Anwendungsbereich des Europäischen Nachlasszeugnisses . . . . .	746
2. Verhältnis zu nationalen Erbnachweisen . . . . .	746
3. Die Regelungstechnik des optionalen Instruments . . . . .	750

---

\* Dieser Beitrag beruht auf meinem am 10. Oktober 2012 vor der Bucerius Law School Hamburg gehaltenen Habilitationsvortrag.

Abgekürzt werden zitiert: *Christian von Bar/Peter Mankowski*, Internationales Privatrecht I<sup>2</sup> (2003); *Markus Buschbaum/Marius Kohler*, Vereinheitlichung des Erbkollisionsrechts in Europa: Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (GPR) 2010, 106–113 (Zweiter Teil: 162–170); *Markus Buschbaum/Ulrich Simon*, EuErbVO: Das Europäische Nachlasszeugnis: Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV) 19 (2012) 525–530; *Roberto Dall’Agora*, Die Legitimation des Erben (1990); *Deutscher Notarverein*, Stellungnahme vom 19. 1. 2010 zum Vorschlag für eine Verordnung des Parlaments und des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und öffentlichen Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, abrufbar unter <[http://www.dnotv.de/\\_files/Dokumente/Stellungnahmen/ErbVOStellungnahmeDNotV\\_clean\\_VersandVO.pdf](http://www.dnotv.de/_files/Dokumente/Stellungnahmen/ErbVOStellungnahmeDNotV_clean_VersandVO.pdf)> (zitiert: *DNotV*); *Heinrich Dörner*, Der Entwurf einer europäischen

V. Funktionsvoraussetzungen eines optionalen Nachlasszeugnisses . . . . .	751
1. Einheitliches Kollisionsrecht zur Vermeidung einer bloßen Anerkennung von Rechtslagen . . . . .	751
a) Herausforderung 1: Qualifikation (Zusammenspiel von Erbrecht und Güterrecht) . . . . .	752
b) Herausforderung 2: Anpassung und Transposition (Vindikationslegat) . . . . .	759
c) Herausforderung 3: Vorfragen (Bestehen einer Ehe) . . . . .	764
2. Einheitliche Auslegung zur Vermeidung einer Zersplitterung des Einheitsrechts . . . . .	767
3. Einheitliche Zuständigkeitsordnung zur Vermeidung divergierender Ergebnisse . . . . .	768
4. Einheitliches Verfahren zur Erhöhung der Akzeptanz . . . . .	769
a) Antragsgrundsatz . . . . .	770
b) Amtsermittlung und Mitteilungspflichten . . . . .	773
5. Funktionstüchtiger Mechanismus für die Ausübung der Option . . . . .	773

Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht: ZEV 2010, 221–228 (zitiert: Entwurf); *ders.*, EuErbVO: Die Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht ist in Kraft!: ZEV 2012, 505–513 (zitiert: EuErbVO); *Anatol Dutta*, Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union: FamRZ 2013, 4–15; Erbrecht in Europa<sup>2</sup>, hrsg. von *Rembert Süß* (2008); Fachanwaltskommentar Erbrecht<sup>4</sup>, hrsg. von *Andreas Frieser* (2013) (zitiert: FAKomm. ErbR [-Martiny]); *Jonathan Fitchen*, »Recognition«, Acceptance and Enforcement of Authentic Instruments in the Succession Regulation: Journal of Private International Law (J. Priv. Int. L.) 8 (2012) 323–358; *Andreas Fötschl*, The Relationship of the European Certificate of Succession to National Certificates: European Review of Private Law (ERPL) 2010, 1259–1271; *Reinhold Geimer*, Die geplante Europäische Erbrechtsverordnung, Ein Überblick, in: *Europäisches Erb- und Erbverfahrensrecht*, hrsg. von *Gerte Reichelt/Walter H. Rechberger* (2011) 1–25; *Peter Gotthardt*, Anerkennung und Rechtsscheinswirkungen von Erbfolgezeugnissen französischen Rechts in Deutschland: ZfRV 1991, 2–13; *Volker Grau*, Der Europäische Erbschein, in: *Kompetenz und Verantwortung in der Bundesverwaltung*, hrsg. von *Thomas Bönders* (2009) 477–487; *Ulrich Haas*, Der europäische Justizraum in »Ersachens«, in: *Perspektiven der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen in der Europäischen Union*, hrsg. von *Peter Gottwald* (2004) 43–112; Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, hrsg. von *Jürgen Basedow/Klaus J. Hopt/Reinhard Zimmermann* (2009) (zitiert: *Bearb.*, in: HWBEuP); *Christian Heinze*, Bausteine eines Allgemeinen Teils des europäischen Internationalen Privatrechts, in: *Die richtige Ordnung*, FS Kropholler (2008) 105–127; *Christian Hertel*, Anmerkung zu OLG Bremen vom 19. 5. 2011 – 3 W 6/11: DNotZ 2012, 688–691; *Burkhard Hess et al.*, Stellungnahme zum Vorschlag für eine Europäische Erbrechtsverordnung Version 2009/157 (COD) vom 16. 1. 2012, PE 462.430 (zitiert: Heidelberg-Stellungnahme); *Edmond Jacoby*, Acte de notoriété ou certificat successoral européen: La semaine juridique, Edition notariale et immobilière (JCP N) 2012, 1272 (zitiert: Acte); *ders.*, Le certificat successoral européen: JCP N 2010, 1122 (zitiert: Certificat); *Ulrike Janzen*, Die EU-Erbrechtsverordnung: DNotZ 2012, 484–493; *Erik Jayme*, Zur Reichweite des Erbstatuts, in: *Europäisches Erb- und Erbverfahrensrecht* (diese Note) 27–40; *Sylvia Kaufhold*, Zur Anerkennung ausländischer öffentlicher Testamente und Erbnachweise im Grundbuchverfahren: ZEV 1997, 399–405; *Gerhard Kegel/Klaus Schurig*, Internationales Privatrecht<sup>9</sup> (2004); *Marius Kohler/Markus Buschbaum*, Die »Anerkennung« öffentlicher Urkunden?: IPRax 2010, 313–316; *Karl F. Kreuzer*, Was gehört in den Allgemeinen Teil eines Europäischen Kollisionsrechts?, in: *Kollisionsrecht in der Europäischen Union*, hrsg. von *Brigitta Jud/Walter H. Rechberger/Gerte Reichelt* (2008) 1–62; *Jan Kropholler*, Internationales Privatrecht<sup>6</sup> (2006); *Knut Werner Lange*, Das geplante Europäische Nachlasszeugnis: DNotZ 2012, 168–179; *Daniel Lehmann*, Die Reform des Internationalen

VI. Attraktivität der Wahl eines optionalen Nachlasszeugnisses . . . . .	774
1. Materiell-rechtliche Ausgestaltung . . . . .	774
a) Legitimations- und Beweiswirkung . . . . .	775
b) Die Gutgläubenswirkung insbesondere . . . . .	776
2. Ausgestaltung des Verfahrens . . . . .	780
a) Kosten des Verfahrens . . . . .	780
b) Dauer des Verfahrens . . . . .	780
c) Komplexität des Verfahrens . . . . .	781
d) Sprachprobleme . . . . .	783
VII. Fazit und Ausblick . . . . .	783
Summary: <i>The European Certificate of Succession: An Optional Instrument</i> <i>as a Challenge for Private International Law</i> . . . . .	784

## I. Problemstellung

EU-Bürger machen von ihren Grundfreiheiten Gebrauch. Sie verlassen aus den verschiedensten Gründen für einige Jahre oder für immer ihr Heimatland und ziehen in einen anderen Mitgliedstaat. Sie bauen dort Beziehungen auf. Sie erwerben Eigentum. Daraus ergeben sich vielfältige rechtliche Fragestellungen. Ein Fragenkomplex betrifft die Planung und Abwicklung des Nachlasses dieser EU-Bürger. Schätzungen zufolge weisen

---

Erb- und Erbprozessrechts im Rahmen der geplanten Brüssel IV-Verordnung (2006); Kurt Lipstein, Das Haager Abkommen über die internationale Abwicklung von Nachlässen: *RabelsZ* 39 (1975) 29–55; Brigitta Lurger, Der Europäische Erbschein – ein neues Rechtsinstrument für Notare und Rechtspraktiker in Europa, in: *Brücken im Europäischen Rechtsraum*, hrsg. von Walter H. Rechberger (2010) 45–63; *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*, 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: *RabelsZ* 74 (2010) 522–720 (zitiert: *MPI*); Münchener Kommentar zum BGB<sup>5</sup> IX (2010), X (2010), XI (2010) (zitiert: *Münch. Komm. BGB [-Bearb.]*); Münchener Kommentar zur ZPO IV<sup>3</sup> (2010) (zitiert: *Münch. Komm. ZPO [-Rauscher]*); Karlheinz Muscheler, *Erbrecht* (2010); Cyril Nourissat/Pierre Callé/Paolo Pasqualis/Patrick Wautelet, Pour la reconnaissance des actes authentiques au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice: Les petites affiches 4. 4. 2012 (Nr. 68) 6–14 (zitiert: *Nourissat et al.*); Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*<sup>72</sup> (2013) (zitiert: *Palandt [-Bearb.]*); Thomas Rauscher (-ders.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht*, *EuZPR/EuIPR*, Einf EG-ErbVO-E (2010); Walter H. Rechberger, Das Europäische Nachlasszeugnis und seine Wirkungen: Österreichische Juristenzeitung (*ÖJZ*) 2012, 14–20 (zitiert: *Nachlasszeugnis*); Rechtsvergleichende Studie der erbrechtlichen Regelungen des Internationalen Verfahrensrechtes und Internationalen Privatrechts der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, in: *Les successions internationales dans l'UE*, hrsg. vom Deutschen Notarinstitut (2004) 169–328 (zitiert: *DNotI-Studie*); Julia Remde, Die Europäische Erbrechtsverordnung nach dem Vorschlag der Kommission vom 14. Oktober 2009: Rheinische Notar-Zeitschrift (*RNotZ*) 2012, 65–85; Jan Peter Schmidt, Die kollisionsrechtliche Behandlung dinglich wirkender Vermächtnisse: *RabelsZ* 77 (2013) 1–30; Klaus Schurig, Das internationale Erbrecht wird europäisch – Bemerkungen zur kommenden Europäischen Verordnung, in: *FS Spellenberg* (2010) 343–353; Ulrich Simon/Markus Busch-

inzwischen 10% aller Erbfälle einen Auslandsbezug auf.<sup>1</sup> Über zehn Jahre hat die Europäische Union (EU) daran gearbeitet, diesen Fragenkomplex mit einer europäischen Regelung zu bewältigen. Am 16.8. 2012 ist nun endlich die EU-Erbrechtsverordnung (EuErbVO)<sup>2</sup> in Kraft getreten. Sie wird vom 17.8. 2015 an in allen Mitgliedstaaten außer dem Vereinigten Königreich, Irland und Dänemark zur Verfügung stehen.<sup>3</sup>

Die Verordnung regelt – insoweit typisch für neuere Rechtsakte im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit – nicht nur das anwendbare Recht, sondern auch die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen. Einen besonders innovativen Teil der Verordnung enthalten die Artt. 62ff. EuErbVO. Darin wird ein Europäisches Nachlasszeugnis (ENZ) geschaffen. Das ENZ soll in allen Mitgliedstaaten drei Funktionen erfüllen: Es legitimiert erstens den Erben<sup>4</sup> gegenüber Behörden wie dem Grundbuchamt oder gegenüber privaten Nachlassschuldern wie Banken. Es erbringt zweitens eine widerlegliche Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit seines Inhalts. Drittens schützt es den gutgläubigen Dritten, der an den als Erben Ausgewiesenen leistet oder von ihm einen Nachlassgegenstand erwirbt.

Freilich existiert im autonomen deutschen Recht für genau diese drei Zwecke der Erbschein; die drei Funktionen werden gemeinhin als *Legitimationsfunktion* (z. B. § 35 I 1 Grundbuchordnung, GBO), *Beweisfunktion* (§ 2365 BGB) und *Gutgläubensfunktion* (§§ 2366f. BGB) bezeichnet.<sup>5</sup> Der Erbschein erfüllt seit Jahrzehnten seine Funktionen vollauf. Im Folgenden ist deshalb zunächst zu skizzieren, worin das Regelungsbedürfnis für ein über diesen bewährten Erbschein hinausgehendes Nachlasszeugnis besteht (unten II.). Nach dem Willen des Unionsgesetzgebers soll das ENZ die nationalen Nachweise wie den Erbschein nicht ersetzen. Im Anschluss muss daher der

---

*baum*, Die neue EU-Erbrechtsverordnung: NJW 2012, 2393–2398; *Dennis Solomon*, Die Anknüpfung von Vorfragen im Europäischen Internationalen Privatrecht, in: FS Spellenberg (diese Note) 355–370; *Hans Jürgen Sonnenberger*, Randbemerkungen zum Allgemeinen Teil eines europäisierten IPR, in: FS Kropholler (diese Note) 227–246; *von Staudinger*, Kommentar zum BGB (zitiert: *Staudinger* [-Bearb.] [Jahr]); *Fritz Sturm/Gudrun Sturm*, Das Europäische Nachlasszeugnis, Zum Vorschlag der Kommission vom 14. Oktober 2009, in: *Liber amicorum Sajko* (2012) 309–335; *Manfred Wenckstern*, Erbnachweis, in: HWBEuP 413–416; *Walter Zimmermann*, Erbschein und Erbscheinsverfahren<sup>2</sup> (2008).

<sup>1</sup> *Anne Röthel*, Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?, Gutachten A zum 68. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentags (2010) A17f.; *Lurger* 45.

<sup>2</sup> 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, ABl. 2012 L 201/107.

<sup>3</sup> Zu den Zielen der Verordnung allgemein siehe *ErwGr* 80.

<sup>4</sup> Ebenso den Testamentsvollstrecker; jedoch soll es vorliegend um die Position des Erben gehen.

<sup>5</sup> Näher etwa *Muscheler* Rz. 3274, 3330 ff.

Regelungsansatz der Verordnung geklärt werden: Sie ermöglicht einerseits eine erhöhte Verkehrsfähigkeit der nationalen Erbnachweise. Mit dem ENZ schafft sie jedoch darüber hinausgehend – begrenzt auf den Bereich des Erbnachweises – »optionales Erbrecht«. Der Erbe hat die Wahl, ob er einen Erbschein oder ein Europäisches Nachlasszeugnis beantragt (unten III.). Das ENZ reiht sich damit ein in eine immer größer werdende Zahl optionaler Instrumente (unten IV.). Ob das optionale ENZ ein Erfolgsmodell wird oder ob sich der Erbe weiterhin für einen nationalen Erbnachweis entscheiden wird, hängt von der Funktionstüchtigkeit und der Attraktivität des ENZ ab. Zu untersuchen ist deshalb erstens, ob das ENZ in der Ausgestaltung, die es im endgültigen Verordnungstext gefunden hat, die Funktionsvoraussetzungen eines optionalen Erbnachweises erfüllt (unten V.). Zweitens ist durch einen Vergleich zwischen ENZ und Erbschein zu ermitteln, ob das ENZ eine attraktive Option für den Erben darstellt (unten VI.).

## II. Regelungsbedürfnis für ein Europäisches Nachlasszeugnis

### 1. Zur Vielfalt der Erbnachweise in den Mitgliedstaaten

In den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen haben sich verschiedene Instrumente entwickelt, die es einem Erben ermöglichen, im Rechtsverkehr seine Erbenstellung zu belegen.<sup>6</sup> Unterschiede bestehen erstens darin, wer den Erbnachweis ausstellt. Während in manchen Rechtsordnungen ein Gericht zuständig ist,<sup>7</sup> sehen vor allem Rechtsordnungen romanischen Ursprungs keine gerichtlichen, sondern notarielle Urkunden vor.<sup>8</sup> Häufig handelt es sich dabei um Schöpfungen der Praxis, die teilweise – wie der italienische *atto di notorietà*<sup>9</sup> – von der Wissenschaft kaum beachtet werden. So hat sich etwa in Frankreich der *acte de notoriété* als bequeme, generell übliche,

<sup>6</sup> Überblicke in deutscher Sprache z.B. bei DNotI-Studie 277 ff.; *Wenckstern*; *Patrick Schroer*, Europäischer Erbschein (2010) 54 ff.; *Dallafior* 6 ff.; *Miriam Denking*, Europäisches Erbkollisionsrecht – Einheit trotz Vielfalt? (2009) 261 ff.; *Staudinger (-Herzog)* (2010) Einl zu §§ 2353–2370 Rz. 54 ff.; *Hans-Joachim Bauer (-von Oefele/Schaub)*, Grundbuchordnung<sup>3</sup> (2013) Rz. F 570 ff.

<sup>7</sup> Deutschland: § 2353 BGB (in Baden-Württemberg Aufgabenübertragung auf das Notariat, Art. 147 EGBGB i. V. m. §§ 1, 38 LFGG); Griechenland: DNotI-Studie 277 f.; Polen: *Wenckstern* 414; Bulgarien: *Rechberger*, Nachlasszeugnis 15; ähnliche Funktionen erfüllt der nach österreichischem Recht für das Einrücken in die Erbenstellung konstitutive, mit Rechtskraft ausgestattete Einantwortungsbeschluss, § 824 ABGB, *Rechberger*, Nachlasszeugnis 15.

<sup>8</sup> Niederlande (*verklaring van erfrecht*): Artt. 4:187, 4:188 BW; Spanien und Portugal: DNotI-Studie 283.

<sup>9</sup> *Calò*, Länderbericht Italien, S. 535 (abrufbar unter: <[http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/report\\_conflicts\\_italie.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/report_conflicts_italie.pdf)>); *Nathalie Berniquet Gajić*, La légitimation de l'héritier et les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire, in: *Le droit des successions en Europe*, Actes du colloque de 21 février 2002 (2003) 157–207 (195).

aber selbstverständlich nicht ausschließliche Form des Nachweises entwickelt, damit der Rechtsnachfolger<sup>10</sup> nicht stets – etwa im Verkehr mit Banken – Personenstandsurkunden oder Testamente vorlegen muss.<sup>11</sup> Seit dem Jahre 2002 wurde dieser Erbnachweis vom Gesetzgeber aufgegriffen und zugleich in wesentlichen Punkten fortgebildet.<sup>12</sup> In den nordischen Rechten dienen privat erstellte Nachlassverzeichnisse nicht nur als Grundlage für die Berechnung der Erbschaftsteuer, sondern auch als Nachweis der Erbenstellung.<sup>13</sup>

Wichtiger als dieser formale Unterschied (und unabhängig davon) sind zweiten Divergenzen in der Intensität der vom Aussteller vorzunehmenden Prüfung. Während etwa das Nachlassgericht in Deutschland eine Pflicht zur Amtsermittlung trifft (§ 2358 BGB), bestätigt der italienische Notar im *atto di notorietà* lediglich, dass vor ihm (beeidete) Erklärungen über die Rechtsnachfolge abgegeben wurden und die Erklärenden bestimmte Unterlagen vorgelegt haben.<sup>14</sup> Nicht nur auf den Angaben der Beteiligten, sondern auch auf eigenen Nachforschungen beruhen die notariellen Zeugnisse in Frankreich und in den Niederlanden.<sup>15</sup>

Für den Rechtsverkehr zentral sind drittens die Unterschiede in den Funktionen, die Erbnachweise nach ihrer jeweiligen Rechtsordnung wahrnehmen sollen. Entgegen der Vermutung, dass unterschiedliche Prüfungsintensitäten auch zu unterschiedlich weit reichenden Wirkungen der einzelnen Nachweise führen dürften, erweisen sich die Differenzen hier als nicht so fundamental.<sup>16</sup> Vielmehr zeigt sich ein übergreifendes Bedürfnis, den Rechtsnachfolger – beispielsweise bei der Bewirkung von Registeränderungen – zu legitimieren.<sup>17</sup> Hinsichtlich der Beweisfunktion begründet der

<sup>10</sup> Dies schließt auch den Universalvermächtnisnehmer (*légataire universel*) und den Erbteilvermächtnisnehmer (*légataire à titre universel*) ein.

<sup>11</sup> *Grimaldi*, *Droit civil, Les Successions*<sup>5</sup> (1998) Nr. 508 (Formulierungsbeispiele in Nr. 509).

<sup>12</sup> Artt. 730ff. Code civil, eingeführt mit Wirkung vom 1. 7. 2002 durch Art. 20 I loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral. Unberührt blieb davon eine interlokale Besonderheit in Elsass-Lothringen, wo weiterhin ein Erbschein nach deutschem Vorbild als *certificat d'héritier* existiert, der seine Wirkungen in ganz Frankreich entfaltet, dazu *Gotthardt* 3; DNotI-Studie 278 ff.

<sup>13</sup> Zu Schweden und Finnland siehe DNotI-Studie 286 ff.

<sup>14</sup> *Berniquet Gajić* (oben N. 9) 195.

<sup>15</sup> Frankreich: *Wolfgang Reinl*, Zum Erbnachweis in Frankreich: Rpfleger 2004, 464–466 (465); *Christoph Döbereiner*, Frankreich, in: *Erbrecht in Europa Rz.* 182; Niederlande: *Asser (-S. Perrick)* Bd. 4\*: *Errecht en schenking*<sup>14</sup> (2009) Nr. 421 ff.; *M. J. A. van Mourik*, *Handboek erfrecht*<sup>5</sup> (2011) 488 ff., insb. 497 ff.; *Berniquet Gajić* (oben N. 9) 182 ff.

<sup>16</sup> Ähnliche Einschätzung bei *Wenckstern* 415.

<sup>17</sup> In Frankreich wird zur Umschreibung des Grundstücksregisters zudem eine *attestation notariée* über den Eigentumsübergang verlangt (Artt. 29, 28 Nr. 3 décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière). Umstritten ist die Legitimationswirkung in

französische *acte de notoriété* wie der deutsche Erbschein eine Vermutung der Richtigkeit des Inhalts.<sup>18</sup> Geringeren Beweiswert hat der *atto di notoriété*: Zum Schutz der wahren Erben beweist die Urkunde nicht die Richtigkeit der darin beurkundeten Tatsachen oder Rechtsverhältnisse, sondern nur den Umstand, dass diese Tatsachen gegenüber dem Notar als bestehend erklärt wurden.<sup>19</sup> Sie entfaltet auch keine Vermutungswirkung.<sup>20</sup> Schließlich schützen nicht alle nationalen Erbnachweise den gutgläubigen Teilnehmer am Rechtsverkehr, der einen Nachlassgegenstand empfängt oder an einen vermeintlichen Erben leistet, davor, dass sich der Urkundensinhalt als unrichtig erweist.<sup>21</sup> Wo der Erbnachweis selbst keinen Gutgläubensschutz entfaltet, existiert jedoch meist ein funktional vergleichbarer Schutz mittels allgemeiner Gutgläubensvorschriften. Der Erbnachweis führt dann beispielsweise zu einer Präzisierung des Gutgläubensmaßstabs,<sup>22</sup> oder aber es besteht ohnehin ein Schutz des gutgläubigen Dritten, der aufgrund einer entgeltlichen Vereinbarung mit dem Scheinerben Rechte erwirbt.<sup>23</sup>

Die Gründe für verbliebene Differenzen sind keineswegs eindeutig. Kein Zusammenhang besteht zwischen der konkreten Ausgestaltung des Erbnachweises und dem jeweiligen System des Erbschaftserwerbs.<sup>24</sup> Plausibler,

---

Italien, wo die Artt. 2648, 2660 ff. Codice civile umfangreiche Vorgaben enthalten, welche Informationen und Dokumente für die Umschreibung von Immobilien vorzulegen sind.

<sup>18</sup> Art. 730–3 Code civil; seine Dignität bezieht der Erbnachweis daraus, dass eine unrichtig ausgestellte Urkunde den Notar zum Schadensersatz verpflichtet, Cass. civ. Ire 24. 10. 1984, Bull. civ. I, Nr. 279–281; *Philippe Malaurie, Successions*<sup>2</sup> (2006) Nr. 286. Ähnlich das niederländische Recht, *L. C. A. Verstappen*, in: Erfrecht<sup>2</sup>, *Tekst & Commentaar*, hrsg. von *W. D. Kolkman et al.* (2006) Art. 187 Anm. 1; *Van Mourik* (oben N. 15) 488. Ein Gericht ist jedoch nicht an den Inhalt gebunden (Hoge Raad 30. 6. 2000, NJ 2001, 389), so dass die *verklaring* keine Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit begründet, *Wolfgang Mincke, Einführung in das niederländische Recht* (2002) Rz. 360.

<sup>19</sup> *Tilman Engbers, Deutsch-italienische Erbfälle* (2002) 204; DNotI-Studie 285 m. w. N.

<sup>20</sup> *Dalla Fior* 135; vgl. auch die Auskunft des italienischen Justizministeriums vom 14. 12. 1989, abgedruckt in: *Jahrbuch für italienisches Recht* 5 (1992) 288.

<sup>21</sup> Siehe aber für Frankreich Art. 730–4 Code civil; dazu *Malaurie* (oben N. 18) Nr. 286. Damit baut das Gesetz auf der insoweit obsolet gewordenen Lehre vom *héritier apparent* auf, die über die allgemeinen Gutgläubensvorschriften hinaus (insbesondere Artt. 1240, 2276 Code civil) denjenigen, der gutgläubig auf die Verfügung eines scheinbaren Erben vertraute, schützte, dazu *Grimaldi* (oben N. 11) Nr. 527 m. w. N.; *Malaurie* (oben N. 18) Nr. 289.

<sup>22</sup> Niederlande: Wer sich auf die Angaben in einer *verklaring van erfrecht* verlässt, gilt beim Erwerb eines Rechts (Artt. 3:86, 3:88 BW) als gutgläubig (Art. 4:187 I BW); wer im Vertrauen auf die Angaben an den nichtberechtigten Scheinerben leistet, wird befreit (Art. 4:187 II BW als Spezialnorm zu Art. 6:34 BW).

<sup>23</sup> Italien: Artt. 534 II, 1189 I Codice civile; näher *Dalla Fior* 121 ff. m. w. N. Ein *atto di notoriété* kann zur Gutgläubigkeit Anlass geben, *Cubeddu Wiedemann/Wiedemann*, Italien, in: *Erbrecht in Europa* Rz. 192.

<sup>24</sup> *Lipstein* 31; *Haas* 84; a. A. *Wenckstern* 413; *MPI* Nr. 264; *Susanne Frodl*, Einheit durch Aufgabe nationaler Rechts Traditionen?, EU-Erbrechtsverordnung kundgemacht: *ÖJZ* 2012, 950–959 (957). Man denke nur an die Unterschiede zwischen Österreich und Italien (beide Antrittserwerb) und Deutschland und den Niederlanden (beide Vonselbsterwerb).

aber nicht hinreichend ist ein – von der Entwicklung im preußischen Recht getragener<sup>25</sup> – Erklärungsansatz, der einen Zusammenhang zwischen dem Bestehen eines Erbnachweises nach Art des deutschen Erbscheins und den weitreichenden Wirkungen einer Grundbucheintragung herstellt.<sup>26</sup> Da etwa in Frankreich und Italien den Grundstücksregistern geringere Aussagekraft zukommt, sei die inhaltliche Richtigkeit des Erbnachweises von geringerer Bedeutung.<sup>27</sup> Jedoch hat etwa das Grundbuch in den Niederlanden immerhin negative Publizitätswirkungen (Artt. 3:23 ff. Burgerlijk Wetboek), ohne dass dies zu einem gerichtlichen Erbscheinsverfahren geführt hätte. Vernachlässigt wird von diesem Erklärungsansatz auch das Bedürfnis anderer Nachlassschuldner wie einer depotführenden Bank, die sich auch nicht auf andere Legitimationsträger wie den Besitz verlassen können, nach einem zutreffenden Erbnachweis und dem Schutz ihres guten Glaubens.

## 2. Schwierigkeiten bei der Verwendung eines Erbnachweises im Ausland

Damit haben alle Mitgliedstaaten ein System des Erbnachweises entwickelt, das in ihrer internen Erbrechtsordnung offenbar seine Zwecke erfüllt. Problematisch für die Abwicklung *grenzüberschreitender* Nachlässe ist in erster Linie, welche Wirkungen einem Nachweis im Belegenheitsstaat ausländischer Nachlassgüter zuerkannt werden. Dadurch können der freie Kapitalverkehr und damit eine der Grundfreiheiten behindert werden.

Schwierigkeiten bestehen zunächst in praktischer Hinsicht: Der inländische Rechtsverkehr weiß mit dem ausländischen Nachweis oft wenig anzufangen. Er versteht die Sprache und die verwendete Terminologie des Dokuments nicht und kann auch dessen Wirkungen nicht einschätzen. Die Praxis behilft sich mit teilweise holzschnittartigen Länderlisten. Wie so oft sind es nicht (nur) grundlegende Divergenzen, sondern die nur mit größerer Mühe erkennbaren Unterschiede im Detail, die den grenzüberschreitenden Rechtsverkehr stören. Hinzu kommen rechtliche Schwierigkeiten. Während ein privater Schuldner – typischerweise eine Bank, bei der der Erblasser ein Konto oder Depot unterhielt – sich mit einem übersetzten ausländischen Nachweis zur Legitimation des Erben begnügen kann, verlangt § 35 I 1 GBO im besonders wichtigen Fall der Umschreibung eines in Deutschland belegenen Nachlassgrundstücks, dass der Nachweis der Erbfolge durch einen Erbschein erbracht wird.<sup>28</sup> Die »Anerkennung« eines ausländischen Erb-

<sup>25</sup> Ulrich von Lübtow, *Erbrecht* (1971) 1002.

<sup>26</sup> Dallafior 147; Wenckstern 413 f.

<sup>27</sup> Dallafior 147.

<sup>28</sup> In Zweifelsfällen wird auch eine Bank einen deutschen Erbschein verlangen. Siehe die Empfehlungen bei Uwe Jahn, in: *Bankrechts-Handbuch*<sup>4</sup>, hrsg. von Herbert Schimansky/Hermann-Josef Bunte/Hans-Jürgen Lwowski (2011) § 27 Rz. 42.

nachweist durch das Grundbuchamt aufgrund von § 108 I 1 des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG)<sup>29</sup> ist nach zutreffender Ansicht nicht möglich.<sup>30</sup> Diese Vorschrift ermöglicht die Anerkennung ausländischer Entscheidungen auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit, ohne dass es eines besonderen Verfahrens bedarf. Ob § 108 FamFG für die Anerkennung die – bei den meisten Erbnachweisen fehlende – Rechtskraftfähigkeit der Entscheidung voraussetzt,<sup>31</sup> kann ebenso dahinstehen wie die Frage, ob § 35 GBO *lex specialis* zu § 108 FamFG ist.<sup>32</sup> Denn jedenfalls erstreckt diese Vorschrift nur die verfahrensrechtlichen Wirkungen einer ausländischen Entscheidung auf das Inland.<sup>33</sup> Die Legitimationswirkung liegt jedoch als Tatbestandswirkung auf der Ebene des materiellen Rechts und damit außerhalb des Anwendungsbereichs des § 108 FamFG.<sup>34</sup> Zuständig für die Beantwortung dieser Fragen ist vielmehr das anwendbare Recht.<sup>35</sup> Das ist für die

---

<sup>29</sup> Vorrangige internationale oder supranationale Anerkennungsregeln fehlen in der Regel. Selbst wenn der ausländische Nachweis in Form einer Entscheidung ergeht, würde er unter die Bereichsausnahme für das Erbrecht in Art. 1 II Nr. 1 lit. a EuGVO fallen. Bilaterale Anerkennungs- und Vollstreckungsabkommen erstrecken sich mit Ausnahme von § 17 des deutsch-türkischen Nachlassabkommens (Anlage zu Art. 20 des deutsch-türkischen Konsularvertrags vom 28. 5. 1929; dazu LG München I 25. 10. 2011, ZEV 2012, 596) nicht auf fürsorgende Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit und erfassen daher auch gerichtlich ausgestellte Erbnachweise nicht, *Staudinger (-Dörner)* (2007) Art. 25 EGBGB Rz. 908.

<sup>30</sup> So aber, jeweils zur Vorgängernorm § 16a FGG: *Karl Firsching/Hans Lothar Graf*, Nachlassrecht (2008) Rz. 2.67; *Kegel/Schurig* 1024; *Kropholler* 451; *Haas* 72 m. w. N.; *Michael Griem*, Probleme des Fremdrechtserscheins gemäß § 2369 BGB (1990) 35 ff.; *Gotthardt* 7 (zum französischen *certificat d'héritier*). Dabei erfolge die Anerkennung »mit den Wirkungen des ausländischen Verfahrensrechts« (*Kegel/Schurig*); sie schafft also keine nach ausländischem Recht fehlende Legitimationswirkung. Kumulativ eine Anerkennung und eine Substitution (dazu sogleich) fordern *Bauer (-von Oefele/Schaub)* (oben N. 6) Rz. F 565; *Kaufhold* 401 ff.

<sup>31</sup> So OLG Bremen 19. 5. 2011, DNotZ 2012, 687; BayObLG 27. 3. 1991, NJW-RR 1991, 1098 (1099); Beck'scher Online-Kommentar zur GBO (Edition 15) (zitiert: BeckOK-GBO) (-Wilsch) § 35 Rz. 155; *Staudinger (-Herzog)* (2010) Einl zu §§ 2353–2370 Rz. 47; *Hanns Prütting/Tobias Helms (-Hau)*, Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit Gesetz über Gerichtskosten in Familiensachen<sup>2</sup> – FamFG (2011) § 108 FamFG Rz. 17.

<sup>32</sup> So KG 25. 3. 1997, NJW-RR 1997, 1094 (1095) (zu § 16a FGG); BeckOK-GBO (-Wilsch) (vorige Note) § 35 Rz. 155; zu Recht zweifelnd *Bauer (-von Oefele/Schaub)* (oben N. 6) Rz. F 564.

<sup>33</sup> *Staudinger (-Dörner)* (2007) Art. 25 EGBGB Rz. 914 (zu § 16a FGG); Münch. Komm. ZPO (-Rauscher) § 105 FamFG Rz. 41; Münch. Komm. BGB (-Birk) Art. 25 EGBGB Rz. 362; *Grau* 480.

<sup>34</sup> *Staudinger (-Dörner)* (2007) Art. 25 EGBGB Rz. 914 (zu § 16a FGG); Münch. Komm. ZPO (-Rauscher) § 105 FamFG Rz. 41; *Grau* 480; anders für die Legitimationswirkung Münch. Komm. BGB (-Birk) Art. 25 EGBGB Rz. 363; *Firsching/Graf* (oben N. 30) Rz. 2.67 (zu § 16a FGG).

<sup>35</sup> KG 25. 3. 1997 (oben N. 32) 1095; *Staudinger (-Dörner)* (2007) Art. 25 EGBGB Rz. 914 (zu § 16a FGG); *Reinhold Geimer*, Anerkennung ausländischer Entscheidungen auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in: FS Ferid (1988) 89–130 (117 f. N. 23).

Frage nach den Wirkungen eines Erbscheins stets die *lex fori*, hier also deutsches Recht.<sup>36</sup> Ob ein ausländischer Erbnachweis in Deutschland dieselben Wirkungen wie ein deutscher Erbschein entfalten kann, hängt davon ab, wie § 35 I 1 GBO auszulegen ist: Genügt es, dass sein Tatbestand – die Ausstellung eines Erbscheins – durch einen im Ausland vorgenommenen Rechtsvorgang verwirklicht wird?<sup>37</sup> Es geht mithin nicht um ein Problem der Anerkennung, sondern der Substitution des eigentlich geforderten inländischen Nachweises durch ein im Ausland ausgestelltes Zeugnis.<sup>38</sup>

Generell kommt eine Substitution dann in Betracht, wenn ausländischer und inländischer Rechtsvorgang funktionell gleichwertig sind.<sup>39</sup> Der ausländische Nachweis muss nicht nur die dieselben (weitreichenden) Wirkungen wie ein Erbschein haben; auch die ausstellende Behörde muss in ihrer Qualifikation und in dem befolgten Verfahren einem deutschen Nachlassgericht entsprechen.<sup>40</sup> Vor allem muss der Nachweis die Rechtslage aus Sicht des deutschen Rechts wiedergeben.<sup>41</sup> Gerade diese letzte Forderung ist ohne einheitliches Kollisionsrecht kaum zu erfüllen.<sup>42</sup> Noch weitergehend lehnen verschiedene Urteile eine Substitution kategorisch ab, da nur der deutsche Erbschein das Grundbuchamt einer erneuten Prüfung der Erbrechtslage entheben und damit den Zweck des § 35 I 1 GBO verwirklichen könne.<sup>43</sup> Scheitert eine Substitution, sind die Erben darauf verwiesen, zusätzlich zu

<sup>36</sup> *Staudinger (-Dörner)* (2007) Art. 25 EGBGB Rz. 914; *Kegel/Schurig* 1023; *Ulrich Haas*, Internationales Verfahrensrecht in »Erbsachen«, in: *Erbrecht in Europa* § 7 Rz. 55; *Kaufhold* 401 N. 19; anders *Geimer* (vorige Note) 118 N. 23 zu § 35 GBO: *lex rei sitae*.

<sup>37</sup> *Staudinger (-Dörner)* (2007) Art. 25 EGBGB Rz. 914 (zu § 16a FGG).

<sup>38</sup> KG 25. 3. 1997 (oben N. 32) 1095; *Staudinger (-Dörner)* (2007) Art. 25 EGBGB Rz. 914 (zu § 16a FGG); *Staudinger (-Herzog)* (2010) Einl zu §§ 2353–2370 Rz. 49; *Hans Theodor Soergel (-Schurig)*, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen<sup>12</sup> (1996) Art. 25 EGBGB Rz. 74 (eine Anerkennung nach § 16a FGG aber grundsätzlich bejahend); *Grau* 480; *Kaufhold* 402.

<sup>39</sup> Siehe nur *Kropholler* 232f.; *Heinz-Peter Mansel*, Substitution im deutschen Zwangsvollstreckungsrecht, in: FS Werner Lorenz zum siebzigsten Geburtstag (1991) 689–715 (696ff.) (zitiert: Substitution); *ders.*, Zum Verhältnis von Vorfrage und Substitution, in: FS Kropholler (2008) 353–371 (368) (zitiert: Vorfrage).

<sup>40</sup> *Staudinger (-Dörner)* (2007) Art. 25 Rz. 915; *Grau* 480; *Kaufhold* 402; *Rembert Süß*, Ausländer im Grundbuch und im Registerverfahren: Rpfleger 2003, 53–66 (65) (allerdings unklar, ob auf Anerkennung oder Substitution bezogen); *Theodor Keidel (-W. Zimmermann)*, FamFG<sup>17</sup> (2011) § 108 Rz. 35; grundlegend anders *Carsten Schulz*, Die Subsumtion ausländischer Rechtsstatsachen (1997) 181ff., 203 (Substitution dann, wenn Erbnachweis aus dem letzten Wohnsitzstaat des Erblassers stammt).

<sup>41</sup> Siehe vorige Note; a. A. *Bauer (-von Oefele/Schaub)* (oben N. 6) Rz. F 567; *Kaufhold* 402; *Gothardt* 5.

<sup>42</sup> Abgelehnt etwa in KG 25. 3. 1997 (oben N. 32) 1094 (»Erbschaftsurteil und Testamentsbestätigung« eines israelischen Gerichts); KG 16. 6. 1938, Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts (JFG) 17 (1938) 342 (in Polen auf der Grundlage deutschen Rechts ausgestellt Nachweis); vgl. die Einschätzung von *Staudinger (-Dörner)* (2007) Art. 25 Rz. 915; *Grau* 480f.

<sup>43</sup> KG 25. 3. 1997 (oben N. 32) 1095; OLG Zweibrücken 19. 12. 1989, Rpfleger 1990, 121;

ihrem ausländischen Erbnachweis einen inländischen Erbschein zu beantragen, für dessen Ausstellung deutsche Nachlassgerichte jedenfalls nach §§ 343 III, 105 FamFG international zuständig sind. Im Ergebnis benötigen die Erben also zwei Erbnachweise. Dadurch entsteht ihnen ein zusätzlicher Aufwand an Zeit und Kosten.<sup>44</sup> Hinzu kommen Kosten für die Allgemeinheit durch den doppelten Einsatz von Justizressourcen.<sup>45</sup>

Dieselben Überlegungen lassen sich für die Gutgläubensfunktion eines Erbnachweises fruchtbar machen. Auch diese Funktion kann als Tatbestandswirkung nicht Gegenstand einer Anerkennung sein.<sup>46</sup> Es handelt sich wiederum um eine – nach den genannten Grundsätzen zu entscheidende – Frage der Substitution im Rahmen des Tatbestandes der §§ 2366 f. BGB.<sup>47</sup> Denn auch diese Vorschriften sind weder Teil des Erbstatuts noch der *lex rei sitae*, sondern der deutschen *lex fori*: Die in den §§ 2365 ff. BGB ausgesprochenen Wirkungen werden – vorbehaltlich einer Substitution – nur einem Erbschein zuerkannt.<sup>48</sup>

Lediglich hinsichtlich der Beweiskraft können abweichende Maßstäbe angelegt werden, sofern der ausländische Erbnachweis als öffentliche Urkunde unter § 438 ZPO i. V. m. §§ 415, 417 ZPO fällt.<sup>49</sup> Jedoch ist stets die Reichweite dieser Beweiskraft zu überprüfen: Soweit beispielsweise ein italienischer *atto di notorietà* bezeugt, dass gegenüber dem Notar Erklärungen über die Nachlassbeteiligung abgegeben wurden, erbringt die Urkunde lediglich den Beweis für die Abgabe der Erklärungen, nicht aber über die materielle Erbenstellung der Beteiligten.

Blickt man umgekehrt auf die Verkehrsfähigkeit eines deutschen Erbscheins im Ausland, so stellt sich die Lage kaum besser dar. Zwar könnte ein gegenständlich unbeschränkter Erbschein aus Sicht des deutschen Rechts

---

KG 15. 1. 1953, DNotZ 1953, 406; ebenso *Staudinger (-Herzog)* (2010) Einl zu §§ 2353–2370 Rz. 50; *Mansel*, Substitution (oben N. 39) 697.

<sup>44</sup> Für nicht weiter schlimm hält dies *Keidel (-W. Zimmermann)* (oben N. 40) § 108 Rz. 35; für ein Festhalten an einem inländischen Erbnachweis im Grundbuchrecht auch *Paul Lagarde*, Familienvermögens- und Erbrecht in Europa, in: Perspektiven der juristischen Zusammenarbeit in Zivilsachen in der Europäischen Union, hrsg. von *Peter Gottwald* (2004) 1–20 (14).

<sup>45</sup> *Haas* 73; *Lehmann* 252.

<sup>46</sup> *Geimer* (oben N. 35) 90 f., 117 N. 23; a. A. *Gotthardt* 7.

<sup>47</sup> *Staudinger (-Dörner)* (2007) Art. 25 EGBGB Rz. 914 (zu § 16a FGG); Münch. Komm. ZPO (-*Rauscher*) § 105 FamFG Rz. 41; Münch. Komm. BGB (-*Birk*) Art. 25 EGBGB Rz. 363; für eine Substitution beim französischen *acte de notoriété* *Gotthardt* 10 ff.

<sup>48</sup> Siehe oben N. 36.

<sup>49</sup> Näher Münch. Komm. BGB (-*Birk*) Art. 25 EGBGB Rz. 364; *Staudinger (-Dörner)* (2007) Art. 25 EGBGB Rz. 917; *Haas* 73 N. 106. Nicht vertieft werden kann hier die Frage, inwieweit das primärrechtliche Diskriminierungsverbot (Art. 18 AEUV) eine Gleichstellung mitgliedstaatlicher Urkunden mit inländischen öffentlichen Urkunden gebietet, näher dazu EuGH 2. 12. 1997 – Rs. C-336/94 (*Dafeki*), Slg. 1997, I-6761; *Christian Heinze*, Europäisches Primärrecht und Zivilprozess: EuropaR. 2008, 654–690 (686 f.).

seine Wirkung unabhängig von der *lex rei sitae* weltweit entfalten.<sup>50</sup> Seine Wirkungen bestimmen sich immer nach dem Recht des ausstellenden Staates, also nach deutschem Recht.<sup>51</sup> Freilich hilft diese »Weltgeltung« des deutschen Erbscheins dem Erben nicht, wenn nicht der Verwendungsstaat diese Wirkungen akzeptiert.<sup>52</sup> Zwar wird etwa aus Frankreich berichtet, dass ein deutscher Erbschein grundsätzlich gegenüber Behörden zum Nachweis der Erbenstellung verwendet werden könne.<sup>53</sup> Ebenso seien dort Notare generell bemüht, Erbnachweise, die auf ähnliche Weise wie ein inländisches Zeugnis ausgestellt wurden und die Rechtslage in Übereinstimmung mit der französischen Sichtweise wiedergeben, zu beachten.<sup>54</sup> Der Umgang mit einem ausländischen Erbnachweis bleibt aber eine Frage des Einzelfalls.<sup>55</sup> Entsprechende Erfahrungen konnten Erben in Spanien machen: Selbst wenn sich die dortigen Behörden »in der Vergangenheit als überaus anerkennungsfreudig« gegenüber einem Erbschein gezeigt hätten, sei der Erbberechtigte in Ermangelung einer allgemeinen Anerkennungsregel stets von den Anforderungen der jeweils mit seinem Anliegen befassten Stelle abhängig.<sup>56</sup> Insgesamt führt selbst diese teilweise großzügigere Haltung – so vorteilhaft sie im Einzelfall sein mag – nicht zu einer Entschärfung, sondern zu einer Komplikation des Gesamtproblems. Denn sowohl die Erben als auch der Rechtsverkehr müssen in jedem individuellen Fall prüfen, welche Wirkungen ein ausländischer Erbnachweis haben kann.

<sup>50</sup> *Staudinger (-Herzog)* (2010) § 2369 Rz. 19; Münch. Komm. BGB (-J. Mayer) § 2369 Rz. 1; *Kegel/Schurig* 1023; *Daniel Schäuble*, Die Erbscheinserteilung in internationalen Erbfällen nach neuer Rechtslage: Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis (ZErB) 2009, 200–206 (201).

<sup>51</sup> *Staudinger (-Dörner)* (2007) Art. 25 EGBGB Rz. 878, 914; *Kegel/Schurig* 1023.

<sup>52</sup> Münch. Komm. BGB (-J. Mayer) § 2369 Rz. 1; *Walter Zimmermann*, Die Nachlasssachen in der FGG-Reform: Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGPRax) 2006, 189–194 (191); *ders.*, Das neue Nachlassverfahren nach dem FamFG: ZEV 2009, 53–58 (57). Überblick über die Praxis im Verkehr mit privaten Schuldner bei *Peter Gottwald/Burkhard Stangl*, Ausländische Wertpapierdepots im deutschen Nachlaß: ZEV 1997, 217–222 (Vorlage von deutschem Erbschein und Sterbeurkunde kann in den Nachbarländern ausreichen, vielfach ist aber auf dieser Grundlage ein zusätzliches gerichtliches oder notarielles Dokument zu erwirken).

<sup>53</sup> *Claude Witz/Thomas M. Bopp*, Zur internationalen Zuständigkeit deutscher Nachlaßgerichte im Erbscheinsverfahren: IPRax 1987, 83–85 (85); *Denkinger* (oben N. 6) 270; einschränkend *Lagarde* (oben N. 44) 18 (nur bei Anwendbarkeit französischen Erbrechts); *Rembert Siß*, Grenzüberschreitende Erbfälle in der Praxis, in: Winfried-Kralik-Symposium 2006, hrsg. von *Walter H. Rechberger* (2007) 37–62 (42).

<sup>54</sup> *Jacoby*, Acte Nr. 5 (Beispiel: Belgien, Niederlande, Deutschland); *ders.*, Certificat Nr. 25; *Döbereiner* (oben N. 15) Rz. 185 (ob ein deutscher Erbschein anerkannt werde, sei gleichwohl »[w]eitgehend ungeklärt«).

<sup>55</sup> *Jacoby*, Certificat Nr. 2.

<sup>56</sup> *Alexander Steinmetz/Burkhardt Löber/Rocio García Alcázar*, EU-Erbrechtsverordnung: Voraussichtliche Rechtsänderungen für den Erbfall von in Spanien ansässigen, deutschen Staatsangehörigen: ZEV 2010, 234–238 (237).

### III. Zwei Ansatzpunkte: Ausbau des Anerkennungsprinzips oder Rechtsvereinheitlichung

Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, wenn ErwGr 67 der EuErbVO postuliert: »Eine zügige, unkomplizierte und effiziente Abwicklung einer Erbsache mit grenzüberschreitendem Bezug innerhalb der Union setzt voraus, dass die Erben, Vermächtnisnehmer, Testamentsvollstrecker oder Nachlassverwalter in der Lage sein sollten, ihren Status und/oder ihre Rechte und Befugnisse in einem anderen Mitgliedstaat, beispielsweise in einem Mitgliedstaat, in dem Nachlassvermögen belegen ist, einfach nachzuweisen.« Für diese Vereinfachung kommen vor allem zwei Ansätze in Betracht:<sup>57</sup> erstens die Schaffung eines supranationalen Erbnachweises; zweitens – und gewissermaßen als weniger invasives Mittel – eine Erleichterung der Verkehrsfähigkeit bestehender nationaler Erbnachweise. Auch dafür gibt es – will man nicht ohnehin einen weiten, verordnungsautonom zu bestimmenden Begriff der »Entscheidung« zugrunde legen und damit eine Anerkennung ausländischer Erbnachweise nach den Vorschriften über die Entscheidungsanerkennung in den Artt. 39 ff. EuErbVO ermöglichen<sup>58</sup> – einen Ansatzpunkt in der EuErbVO.

#### 1. Verbesserung der Verkehrsfähigkeit nationaler Erbnachweise

##### a) Die »Annahme« nationaler Erbnachweise nach Art. 59 EuErbVO

Seit einiger Zeit befindet sich der freie Verkehr öffentlicher Urkunden auf der Agenda der EU-Kommission.<sup>59</sup> Früchte dieses Programms finden sich in

<sup>57</sup> Siehe nur DNotI-Studie 305 ff.; *Rechberger*, Nachlasszeugnis 15; *Lurger* 54 (die theoretisch als dritter Ansatzpunkt denkbare sachrechtliche Vereinheitlichung der Nachlassabwicklung wird dort zu Recht als zu weitgehend verworfen).

<sup>58</sup> Dafür *Rauscher (-ders.)* Rz. 38 (zu Art. 29 des VO-Vorschlags); *Haas* 74 f.; *Frodl* (oben N. 24) 958; tendenziell auch *Dutta* 14. Die VO selbst weist in ErwGr 59 darauf hin, dass auch »Entscheidungen« in nichtstreitigen Verfahren unter die Vorschriften der Entscheidungsanerkennung fallen können. Nach Ansicht der Heidelberg-Stellungnahme 47 N. 168 dürfte jedoch regelmäßig die Widerlegbarkeit der Wirkungen eines Erbnachweises entgegenstehen (Ausnahme: rechtskräftiger Einantwortungsbeschluss); gegen eine Anwendung von Art. 39 EuErbVO *Dörner*, Entwurf 512; zweifelnd FAKomm. ErbR (-*Martiny*) nach Art. 26 EGBGB Rz. 181; vgl. bereits *Heinz-Peter Mansel*, Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums: *RabelsZ* 70 (2006) 651–731 (729) (zitiert: Anerkennung).

<sup>59</sup> *Heinz-Peter Mansel/Karsten Thorn/Rolf Wagner*, Europäisches Kollisionsrecht 2011: Gegenläufige Entwicklungen: *IPRax* 2012, 1–31 (2). Siehe insbesondere die beiden Kommissionsvorschläge zum Güterrecht (Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen im Bereiche des Ehegüterrechts, KOM(2011) 126 endg. und das Parallelprojekt für das Güterrecht eingetragener Partnerschaften, KOM(2011) 127 endg.); ferner das Grünbuch »Weniger Verwaltungsaufwand für EU-Bürger« vom 14. 12. 2010 (KOM(2010) 747 endg.), das sich mit

der EuErbVO. Nach deren Art. 59 I hat – vorbehaltlich einer *ordre public*-Kontrolle – eine in einem Mitgliedstaat errichtete öffentliche Urkunde in einem anderen Mitgliedstaat die gleiche formelle Beweiswirkung wie im Ursprungsmitgliedstaat oder die damit am ehesten vergleichbare Wirkung. Öffentliche Urkunde meint dabei »ein Schriftstück in Erbsachen, [...] dessen Beweiskraft sich auf die Unterschrift und den Inhalt der öffentlichen Urkunde bezieht [...]«. <sup>60</sup> Diese Wirkungserstreckung <sup>61</sup> bezeichnet die Verordnung als »Annahme« (*acceptance*). Sie vermeidet damit den Begriff der »Anerkennung« (*recognition*), der während des Gesetzgebungsverfahrens für vehemente Kritik gesorgt hatte, da eine Anerkennung sich auf Gerichtsentscheidungen beziehe und dafür bereits das differenzierte System der Entscheidungsanerkennung (Artt. 39 ff. EuErbVO) zur Verfügung stehe. <sup>62</sup> Ver-

---

Personenstandsurkunden befasst, und die Stellungnahmen dazu von *Heinz-Peter Mansel/Dagmar Coester-Waltjen/Dieter Henrich/Christian Kohler*, Stellungnahme im Auftrag des Deutschen Rats für Internationales Privatrecht zum Grünbuch der Europäischen Kommission – Weniger Verwaltungsaufwand für EU-Bürger: Den freien Verkehr öffentlicher Urkunden und die Anerkennung der Rechtswirkungen von Personenstandsurkunden erleichtern – KOM(2010) 747 endg.: IPRax 2011, 335–341; *Rolf Wagner*, Anerkennung von Personenstandsurkunden – was heißt das?: DNotZ 2011, 176–188 (zitiert: Anerkennung); *Anatol Dutta/Robert Freitag/Tobias Helms/Peter Kissner*, Der freie Verkehr öffentlicher Urkunden und die gegenseitige Anerkennung der Rechtswirkungen von Personenstandsurkunden in der Europäischen Union: StAZ 2011, 165–175, dort auch zur Vorgeschichte des Grünbuchs, das auf den Stockholmer Aktionsplan (KOM(2010) 171 endg., S. 25) zurückgeht. Zum abweichenden Konzept der »Anerkennung« öffentlicher Urkunden in Art. 46 Brüssel IIa-VO und Art. 48 EuUntVO siehe *Fitchen* 336 ff.; *MPI* Nr. 260.

<sup>60</sup> Art. 3 I lit. i EuErbVO. Zur Entwicklung des Begriffs im Unionsrecht *Burkhard Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht (2010) § 6 Rz. 261 f.; *Fitchen* 330.

<sup>61</sup> Im Unterschied zu einer Gleichstellung mit der Beweiskraft einer inländischen Urkunde, dazu *Dagmar Coester-Waltjen*, Das Anerkennungsprinzip im Dornröschenschlaf?, in: *FS Jayme I* (2004) 121–129 (124 ff.); ferner *Paul Lagarde*, La reconnaissance, Mode d'emploi, in: *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, *FS Gaudemet-Tallon* (2008) 481–501 (495 ff.).

<sup>62</sup> Zur Kritik z. B. *Rechberger*, Nachlasszeugnis 18 f.; *ders.*, Die europäische öffentliche Urkunde – ein Eckpfeiler der vorsorgenden Rechtspflege?, in: *Brücken im Europäischen Rechtsraum*, hrsg. von *dem.* (2010) 5–16 (12 ff.) (zitiert: Urkunde); *Fitchen* 334 f., 343 ff.; *MPI* Nr. 255 ff. (für eine ersatzlose Streichung der Vorschrift plädierend); *Buschbaum/Kohler* 163 ff.; *Kohler/Buschbaum* 315 f.; *Remde* 84 f.; *Heinz-Peter Mansel/Karsten Thorn/Rolf Wagner*, Europäisches Kollisionsrecht 2010: Verstärkte Zusammenarbeit als Motor der Vereinheitlichung?: IPRax 2011, 1–30 (4); *Rolf Wagner*, Der Kommissionsvorschlag vom 14. 10. 2009 zum internationalen Erbrecht: DNotZ 2010, 506–519 (517) (zitiert: Kommissionsvorschlag); *Rembert Stiß*, Der Vorschlag der EG-Kommission zu einer Erbrechtsverordnung (Rom IV-Verordnung) vom 14. Oktober 2009: ZErB 2009, 342–348 (347) (zitiert: Vorschlag der EG-Kommission); *Geimer* 13 f. Ausführlich zur Vielschichtigkeit des Begriffs der Anerkennung *Nourissat et al.*; *Pierre Callé*, La circulation des actes authentiques, in: *L'avenire européen du droit des successions internationales*, hrsg. von *Hubert Bosse-Platière/Nicolas Dama/Yves Dereu* (2011) 45–61 (49 ff.).

mieden wird dieses Missverständnis nun freilich um den Preis, einen im Internationalen Privatrecht zuvor unbekanntem Begriff<sup>63</sup> einzuführen.

Welche Folgen die Einführung dieses neuen Konzepts insgesamt hat, kann hier nicht weiter gewürdigt werden.<sup>64</sup> Vorliegend interessiert allein die Frage, ob mit Hilfe dieser Vorschrift die Verwendung nationaler Erbnachweise im Ausland erleichtert werden kann. Sollte mit anderen Worten Art. 59 EuErbVO dazu führen, dass ein deutscher Erbschein oder ein französischer *acte de notoriété* EU-weit dieselben Wirkungen entfalten kann wie in dem jeweiligen Ausstellungsstaat?

Unter die Definition des Art. 3 I lit. i EuErbVO lassen sich *prima facie* alle gerichtlich oder notariell ausgestellten Erbnachweise subsumieren.<sup>65</sup> Nicht ganz deutlich wird aus dem Verordnungstext jedoch die Reichweite einer »Annahme«. Hier muss zwischen verschiedenen Beweiswirkungen unterschieden werden:<sup>66</sup> Auf der einen Seite stehen die Beweiskraft in Bezug auf die Echtheit der Urkunde<sup>67</sup> sowie die Beweiskraft in Bezug auf die Richtig-

<sup>63</sup> Heidelberg-Stellungnahme 41 (»Novum«), 49 (»Terminus weist keinerlei Verbindung zum eigentlichen Sinn und Zweck der Regelung auf«), S. 53 N. 204 (»Die Bedeutung dieser Wortschöpfung ist unklar«); *Fitchen* 325 (»disturbingly novel«). Als »Akzeptanz« wird die Anerkennung umschrieben von *Coester-Waltjen* (oben N. 61) 122.

<sup>64</sup> Sehr kritisch *Fitchen* 323 ff. (ungerechtfertigter Einbruch in die nationalen Verfahrensrechte durch eine unklare Vorschrift).

<sup>65</sup> Ebenso *Renate Schaub*, Die EU-Erbrechtsverordnung, in: *Hereditare – Jahrbuch für Erbrecht und Schenkungsrecht*, hrsg. von *Karlheinz Muscheler* 3 (2013) 91–131 (109); *Fitchen* 326 N. 7 (mit Hinweis auf ein unveröffentlichtes Ratsdokument); Heidelberg-Stellungnahme 45, 53 (zu einem Entwurf); *Schurig* 352 N. 35 (zum VO-Vorschlag).

<sup>66</sup> Zu dieser Differenzierung *Mansel/Coester-Waltjen/Henrich/Kohler* (oben N. 59) 337 f.; ebenso Heidelberg-Stellungnahme 44 (zweifelnd, ob diese dritte Ebene der Beweiskraft umfasst ist); *R. Wagner*, Anerkennung (oben N. 59) 180 ff. Verbreitet ist auch die Unterscheidung zwischen dem Urkundenmantel (*instrumentum*) und der in der Urkunde bezeugten Rechtslage (*negotium*), z. B. *Buschbaum/Kohler* 164; *Kohler/Buschbaum* 314; *Markus Buschbaum*, Anerkennung von Rechtslagen aufgrund von Personenstandsunterlagen?: *StAZ* 2011, 106–111 (107 f.); *Jonathan Fitchen*, Authentic Instruments and European Private International Law in Civil and Commercial Matters: Is Now the Time to Break New Ground?: *J. Priv. Int. L.* 7 (2011) 33–100 (41 ff.); *Mansel/Thorn/R. Wagner*, Europäisches Kollisionsrecht 2010 (oben N. 62) 4; *Rechberger*, Nachlasszeugnis 18 N. 55; *Remde* 84; FAKomm. ErbR (-*Martiny*) nach Art. 26 EGBGB Rz. 219; vgl. auch die in einem Kompromisspaket vom Rat der Europäischen Union enthaltenen politischen Vorgaben für künftige Arbeiten an der Erbrechts-VO, Ratsdokument 11067/11 (2009/0157(COD)) vom 6. 6. 2011. In Rede steht hier das *negotium*, das nach Ansicht der genannten Autoren von einer Wirkungserstreckung ausgenommen bleiben sollte. Für eine Einbeziehung des *negotium* aber *Nourissat et al.* 9 f.; *Callé* (oben N. 62) 54 ff.; offenbar auch *Stephanie Herzog*, Die EU-Erbrechtsverordnung; *Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis* (ErbR) 2013, 2–14 (13); für eine Einbeziehung in die Anerkennungsvorschrift des VO-Vorschlags *Schurig* 352 N. 35.

<sup>67</sup> Außer Betracht bleibt hier auch der Komplex der Überprüfung der – verordnungsautonom zu bestimmenden – Authentizität der öffentlichen Urkunde (dazu Art. 59 II EuErbVO und ErwGr 62). Hinzuweisen ist lediglich darauf, dass die »Annahme« weder eine vorherige Legalisation noch ein Apostilleverfahren voraussetzt (kritisch *MPI* Nr. 256). Vielmehr entfaltet die Urkunde ihre Wirkungen EU-weit *tel quel*, allenfalls ergänzt um ein nach Art. 81 II

keit der darin bezeugten Tatsachen.<sup>68</sup> Allein diese Wirkungen würden jedoch noch keinen Nachweis der Erbenstellung ermöglichen. Eine darauf beschränkte »Annahme« brächte jedenfalls aus Sicht des deutschen Rechts auch kaum einen Mehrwert.<sup>69</sup> Von Interesse ist deshalb auf der anderen Seite die Beweiskraft in Bezug auf die in der Urkunde (üblicherweise deklaratorisch) bezeugte Rechtslage, soweit eine solche Wirkung nach dem Recht des Ursprungsstaats überhaupt vorhanden ist. Wenn Art. 3 I lit. i EuErbVO formuliert, die Beweiskraft müsse sich auch auf den »Inhalt« der Urkunde beziehen, bleibt im Dunkeln, ob damit die wiedergegebenen Tatsachen oder auch etwaige daraus gezogene Schlussfolgerungen gemeint sind. Dagegen, dass auch die rechtliche Würdigung erfasst wird, spricht zwar, dass Art. 59 I EuErbVO die »formelle Beweiskraft« erstrecken will.<sup>70</sup> Ein Indiz für ein weites Verständnis der Annahme stellt jedoch Art. 59 III EuErbVO dar, der »Einwände mit Bezug auf die in einer öffentlichen Urkunde beurkundeten Rechtsgeschäfte oder Rechtsverhältnisse« den nach der Verordnung zuständigen Gerichten zur Beurteilung nach dem aufgrund der Verordnung anwendbaren Recht zuweist und hinsichtlich des bestrittenen Umstands die Beweiskraft in allen anderen Mitgliedstaaten als dem Ursprungsmitgliedstaat aussetzt.<sup>71</sup> Dieser Anordnung bedürfte es nicht, wenn »Rechtsgeschäfte oder Rechtsverhältnisse« von vornherein nicht Gegenstand der »Annahme« wären. Ergänzend präzisiert ErwGr 63, dass die Formulierung des Art. 59 III EuErbVO »als Bezugnahme auf den in der öffentlichen Urkunde nieder-

---

EuErbVO noch zu entwickelndes Formblatt (dies wurde z.B. gefordert von der Heidelberg-Stellungnahme 49), das die formelle Beweiskraft im Ursprungsmitgliedstaat beschreibt. Damit scheint zugleich die Frage, ob die Urkunde in die Sprache des Verwendungstaates übersetzt werden muss und damit dem freien Verkehr der Urkunde ein nicht unerhebliches Hindernis in den Weg gestellt würde, verneint zu werden.

<sup>68</sup> Vgl. insoweit aus deutscher Sicht § 438 ZPO.

<sup>69</sup> *Mansel/Thorn/R. Wagner*, Europäisches Kollisionsrecht 2010 (oben N. 62) 5; *Kohler/Buschbaum* 315. Erspart würde lediglich die Überprüfung der Echtheit durch Legalisation oder Apostille, § 438 ZPO, dies freilich um den Preis, dass vertraute inländische Beweisregeln durch ausländisches Verfahrensrecht ersetzt werden, da die Urkunde ja »ihr« Beweisrecht mitbringt. Zudem fragt sich, ob § 438 ZPO nicht bereits durch Art. 74 EuErbVO überlagert wird.

<sup>70</sup> *Hertel* 689 N. 9; *Simon/Buschbaum* 2397; offenbar auch *Felix M. Wilke*, Das internationale Erbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung: RIW 2012, 601–609 (608); unklar *Janzen* 492, die zwar den materiellen Inhalt der Urkunde einer »IPR-Prüfung« unterziehen will, dies jedoch auf Gerichtsverfahren beschränkt; vgl. auch *Remde* 85. Zur Entstehungsgeschichte der Formulierung *Mansel/Thorn/R. Wagner*, Europäisches Kollisionsrecht 2011 (oben N. 59) 5. Das Kompromisspaket des Rates (oben N. 66) S. 12 sieht ebenfalls den »Inhalt« der Urkunde als Angelegenheit des anzuwendenden Erbrechts an. Inwieweit dieser Umstand aber im Rahmen eines historischen Arguments den EuGH beeindrucken wird, ist angesichts der Entscheidung EuGH 6. 9. 2012 – Rs. C-190/11 (*Mühlleitner ./I. Yusufi*), NJW 2012, 3225, in der er gegen einen eindeutigen gemeinsamen Standpunkt von Kommission und Rat entschieden hat, sehr fraglich.

<sup>71</sup> Unbegründet bleibt deshalb auch die Sorge, die öffentliche Urkunde werde gegen materielle Einwendungen »immunisiert«, *Rechberger*, Urkunde (oben N. 62) 13.

gelegten materiellen Inhalt verstanden werden« soll. Als Beispiel für ein Rechtsverhältnis nennt er die »Bestimmung der Erben oder sonstiger Berechtigter nach dem auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendenden Recht«. <sup>72</sup> Schließlich spricht der in Art. 59 I EuErbVO enthaltene *ordre public*-Vorbehalt dafür, dass auch materielle Fragen von der Beweiskraft umfasst sind. Zwar ließe sich dieser Vorbehalt auch allein auf den verfahrensrechtlichen *ordre public* beziehen. Denn die »Annahme« führt dazu, dass in einem begrenzten Bereich nicht wie allgemein üblich das Verfahrensrecht der *lex fori*, sondern ausländisches Verfahrensrecht zur Anwendung gelangt. <sup>73</sup> Es würde sich damit um den eher seltenen Fall einer prozessualen Kollisionsnorm handeln. Ob die mitgliedstaatlichen Verfahrensrechte hier wirklich *ordre public*-widrige Überraschungen bergen, bedürfte genauerer Untersuchung. <sup>74</sup> Zudem lässt sich bereits die Überführung in »die damit am ehesten vergleichbare Wirkung« so verstehen, dass eine ausländische Urkunde keine Wirkungen haben kann, die über diejenigen inländischer Urkunden hinausgehen. <sup>75</sup> Wirklich zum Tragen käme der *ordre public*-Vorbehalt aber ohnehin nur, wenn auch materielle Fragen der »Annahme« unterlägen. Grundsätzlich scheint es deshalb so zu sein, dass aufgrund von Art. 59 I EuErbVO dann, wenn etwa aufgrund eines Erbscheins die Erbenstellung der darin ausgewiesenen Person vermutet wird, die Behörden aller Mitgliedstaaten diese Vermutung zu beachten haben. <sup>76</sup> Eine Ausnahme macht jedoch sogleich Art. 59 IV EuErbVO: Die Gerichte des Verwendungsstaats sind nicht an den Inhalt der Urkunde gebunden, sondern können selbst über das darin bezeugte Rechtsgeschäft oder Rechtsverhältnis entscheiden, wenn dieses als Vorfrage relevant wird. <sup>77</sup>

<sup>72</sup> Es geht nicht um die – in vielen Rechtsordnungen verpönte – Erbenbestimmung durch einen Dritten, sondern um die Ermittlung der Erbenstellung. Klarer ist die französische Sprachfassung (»la vocation successorale des héritiers et autres bénéficiaires«). Die Formulierung stammt aus Art. 7 II des Haager Nachlassübereinkommens vom 1. 8. 1989.

<sup>73</sup> Vgl. zu dieser Wirkung *Fitchen* 325, 356; *Dutta* 13.

<sup>74</sup> Den kontinentaleuropäischen Mitgliedstaaten ist die erhöhte Beweiskraft öffentlicher Urkunden geläufig, *Haimo Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht<sup>5</sup> (2010) Rz. 779; *Kohler/Buschbaum* 315; siehe auch EuGH 17. 6. 1999 – Rs. C-260/97 (*Unibank ./. Christensen*), Slg. 1999, I-3715, Rz. 15 ff. (grenzüberschreitende Vollstreckbarkeit öffentlicher Urkunden deshalb, weil ihre Beweiskraft so unbestreitbar ist, dass die Gerichte des Vollstreckungsstaats sich darauf verlassen können). Dem *common law* ist das Konzept der öffentlichen Urkunde freilich unbekannt, vgl. nur *Rechberger*, Urkunde (oben N. 62) 6 f. m. w. N.

<sup>75</sup> So *Simon/Buschbaum* 2397.

<sup>76</sup> Ebenso *Jacoby*, Acte Nr. 4 (»[Les actes notariés] devraient ainsi circuler avec des effets comparables à celui du [certificat successoral européen]«), unklar aber Nr. 9.

<sup>77</sup> Siehe auch ErwGr 64. Als Empfänger der Urkunde bleiben damit vor allem registerführende Behörden oder Notare. Zu der Vermutung, dass die Annahme öffentlicher Urkunden ohnehin ausschließlich den Verkehr zwischen Notaren betreffen solle und diese Intention nur unzureichend zum Ausdruck komme, *Fitchen* 346 ff. (im Ergebnis ablehnend). – Wenn die Heidelberg-Stellungnahme 45 N. 154 aus dieser »Öffnungsklausel« folgert, anderen öffentlichen Institutionen, denen die Urkunde vorgelegt wird, sei eine Überprüfung anhand des

Zu betonen ist, dass die Verordnung selbst einen zentralen Vorbehalt gegen eine »Annahme« materiell-rechtlicher Wirkungen, nämlich die Befürchtung, dass materielle Rechtswirkungen nicht mehr nach dem aus Sicht des Verwendungsstaats anwendbaren Recht beurteilt werden dürfen,<sup>78</sup> ausräumt. In der Tat wäre der Übergang von dem bewährten System der kollisionsrechtlichen Verweisung zu einem System der Anerkennung materiell-rechtlicher Rechtslagen zu verwerfen.<sup>79</sup> Eine notwendige Voraussetzung für das Funktionieren einer »Annahme« sind deshalb einheitliche Kollisionsregeln.<sup>80</sup> Sie nehmen einer Vorschrift wie Art. 59 EuErbVO zugleich die Brisanz, weil darin nicht etwa Kollisionsrecht durch ein Anerkennungsprinzip ersetzt wird.<sup>81</sup> Aufgrund der Vereinheitlichung des Erbkollisionsrechts kann die Rechtslage im Verwendungsstaat jedenfalls dann nach demselben Recht beurteilt werden wie im Ursprungsstaat, wenn sich die Erbfolge allein nach dem Erbstatut richtet und nicht etwa noch Einflüsse des Güterrechts hinzutreten oder Vorfragen<sup>82</sup> zu beantworten sind. Ausgeschlossen bliebe durch die »Annahme« des Erbnachweises jedoch immer noch die im Einzelfall aufwendige Prüfung der Gleichwertigkeit von Ausstellungsbehörde, Verfahren und Rechtswirkungen. Verschiedentlich wird deshalb die Befürchtung geäußert, dass auf diese Weise Erbzeugnisse ganz unterschiedlicher Dignität durch Europa reisen.<sup>83</sup> Speziell aus Österreich kommt die

---

anwendbaren Rechts verwehrt, was zu einer unbeabsichtigten *Steigerung* der Beweiswirkung gegenüber der Wirkung im Ursprungsstaat führe, so ist darauf zu erwidern, dass etwa die Möglichkeit eines (anhand des anwendbaren Rechts) zu führenden Gegenbeweises stets als Teil der »anzunehmenden« Beweiswirkung mitgedacht werden muss, wenn diese Möglichkeit nach dem Recht des Ursprungsstaates besteht.

<sup>78</sup> Dazu *Kohler/Buschbaum* 316 m. w. N. in N. 11; *Buschbaum/Kohler* 163f.; *MPI* Nr. 259; *Rechberger*, Nachlasszeugnis 18f.; *ders.*, Urkunde (oben N. 62) 13.

<sup>79</sup> Näher *Mansel/Thorn/R. Wagner*, Europäisches Kollisionsrecht 2010 (oben N. 62) 2ff. m. w. N.; *Hans Jürgen Sonnenberger*, Anerkennung statt Verweisung?, Eine neue international-privatrechtliche Methode?, in: FS Spellenberg (2010) 371–391 (387ff.); *Buschbaum* (oben N. 66) 108; Umsetzungsschwierigkeiten erläutert *Rolf Wagner*, Inhaltliche Anerkennung von Personenstandsurkunden – ein Patentrezept?: *FamRZ* 2011, 609–615; umfassend *Mansel*, Anerkennung (oben N. 58).

<sup>80</sup> Allgemein *Mansel/Coester-Waltjen/Henrich/Kohler* (oben N. 59) 338; *Mansel*, Anerkennung (oben N. 58) 723ff.; *ders.*, Vereinheitlichung des Internationalen Erbrechts in der Europäischen Gemeinschaft – Kompetenzfragen und Regelungsgrundsätze, in: Tuğrul Ansay'a Armağan, [FS Ansay] (2006) 185–226 (200) (zitiert: Vereinheitlichung); Heidelberg-Stellungnahme 47; *Rechberger*, Nachlasszeugnis 15; früher bereits *Lagarde* (oben N. 44) 18; anders offenbar noch *Coester-Waltjen* (oben N. 61) 123f., 129 (Anerkennungsprinzip gerade dort, wo vorerst keine Kollisionsrechtsvereinheitlichung möglich ist); *Erik Jayme/Christian Kohler*, Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?: *IPRax* 2001, 501–514 (502) (kritisch). Überdies würde sich auch die internationale Zuständigkeit für die Erteilung eines Erbscheins nach den Regeln der EuErbVO bestimmen (vgl. § 97 I 2 FamFG).

<sup>81</sup> Ähnlich Heidelberg-Stellungnahme 53.

<sup>82</sup> Heidelberg-Stellungnahme 47 N. 170.

<sup>83</sup> Unter anderem aufgrund dieser verbleibenden Unterschiede gegen das Anerkennungsmodell DNotI-Studie 306.

Sorge, Grundbucheintragungen nunmehr nicht nur aufgrund der stark formalisierten Einantwortung, sondern bereits aufgrund notarieller Bescheinigungen, denen kaum eine eigene Prüfung durch den Notar vorausgegangen ist, vornehmen zu müssen.<sup>84</sup> *De lege lata* können diese Vorbehalte die »Annahme« indes nicht hindern.<sup>85</sup>

b) Reduktion des Art. 59 EuErbVO im Hinblick auf das Europäische Nachlasszeugnis?

Gleichwohl wird die Anwendung des Art. 59 EuErbVO<sup>86</sup> auf Erbnachweise in öffentlichen Urkunden von einigen Autoren abgelehnt. Die Wirkungen nationaler Erbnachweise auf andere Mitgliedstaaten zu erstrecken, sei angesichts der Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses mit umfassender Legitimations-, Beweis- und Gutgläubenswirkung und einem eigenen Mechanismus zur EU-weiten Erstreckung dieser Wirkungen<sup>87</sup> entbehrlich.<sup>88</sup> Ein Nebeneinander beider Konzepte – »Annahme« und ENZ – würde die Komplexität für die mit der Nachlassabwicklung befassten Stellen unnötig erhöhen.<sup>89</sup> Die Vorschriften über das ENZ seien als abschließende Regelung zu betrachten.<sup>90</sup> Auf welchem methodischen Weg sie nationale Erbnachweise aus Art. 59 EuErbVO heraushalten wollen, geben diese Autoren nicht an. Bei näherer Betrachtung handelt es sich um eine Reduktion des Art. 59 EuErbVO aus systematischen Gründen. Doch ist diese Reduktion wirklich notwendig? Abschließend wird sich diese Frage erst beantworten lassen, wenn das Verhältnis zwischen dem ENZ und den nationalen Erbnachweisen geklärt ist.<sup>91</sup> Vorläufig jedoch erscheint eine Reduktion wenig überzeugend.<sup>92</sup> Der erhöhten Komplexität steht auf der anderen Seite eine größere Auswahl für den Bürger gegenüber, der zwischen einem ihm vertrauten, etablierten nationalen Instrument und einem neuen europäischen Instrument wählen kann. Beide Instrumente können von einem Formblatt begleitet werden, das dem ausländischen Rechtsverkehr ihre

<sup>84</sup> *Rechberger*, Nachlasszeugnis 15.

<sup>85</sup> Sie spielen auch für den verbreitet (insb. DNotI-Studie 291 ff.; Heidelberg-Stellungnahme 47f.) als Muster bemühten Art. 96 schweiz. IPRG keine Rolle.

<sup>86</sup> Oder der entsprechenden Vorläufer im Entwurfsstadium.

<sup>87</sup> *MPI* Nr. 257: Das ENZ selbst fällt, obwohl es eine öffentliche Urkunde ist, nicht unter die Vorschriften der Verordnung über die »Annahme« öffentlicher Urkunden.

<sup>88</sup> Heidelberg-Stellungnahme 48 (zudem wird dort S.49 eine vorherige umfassende rechtsvergleichende Untersuchung über die Wirkung öffentlicher Urkunden in Erbsachen gefordert), 53; *Rechberger*, Nachlasszeugnis 19; *Kohler/Buschbaum* 315.

<sup>89</sup> Heidelberg-Stellungnahme 48.

<sup>90</sup> *Kohler/Buschbaum* 315; in diese Richtung auch *Thomas Traar*, Der Verordnungsvorschlag aus österreichischer Sicht, in: *Europäisches Erb- und Erbverfahrensrecht*, hrsg. von *Gerte Reichelt/Walter H. Rechberger* (2011) 85–107 (105).

<sup>91</sup> Dazu unten IV. 2.

<sup>92</sup> *Nourissat et al.* 13.

Reichweite erläutert.<sup>93</sup> Einen zwingenden Grund, diese Wahlmöglichkeit und den damit einhergehenden (Regulierungs-)Wettbewerb zu unterbinden, gibt es nicht.

### c) Verbleibende Schwierigkeiten

Gleichwohl reicht die Verbesserung der Verkehrsfähigkeit nationaler Erbnachweise allein nicht aus, um den bestehenden Schwierigkeiten zu begegnen. Denn trotz der »Annahme« sind die Wirkungen des Erbnachweises begrenzt.<sup>94</sup> Die Vorschrift bewirkt gerade keine Gleichstellung mit inländischen Erbnachweisen und damit keine Substitution.<sup>95</sup> Erstens kann die »Annahme« dem Erbnachweis keine Legitimationswirkung verleihen, die über diejenige im Ursprungsstaat hinausgeht.<sup>96</sup> Selbst wenn also ein *atto di notorietà* in Deutschland »angenommen« wird, sind die italienischen Erben, die die Umschreibung eines deutschen Nachlassgrundstücks begehren, noch auf die Erteilung eines deutschen Erbscheins angewiesen, da die italienische Urkunde selbst keine ausreichende Legitimationsfunktion hat.<sup>97</sup> Dass jedoch umgekehrt der Verwendungsstaat einen Erbnachweis nicht oder nur mit geringeren Wirkungen kennt, hindert eine Wirkungserstreckung nicht, zumal Art. 59 I EuErbVO auch eine Überführung in die »am ehesten vergleichbare Wirkung« erlaubt.<sup>98</sup> Zweitens bewirkt die »Annahme« keinen ausreichenden Schutz des gutgläubigen Rechtsverkehrs. Zweifelhaft ist bereits, ob auch materieller Gutgläubensschutz zu der von Art. 59 EuErbVO umfassten »formellen Beweiskraft« zählt und inwieweit damit Art. 59 EuErbVO ein geeignetes Vehikel ist, die (eventuellen) Gutgläubenswirkungen eines Erbnachweises zu transportieren.<sup>99</sup> Jedenfalls aber müsste sich der Schutz des guten Glaubens nach dem Recht des Ursprungsstaats richten, schon weil die EU mit der »Annahme« nicht – auf höchst problematische

<sup>93</sup> Vgl. Art. 59 I und Art. 67 I 2 EuErbVO. Damit entfällt das weitere Argument der Heidelberg-Stellungnahme 53 gegen eine »Annahme«.

<sup>94</sup> Dörner, EuErbVO 512 erwartet, dass inländische Adressaten weiterhin einen inländischen Nachweis oder ein ENZ verlangen werden.

<sup>95</sup> Offenbar anders *Nourissat et al.* 11 (»assimilation«).

<sup>96</sup> *Jacoby*, Acte Nr. 4; DNotI-Studie 306; *Lurger* 54; *Haas* 88. Instrukтив zur Unterscheidung zwischen »Wirkungserstreckung« und »Wirkungsgleichstellung« *Mansel/Coester-Waltjen/Henrich/Kohler* (oben N. 59) 337.

<sup>97</sup> Allgemein zur häufig fehlenden inhaltlichen Beweiskraft öffentlicher Urkunden *Mansel/Thorn/R. Wagner*, Europäisches Kollisionsrecht 2010 (oben N. 62) 4.

<sup>98</sup> So aber *Lurger* 54 (Anerkennung nur dann möglich, wenn »sehr ähnliche bzw gleichwertige Rechtslagen [...] die stabile Basis für das gegenseitige Vertrauen der Mitgliedstaaten« bilden); *Rechberger*, Nachlasszeugnis 15.

<sup>99</sup> So aber (allgemein zu einem Anerkennungsmodell) DNotI-Studie 306; *Stiß*, Vorschlag der EG-Kommission (oben N. 62) 347; wie hier zu Art. 34 VO-Vorschlag *Rauscher (-ders.)* Rz. 38, der jedoch in Rz. 81 eine »Anerkennung« der Gutgläubenswirkung nach den Vorschriften über die Urteilsanerkennung für möglich hält.

Weise<sup>100</sup> – in die materiellen Erbrechte der Mitgliedstaaten eingreifen will. Kommt dem Erbnachweis nach dem Recht des Ursprungsstaats kein oder nur ein begrenzter Gutglaubensschutz zu, so bliebe es bei dieser begrenzten Wirkung im Verwendungsstaat.<sup>101</sup> Entgegen dem ersten Eindruck glückt eine Substitution nur, wenn sich die Gutglaubenswirkungen im Ursprungs- und im Verwendungsstaat decken. Drittens schließlich hilft der Erbnachweis in einem Prozess, in dem es auf das Erbrecht ankommt, aufgrund von Art. 59 IV EuErbVO nur im Rahmen des jeweiligen nationalen Beweisrechts (z. B. §§ 415 ff. deutsche ZPO).

Hinzu kommt die Schwierigkeit, mehrere miteinander konkurrierende nationale Erbnachweise zu koordinieren. Wenn ErwGr 66 dies allein einer »Berücksichtigung der Umstände des jeweiligen Falles« überlassen will, werden Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit nicht gefördert.<sup>102</sup>

## 2. Schaffung eines supranationalen Erbnachweises: Das Europäische Nachlasszeugnis

Angesichts dieser verbleibenden Schwierigkeiten erscheint die bloße Verbesserung der Verkehrsfähigkeit nationaler Erbnachweise unzureichend zur Erleichterung der grenzüberschreitenden Nachlassabwicklung.<sup>103</sup> Deshalb ist darüber hinaus die Idee eines Europäischen Erbscheins entstanden und in der von Dörner und Lagarde für das Deutsche Notarinstitut (DNotI) erstellten Studie ausführlich vorgestellt und nachdrücklich empfohlen worden.<sup>104</sup>

### a) Das Haager Nachlassabwicklungszeugnis

Ein erster Versuch zur Schaffung eines Erbnachweises mit grenzüberschreitenden Wirkungen wurde von der Haager Konferenz unternommen. Das Haager Übereinkommen vom 2. 10. 1973 über die internationale Abwicklung von Nachlässen enthält Regeln für ein internationales Nachlassabwicklungszeugnis, das in allen Vertragsstaaten dieselben Wirkungen entfalten soll (Art. 1 des Übereinkommens).<sup>105</sup> Mit diesem Zeugnis soll die Abwicklung und Verteilung von grenzüberschreitenden Nachlässen ermög-

<sup>100</sup> Insoweit zutreffend *Rechberger*, Nachlasszeugnis 19; allgemein *ders.*, Urkunde (oben N. 62) 13.

<sup>101</sup> DNotI-Studie 306; *Rechberger*, Nachlasszeugnis 15; *Lehmann* 247.

<sup>102</sup> Kritisch auch *Fitchen* 331.

<sup>103</sup> So auch z. B. *Grau* 485; *Haas* 89.

<sup>104</sup> DNotI-Studie 305 ff. (als »Europäischer lettre de vérification«).

<sup>105</sup> Dazu u. a. *Staudinger (-Dörner)* (2007) Vorbem zu Art. 25 f EGBGB Rz. 121 ff. (dort auch Abdruck des Textes); *Lipstein*; *Fabio Padovini*, Der Europäische Erbschein, in: *Kollisionsrecht in der Europäischen Union*, hrsg. von *Brigitta Jud/Walter H. Rechberger/Gerte Reichelt* (2008) 151–163 (152f.).

licht werden, ohne dass im schlimmsten Fall in jedem Belegenheitsstaat ein gesondertes Verfahren durchlaufen werden muss.<sup>106</sup> Es ist am 1. 7. 1993 für Portugal, die Slowakei und Tschechien in Kraft getreten und wurde zudem von Italien, Luxemburg, den Niederlanden, der Türkei sowie dem Vereinigten Königreich gezeichnet, aber nicht ratifiziert.<sup>107</sup> Das Übereinkommen befasst sich ausschließlich mit der Verwaltung und Abwicklung von Nachlässen.<sup>108</sup> Selbst dabei ist es mit Rücksicht auf die besonderen Interessen am Lageort von Grundstücken auf den beweglichen Nachlass beschränkt, wenn nicht der Belegenheitsstaat unbeweglichen Nachlasses auch für diesen die Anerkennung des Zeugnisses erklärt hat (Art. 30). Die Angabe des Zeugnisinhabers und seine Befugnisse richten sich grundsätzlich nach der *lex fori* der von Artt. 2, 32 i. V. m. Art. 6 des Übereinkommens für zuständig erklärten Behörde am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts des Erblassers zum Zeitpunkt seines Todes.<sup>109</sup> Regelungen zum anwendbaren Erbrecht sieht das Übereinkommen ebenso wenig vor wie materielle Erbrechtvorschriften. Jedoch wird derjenige, der gutgläubig<sup>110</sup> an den Zeugnisinhaber leistet oder von ihm einen Nachlassgegenstand erwirbt, in seinem Vertrauen auf den Inhalt des Zeugnisses geschützt (Artt. 22, 23). Zur Vereinfachung der Ausstellung und der Anerkennung des Zeugnisses enthält der Anhang zum Übereinkommen ein Musterzeugnis sowie eine ausführliche Liste möglicher Befugnisse des Zeugnisinhabers. Die Befugnisse können entweder generalklauselartig (mit oder ohne die Angabe bestimmter Ausnahmen) oder enumerativ mit Hilfe der Liste angegeben werden.

Warum dem Nachlassabwicklungszeugnis trotz einer im Grundsatz zutreffenden Problemerkennung kein größerer Erfolg beschieden war, lässt sich – abgesehen davon, dass eine Rechtsvereinheitlichung mittels völkerrechtlichen Vertrags immer schwerfälliger ist als supranationale Maßnahmen der EU<sup>111</sup> – an mehreren Punkten festmachen:<sup>112</sup> Maßgeblich dürfte die geringe Akzeptanz auf der Loslösung von der Vereinheitlichung des Erbkollisionsrechts beruhen, die erst eine Übereinstimmung des Zeugnisinhalts mit den Wertungen des Anerkennungsstaates gewährleisten könnte. Zudem klammert das Übereinkommen den unbeweglichen Nachlass aus, der sich bei der Abwicklung grenzüberschreitender Nachlässe aufgrund der nationalen Liegenschaftsregister aber als besonders problematisch erweist.

<sup>106</sup> Vgl. *Lipstein* 38.

<sup>107</sup> <[http://www.hchc.net/index\\_en.php?act=conventions.status&cid=83](http://www.hchc.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=83)>.

<sup>108</sup> Zu dieser Selbstbeschränkung der Väter des Übereinkommens *Lipstein* 38f.

<sup>109</sup> Ausnahmsweise kann das Heimatrecht des Erblassers zur Anwendung gelangen, Artt. 3, 32.

<sup>110</sup> Der gute Glaube soll nur bei positiver Kenntnis von der Unrichtigkeit fehlen, *Lipstein* 48.

<sup>111</sup> *Jörn Axel Kämmerer*, Integrationsverantwortung: *RabelsZ* 76 (2012) 253–275 (259); *MPI Nr. 11*.

<sup>112</sup> Zum Folgenden *DNotI-Studie* 306f.; *Padovini* (oben N. 105) 153ff.

Schließlich weist das Zeugnis lediglich verfügungsberechtigte Personen aus; wer zu welchem Anteil Erbe geworden ist, verrät es nicht. Da bislang ausschließlich EU-Mitgliedstaaten Vertragsparteien des Übereinkommens sind, wird es mit Beginn der Anwendung der Verordnung (Art. 83 EuErbVO) nicht mehr zur Anwendung gelangen (Art. 75 II EuErbVO).

#### b) Weitere mögliche Vorbilder

Kurz erwähnt seien zwei weitere Zeugnisse, die als Vorbild hätten in Betracht kommen können, im Gesetzgebungsverfahren aber keinen sichtbaren Niederschlag gefunden haben. Zum einen nimmt die Studie des DNotI den *lettre de vérification* nach dem Recht der kanadischen Provinz Quebec (Artt. 892ff. Code de procédure civile) als Muster des eigenen Vorschlags für einen europäischen Erbschein; diese Urkunde wurde speziell zur Legitimation des Rechtsnachfolgers außerhalb Quebecs geschaffen.<sup>113</sup> Zum anderen enthalten die Artt. 18f. EuInsVO Bestimmungen über einen einheitlichen europaweiten Nachweis der Befugnisse des Insolvenzverwalters.<sup>114</sup>

### IV. Das Europäische Nachlasszeugnis als optionales Recht

Aufgegriffen wurde die Idee eines supranationalen Erbnachweises zunächst im Grünbuch zum Erbrecht und dann in den Artt. 36ff. des VO-Vorschlags, die schließlich – mit einigen Änderungen – in die Artt. 62ff. EuErbVO über das ENZ mündeten. Das Ziel eines Europäischen Erbscheins war im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens politisch lange umstritten.<sup>115</sup> In der Wissenschaft erfreute es sich dagegen breiten Zuspruchs;<sup>116</sup> Kritik richtete sich eher auf die Ausgestaltung im Detail. Um nun die letztlich verabschiedete Regelung und ihre Auswirkungen auf die bestehenden mitgliedstaatlichen Systeme des Erbnachweises verstehen und bewerten zu können, gilt es zunächst, die vom Verordnungsgeber gewählte Regelungstechnik zu verdeutlichen.

<sup>113</sup> DNotI-Studie 298 ff., 307.

<sup>114</sup> Hess (oben N. 60) § 7 Rz. 126.

<sup>115</sup> Vgl. nur Geimer 16; R. Wagner, Kommissionsvorschlag (oben N. 62) 512.

<sup>116</sup> MPI Nr. 265; DNotV 29; Dieter Leipold, Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?: JZ 2010, 802–811 (810); Buschbaum/Kohler 165, 168; Lange 179; R. Wagner, Kommissionsvorschlag (oben N. 62) 517; Rembert Süß, Das Erbrecht der Europäischen Union, in: Erbrecht in Europa, § 9 Rz. 38 (zitiert: Erbrecht der EU); ders., Vorschlag der EG-Kommission (oben N. 62) 347. Aus Sicht der Praxis z.B. Mariel Revillard, Successions: proposition de règlement communautaire: Defrénois 2010, 39056 (Nr. 39); Gaëlle Sicot/Hugues Letellier, Le droit des successions et le législateur communautaire: vers de grandes réformes: Gaz. Pal. 2011, 14524.

## 1. Anwendungsbereich des Europäischen Nachlasszeugnisses

Das Zeugnis wird seiner Zweckbestimmung nach »zur Verwendung in einem anderen Mitgliedstaat« ausgestellt (Art. 62 I EuErbVO).<sup>117</sup> Erforderlich ist also ein grenzüberschreitender Bezug, der sich in der Regel aus der Belegenheit von Nachlassgegenständen in einem anderen Mitgliedstaat ergeben wird.<sup>118</sup> Der bloße Aufenthalt des Antragstellers in einem anderen Mitgliedstaat reicht hingegen nicht aus, wenn sich der gesamte Nachlass in dem Ausstellungsstaat befindet und deshalb auch ein nationaler Erbnachweis seinen Zweck erfüllt.<sup>119</sup> Eine Konkurrenzsituation zwischen ENZ und nationalem Erbnachweis kann folglich nur auftreten, wenn der Nachlass auf mindestens zwei Mitgliedstaaten verteilt ist. Einmal ausgestellt entfaltet das ENZ seine Wirkungen jedoch in allen Mitgliedstaaten einschließlich des Ausstellungsstaates (Art. 62 III 2 EuErbVO). Allerdings ist die Verwendung des Zeugnisses auch bei grenzüberschreitenden Nachlässen nicht verpflichtend (Art. 62 II EuErbVO; ErwGr 69). Es soll auch nicht an die Stelle der nationalen Erbnachweise treten (Art. 62 III 1 EuErbVO).<sup>120</sup> Die Verordnung lässt dem Antragsteller auf diese Weise die Wahl: Er kann weiterhin ausschließlich auf nationale Erbnachweise setzen, die sich einer erleichterten »Annahme« nach Art. 59 EuErbVO erfreuen.

## 2. Verhältnis zu nationalen Erbnachweisen

Wenn sich nun aber ein Antragsteller für das ENZ entscheidet, ist zu klären, ob und in welcher Form daneben noch ein nationaler Erbnachweis eine Rolle spielt. Auf der Grundlage der inhaltlich mit Art. 62 III EuErbVO weitgehend übereinstimmenden, wenn auch unbeholfener formulierten, Bestimmung in Art. 36 II VO-Vorschlag haben sich im Schrifttum bereits verschiedene Meinungen herausgebildet.

<sup>117</sup> Anders noch der VO-Vorschlag.

<sup>118</sup> Entsprechend muss der Antragsteller schon bei Stellung des Antrags erklären, wie er das ENZ in einem anderen Mitgliedstaat als dem Ausstellungsstaat einzusetzen beabsichtigt (Art. 65 III lit. f EuErbVO).

<sup>119</sup> *Grau* 487. Ob sich ein grenzüberschreitender Bezug bereits daraus ergibt, dass ein Erbe im Ausland über einen Teil des in einem einzigen Mitgliedstaat belegenen Nachlasses verfügen möchte, bedarf der Klärung, dafür *Paul Lagarde*, *Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions*: *Rev. crit. d.i.p.* 101 (2012) 691–732 (726).

<sup>120</sup> Entgegen der von der Kommission (übrigens auch zum CESL) gepflegten Ansicht hat dies jedoch nichts mit dem Subsidiaritätsprinzip (Art. 5 III EUV) zu tun (so aber ErwGr 67): Besteht ein Bedürfnis nach einem einheitlichen Nachlasszeugnis und ist deshalb eine EU-Kompetenz dafür eröffnet, stellt sich kein Subsidiaritätsproblem, da es auf der Ebene der Mitgliedstaaten von vornherein unmöglich ist, ein derartiges Zeugnis einzuführen.

Eine erste Ansicht will dem ENZ nur eine schwache, prozedurale Wirkung verleihen. Sie geht davon aus, dass ein mit materiellen Wirkungen ausgestattetes Nachlasszeugnis überflüssig sei, wenn die Verordnung gleichzeitig die Anerkennung von nationalen Erbnachweisen, die aufgrund einer einheitlichen Zuständigkeitsordnung und eines einheitlichen Kollisionsrechts ergangen sind, sicherstellt.<sup>121</sup> Das ENZ solle sich vielmehr am Modell des Europäischen Vollstreckungstitels orientieren: Der nationale Nachweis könne in ein ENZ »transformiert« werden, wobei sich seine Wirkungen weiterhin nach dem anwendbaren nationalen Recht bestimmten und das ENZ lediglich den Inhalt und Umfang dieser Wirkungen mitteile.<sup>122</sup> Das ENZ sei deshalb nur für die Verwendung im Ausland gedacht.<sup>123</sup> Konflikte mit nationalen Erbnachweisen seien ausgeschlossen.<sup>124</sup> Dieses Modell sah sich schon vor Verabschiedung des endgültigen Verordnungstexts dem Einwand ausgesetzt, an der Fülle unterschiedlicher Erbnachweise mit ihren jeweils unterschiedlichen Wirkungen festzuhalten, die ein derartiges Verfahren deutlich komplexer machen würden als die Vollstreckung eines Zahlungstitels.<sup>125</sup> In jedem Fall ist es mit dem nun angenommenen Text nicht vereinbar, denn dieser ordnet unmissverständlich an, dass das ENZ in allen Mitgliedstaaten dieselben Wirkungen hat, unabhängig davon, wo es gestellt wurde.

Diesem Einwand entgeht eine zweite Ansicht: Für den nationalen Gebrauch würden weiter die nationalen Erbnachweise verwendet. Nur wenn in anderen Mitgliedstaaten Verfügungen über Nachlassvermögen vorgenommen oder Nachlassgegenstände eingesammelt werden sollten, würde das ENZ dem nationalen Erbnachweis wie ein »Rucksack« für den Zweck der Auslandsreise aufgeschnallt.<sup>126</sup> Die Wirkungen des nationalen Erbnach-

---

<sup>121</sup> *Rauscher (-ders.)* Rz. 81, der freilich die »Anerkennung« der nationalen Erbnachweise auf die Vorschriften über die Anerkennung von Entscheidungen (Artt. 29 ff. des VO-Vorschlags) stützt, dazu oben N. 58.

<sup>122</sup> *Rauscher (-ders.)* Rz. 82; *Jacoby*, Certificat Nr. 25 f. (allerdings sollen sich die Wirkungen im Ausland zusätzlich nach Art. 69 EuErbVO bestimmen); *Buschbaum/Kohler* 166 (allerdings unklar zu den Gutgläubenswirkungen); *Markus Buschbaum/Marius Kohler*, Le certificat successoral européen et les certificats successoraux nationaux: une coexistence source de tension: GPR 2010, 210–214 (211) (zitiert: Certificat); *Rechberger*, Nachlasszeugnis 17 f. (nicht klar abgegrenzt zu der sogleich zu erörternden »Rucksackfunktion«).

<sup>123</sup> *Rechberger*, Nachlasszeugnis 17; *Buschbaum/Kohler* 166; so auch die Forderung des Conseil des Notariats de l'Union Européenne.

<sup>124</sup> *Buschbaum/Kohler* 166.

<sup>125</sup> Heidelberg-Stellungnahme 51. Diese Folge erkennen auch Vertreter dieser Ansicht (*Buschbaum/Kohler* 166; *dies.*, Certificat [oben N. 122] 211; *Rechberger*, Nachlasszeugnis 18), empfinden sie jedoch als Vorteil. Inwieweit das aber, wie *Rechberger* annimmt, Staaten entgegenkommt, die bisher keine gerichtlichen oder notariellen Erbnachweise kennen, ist nicht ersichtlich.

<sup>126</sup> *Fötschl* 1264 f.; *ders.*, The Relationship of the European Certificate of Succession to National Certificates, in: Successions internationales, hrsg. von *Andrea Bonomi/Christina*

weises im Ausland bestimmen sich jedoch – anders als nach der ersten Ansicht – nicht nach mitgliedstaatlichem, sondern nach europäischem Recht; der Ausstellungsstaat wiederum müsse diese Wirkungen anerkennen.<sup>127</sup> In der Tat konnte eine apodiktische Formulierung in der Kommissionsbegründung des VO-Vorschlags, wonach sich der Nachweis der Erbenstellung im Ausstellungsstaat weiterhin »nach innerstaatlichem Recht« richte, zu dieser Annahme verleiten.<sup>128</sup> Der Schlussfolgerung, das ENZ sei ausschließlich für den Auslandseinsatz gedacht, wird aber vom endgültigen Verordnungstext des Art. 62 III 2 der Boden entzogen.<sup>129</sup> Vor allem aber erschiene es merkwürdig, wenn der Rucksack stärker wäre als der Wanderer, der ihn trägt, und deshalb ein mit weitreichenden Wirkungen ausgestattetes ENZ einen schwachen nationalen Erbnachweis wie etwa den *atto di notorietà* um seine Wirkungen »aufladen« könnte, die den Berechtigten bei Verwendung im Inland aber vorenthalten blieben.

Ansichten, die die Ausstellung eines ENZ von der vorherigen oder gleichzeitigen Ausstellung eines nationalen Erbnachweises abhängig machen, lassen zwar die nationalen Systeme in einem größeren Maße unangetastet.<sup>130</sup> Auch haben sie den Vorteil, dass es nicht zu einem Konflikt zwischen nationalem Erbnachweis und ENZ, sondern allenfalls sehr selten zu zwei konfligierenden ENZ kommen kann.<sup>131</sup> Doch sind sie, wie gesehen, nicht mehr haltbar. Mit der Verordnung einzig kompatibel ist eine dritte Ansicht, die von einem Nebeneinander beider Systeme in einem Alternativverhältnis ausgeht.<sup>132</sup> Der Antragsteller hat die Option, zwischen beiden Instrumenten

---

*Schmid* (2010) 99–115 (104f.); wohl auch *Rembert Süß*, The proposed EU Regulation on Succession and German Law, in: Workshop on the Proposal for a Regulation on Succession – Some national analysis – 22 March 2010 – PE 419.629, S. 6 (zitiert: Proposed EU Regulation) (Art. 81 AEUV decke nur die Verwendung im Ausland); *Hélène Pérez*, Vers une simplification du règlement des successions internationales pour la pratique notariale: JCP N 2009, act. 679, Nr. 4.

<sup>127</sup> *Fötschl* 1266 ff.

<sup>128</sup> »In dem Mitgliedstaat der zuständigen Behörde erfolgt der Nachweis der Stellung als Erbe, Testamentsvollstrecker oder Nachlassverwalter somit nach innerstaatlichem Recht«, KOM(2009) 154 endg., S. 8.

<sup>129</sup> Obsolet ist damit auch die zu Art. 36 II 3 des VO-Vorschlags (»Die Wirkungen des Europäischen Nachlasszeugnisses werden auch [im Ausstellungsstaat] anerkannt ...«) ausgetragene Debatte, was »Anerkennung« in diesem Zusammenhang heißt, dazu *Fötschl* 1266 ff.

<sup>130</sup> Dies scheint vor allem aus österreichischer Sicht, wo die Kompatibilität von ENZ und Einantwortung zu bewältigen sein wird, eine Rolle zu spielen.

<sup>131</sup> *Fötschl* 1265 f.

<sup>132</sup> Dafür bereits *MPI* Nr. 276, 326 ff.; *Lange* 170 (ENZ als »Rechtsnachweis sui generis«); Heidelberg-Stellungnahme 51; *Jacoby*, Acte Nr. 2; *Estelle Naudin*, Les instruments optionnels destinés à régler les difficultés de la famille européenne: Les petites affiches 29.6. 2012 (Nr. 130) 47–49 (48); *Nourissat et al.* 13 f.; *Pascal Chassaing*, Le nouveau règlement européen sur les successions: JCP N 2012, 1270 (Nr. 26). A. A. *Frodl* (oben N. 24) 958 (ENZ hänge von nationalem Erbnachweis ab); *Buschbaum/Simon* 528 (Dritte können weiter auf nationalem Erbschein bestehen).

zu wählen. Entscheidet er sich für das ENZ, ist er in keinem Mitgliedstaat mehr auf einen nationalen Erbnachweis angewiesen.<sup>133</sup>

Freilich muss diese Lösung dann das Verhältnis zwischen beiden Instrumenten bestimmen. Die Verordnung schweigt zu diesem Problem. Da aber die Zuständigkeitsregeln der EuErbVO sowohl für das nationale Erbscheinsverfahren als auch für das ENZ-Verfahren gelten, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass dann, wenn alle Beteiligten die Zuständigkeitsordnung der Verordnung beachten, ein Konflikt nur innerhalb eines Mitgliedstaats auftreten kann.<sup>134</sup> Hat ein Mitgliedstaat zu Unrecht seine Zuständigkeit angenommen, muss zunächst das dort ausgestellte Dokument aus der Welt geschafft werden, bevor in dem eigentlich zuständigen Mitgliedstaat ein Nachweis beantragt werden kann. Innerhalb eines Mitgliedstaats kann es zum einen in zeitlicher Hinsicht zu einer Kollision kommen, wenn nämlich vor dem Antrag auf Ausstellung eines ENZ bereits ein Erbschein erteilt wurde (worauf in dem Antrag auf Ausstellung eines ENZ hinzuweisen wäre, Art. 65 III lit. g EuErbVO). In diesem Fall sollte der nationale Erbnachweis von dem weitergehenden ENZ abgelöst werden.<sup>135</sup> Die Erteilung eines nationalen Erbnachweises nach Ausstellung eines ENZ sollte dessen vorherige Aufhebung voraussetzen.<sup>136</sup>

Zum anderen ist eine Kollision in persönlicher Hinsicht denkbar, wenn ein Erbberechtigter ein ENZ beantragt, ein anderer Berechtigter aber lieber einen nationalen Erbnachweis ausgestellt haben möchte. Da der Gebrauch des ENZ für niemanden verpflichtend sein soll (Art. 62 II EuErbVO), muss hier die Möglichkeit gewährt werden, einen Teilerbschein und ein Teil-ENZ auszustellen.<sup>137</sup> Freilich muss dann der andere Berechtigte, wenn er im ENZ-Verfahren angehört wird, geltend machen, dass er nicht von dem Zeugnis erfasst sein möchte.

---

<sup>133</sup> Deutlich *Jacoby*, Acte Nr. 2; *Simon/Buschbaum* 2397.

<sup>134</sup> *MPI* Nr. 327 ff.; zum Problem eines Kompetenzkonflikts noch unten N. 234.

<sup>135</sup> So auch *MPI* Nr. 328; kritisch *Rechberger*, Nachlasszeugnis 17. Ob dafür eine formelle Aufhebung und Einziehung des nationalen Nachweises erforderlich ist (wohl ja in Deutschland: § 2361 BGB; wohl nein in Frankreich: *Döbereiner* [oben N. 15] Rz. 182), bleibt dem mitgliedstaatlichen Recht überlassen. Der von der »Rucksacktheorie« erhobene Einwand, dass nach dieser Lösung regelungsbedürftig sei, ob ein von dem ENZ abgelöster nationaler Erbnachweis wiederaufleben könne (*Fötschl* 1263 N. 18), missversteht die Vorschrift über die zeitliche Begrenzung der Wirkungen in Art. 43 II VO-Vorschlag/Art. 70 III EuErbVO: Begrenzte Wirkung haben allein die erteilten beglaubigten Abschriften; das bei der Ausstellungsbehörde verbleibende Original ist unbegrenzt gültig.

<sup>136</sup> Auch für die Aufhebung eines inhaltlich zutreffenden ENZ mangelt es an einer ausdrücklichen Rechtsgrundlage in der Verordnung. Anders *Jacoby*, Certificat Nr. 21 (Ausstellung eines ergänzenden *acte de notoriété* zur Dokumentation des dem Erbgang vorausgehenden güterrechtlichen Ausgleichs); *Buschbaum/Simon* 528; FAKomm. ErbR (-*Martiny*) nach Art. 26 EGBGB Rz. 242.

<sup>137</sup> Art. 39 VO-Vorschlag hatte für ein derartiges Teil-Zeugnis noch eine ausdrückliche Regelung enthalten.

### 3. Die Regelungstechnik des optionalen Instruments

Traditionell wird eine Erbrechtsvereinheitlichung aufgrund unterschiedlicher nationaler Rechtsvorstellungen und -kulturen als schwierig empfunden.<sup>138</sup> Die Regelungstechnik der VO fügt sich damit einerseits ein in eine jüngst zu beobachtende Tendenz des europäischen Gesetzgebers, sich mit einer Sachrechtsvereinheitlichung zurückzuhalten und durch eine Harmonisierung des internationalen Privat- und Verfahrensrechts zwar die Eigenständigkeit der mitgliedstaatlichen Rechte zu bewahren (Art. 67 I AEUV), zugleich aber für eine Einheitlichkeit und bessere Vorhersehbarkeit von Entscheidungen zu sorgen.<sup>139</sup> Andererseits geht das ENZ über diese Tendenz hinaus, indem es den EU-Bürgern ein Korpus verfahrensrechtlicher und materieller Regeln als Alternative zu ihrem mitgliedstaatlichen Recht zur Wahl stellt. Die Artt. 62 ff. EuErbVO schaffen auf diese Weise optionales Recht.<sup>140</sup> Vorbilder für derartige optionale Instrumente bestehen etwa im Gesellschaftsrecht (*Societas Europaea* – SE, *Societas Cooperativa Europaea* – SCE) und im Immaterialgüterrecht (Gemeinschaftsmarke). Mit Hilfe eines völkerrechtlichen Vertrages wurde der deutsch-französische Wahlgüterstand als optionales Instrument im Güterrecht geschaffen.<sup>141</sup> Zuletzt hat sich die Kommission mit ihrem Verordnungsvorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (kurz: CESL) für diese Regelungstechnik entschieden.<sup>142</sup> Die Erfahrungen mit bestehenden optionalen Instrumenten wie auch insbesondere die lebhafteste Diskussion um das Gemeinsame Europäische Kaufrecht geben zugleich Hinweise auf »[b]ereichsübergreifende Grundfragen« zu optionalen Instrumenten.<sup>143</sup> Im Folgenden sollen vor diesem Hintergrund die Funktionsvoraussetzungen eines optionalen Nachlasszeugnisses (unten V.) und dessen Attraktivität in seiner tatsächlichen Ausgestaltung (unten VI.) erörtert werden.

<sup>138</sup> Siehe jüngst, zweifelnd und m. w. N., *Reinhard Zimmermann*, Testamentsformen: »Willkür« oder Ausdruck einer Rechtskultur?: *RabelsZ* 76 (2012) 471–508 (473 ff.).

<sup>139</sup> Zu dieser Tendenz etwa *Anatol Dutta*, Europäische Integration und nationales Vertragsrecht nach dem Vertrag von Lissabon: die Rolle des Internationalen Privatrechts: *EuZW* 2010, 530–534.

<sup>140</sup> Heidelberg-Stellungnahme 50 (»28. Regime«); *Naudin* (oben N. 132) 47 ff.; *Jacoby*, *Acte* Nr. 6; *Buschbaum/Simon* 525; *MPI* Nr. 280 (»optional character«).

<sup>141</sup> Dazu u. a. *Nina Dethloff*, Der deutsch-französische Wahlgüterstand – Wegbereiter für eine Angleichung des Familienrechts?: *RabelsZ* 76 (2012) 509–539; *Dieter Martiny*, Der neue deutsch-französische Wahlgüterstand: *ZEuP* 19 (2011) 577–600; *Michael Stümer*, Der deutsch-französische Wahlgüterstand als Modell für eine europäische Rechtsvereinheitlichung: *JZ* 2011, 545–555.

<sup>142</sup> KOM(2011) 635 endg. Siehe auch die Überlegungen zu einer Europäischen Personenstandsurkunde (Grünbuch »Weniger Verwaltungsaufwand für EU-Bürger« vom 14. 12. 2010 [oben N. 59] sub 6) und zu einem optionalen Versicherungsvertragsrecht.

<sup>143</sup> Derartige Grundfragen skizziert *Holger Fleischer*, Optionales Europäisches Privatrecht: *RabelsZ* 76 (2012) 235–252 (242 ff.).

## V. Funktionsvoraussetzungen eines optionalen Nachlasszeugnisses

### 1. Einheitliches Kollisionsrecht zur Vermeidung einer bloßen Anerkennung von Rechtslagen

Die bislang bekannten optionalen Instrumente begegnen Problemen auf verschiedenen Ebenen. Während die *Societas Europaea* sachrechtlichen Differenzen abhelfen soll, liegt der Grund für das Gemeinsame Europäische Kaufrecht in Schwierigkeiten auf kollisionsrechtlicher Ebene, da sich im Kaufvertragsrecht sachrechtliche Unterschiede überwinden ließen, wenn auch gegenüber Verbrauchern eine freie Rechtswahl zulässig wäre (Art. 6 II Rom I-VO). Das ENZ schließlich beruht auf Schwierigkeiten im Bereich der »Anerkennung« (besser: Substitution) nationaler Erbnachweise in anderen Mitgliedstaaten. Wie gesehen, stehen hinter diesen Schwierigkeiten Vorbehalte gegenüber ausländischen Nachlassverfahren und vor allem kollisionsrechtliche Differenzen. Ohne eine Vereinheitlichung des dem Nachweis zugrundeliegenden Kollisionsrechts läuft die Wirkungserstreckung auf die Anerkennung einer ausländischen Rechtslage, die nicht mit der eigenen Sicht der Dinge übereinstimmen muss, hinaus.<sup>144</sup> Das Anerkennungsprinzip würde über den bewährten Mechanismus des Verweisungsrechts gestellt. Ein Einklang ließe sich zwar theoretisch auch über eine Harmonisierung des materiellen Erbrechts erzielen – dies ist der Ansatz des CESL. Demgegenüber erscheint die Kollisionsrechtsvereinheitlichung als der mildere und gegenwärtig allein realistische Weg. Ein einheitliches Internationales Erbrecht ist aber zugleich unabdingbare Funktionsvoraussetzung für das ENZ.<sup>145</sup>

Im Kern wird die Funktionsvoraussetzung eines einheitlichen Kollisionsrechts von der Verordnung selbstverständlich erfüllt. Aus dieser Voraussetzung folgt aber zugleich ein Optimierungsgebot: Die der Ausstellung des ENZ zugrundeliegende Rechtsanwendung ist möglichst so zu gestalten, dass der Verwendungsstaat zu demselben Ergebnis gelangen würde. Daraus folgen drei Herausforderungen an das Kollisionsrecht.<sup>146</sup> Auf alle drei war bereits während des Gesetzgebungsverfahrens mit verschiedenen Verbesse-

---

<sup>144</sup> Deshalb skeptisch gegenüber einer Anerkennung von Rechtslagen durch eine Europäische Personenstandsurkunde *Dutta/Freitag/Helms/Kissner* (oben N. 59) 170; *Heinz-Peter Mansel*, Kritisches zur »Urkundsinhaltsanerkennung«; IPRax 2011, 341–342 (342).

<sup>145</sup> Statt Vieler *Dörner*, Entwurf 227; *ders.*, Das Grünbuch »Erb- und Testamentsrecht« der Europäischen Kommission: ZEV 2005, 137–138 (138); Heidelberg-Stellungnahme 51; *Mansel*, Vereinheitlichung (oben N. 80) 222; verbleibende Unterschiede in der IPR-Anwendung erwartet *Sabine Altmeyer*, Vereinheitlichung des Erbrechts in Europa, Der Entwurf einer »EU-Erbrechts-Verordnung« durch die EU-Kommission: Zeitschrift für Europarechtliche Studien (ZEuS) 2010, 475–492 (491).

<sup>146</sup> Eine weitere potentielle Einbruchstelle für Uneinheitlichkeit bildet der *ordre public*-Vorbehalt, *Dörner*, Entwurf 227f. (mit dem Vorschlag, eine *ordre public*-Kontrolle bereits im Verfahren zur Erteilung des ENZ zu ermöglichen). Daran sollte jedoch festgehalten werden;

rungsvorschlägen hingewiesen worden. Eine eindeutige und befriedigende Lösung hat die Verordnung jedoch in keinem der Fälle gefunden. Nachdem nun der endgültige Verordnungstext vorliegt, können und müssen diese Probleme einer Lösung zugeführt werden.

a) Herausforderung 1: Qualifikation (Zusammenspiel von Erbrecht und Güterrecht)

Die erste Herausforderung betrifft das Problem der Qualifikation von Normen als Teil des Erbstatuts. Dies soll anhand des klassischen IPR-Problems des Zusammenspiels von Erbrecht und güterrechtlichem Ausgleich illustriert werden, das durch das ENZ eine neue Facette erhalten wird. Beide Rechtsmaterien sind bekanntlich zwar sachrechtlich aufeinander abgestimmt, kollisionsrechtlich können sie aber aufgrund unterschiedlicher Anknüpfungsmomente und der Wandelbarkeit des Erbstatuts auseinandergerissen werden.<sup>147</sup> In vielen Rechtsordnungen bestimmen sich die Rechte des überlebenden Ehegatten teilweise nach dem Ehegüterrecht, das damit erheblichen Einfluss auf dessen vermögensmäßige Stellung nach dem Erbfall haben kann.<sup>148</sup> Hinterlässt etwa der intestat Verstorbene einen Ehegatten und zwei Kinder, so beträgt nach den §§ 1924, 1931 I BGB der gesetzliche Anteil des Ehegatten  $\frac{1}{4}$ , während sich die Kinder die übrigen  $\frac{3}{4}$  teilen. Hinzu kommt jedoch ein davon nicht berührter (§ 1931 III BGB) Ausgleich wegen Beendigung des ehelichen Güterstandes. Lebten die Ehegatten im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, so führt dies nach § 1371 I BGB zu einer pauschalen Erhöhung des Erbteils des Ehegatten um  $\frac{1}{4}$ , so dass im Ergebnis der Ehegatte  $\frac{1}{2}$  und die Kinder jeweils  $\frac{1}{4}$  erben. In einem reinen Inlandssachverhalt würde ein deutsches Nachlassgericht deshalb einen Erbschein ausstellen, der für den Ehegatten eine Quote von  $\frac{1}{2}$  ausweist.

Angenommen, der Erblasser hatte seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland, so ist nach Art. 21 I EuErbVO grundsätzlich deutsches materielles<sup>149</sup> Erbrecht auf »die gesamte Rechtsnachfolge von Todes wegen« anwendbar. Diese Verweisung erstreckt sich nach Art. 23 II lit. b EuErbVO auf die »Nachlassansprüche des überlebenden Ehegatten« und damit sicher auf das von § 1931 I BGB gewährte Viertel. Ob auch das von § 1371 I BGB gewährte Viertel von der Verweisung umfasst ist, hängt zunächst von einer

---

er wird innerhalb der mitgliedstaatlichen Rechte ohnehin nur selten zur Anwendung gelangen.

<sup>147</sup> Überblick bei *Staudinger (-Mankowski)* (2011) Art. 15 EGBGB Rz. 324ff.

<sup>148</sup> Überblick bei *Walter Pintens*, Ehegüterrecht, in: HWBEP 350–354; *MPI* Nr. 9; *Inge Kroppenberg*, Nationale Rechtskulturen und Schaffung eines europäischen Erbrechts, in: *Europäisierung des Rechts*, hrsg. von *Herbert Roth* (2010) 103–119 (109ff.).

<sup>149</sup> Ein *Renvoi* ist nur für den Verweis auf das Recht eines Drittstaates vorgesehen und denkbar, Art. 34 EuErbVO.

Auslegung des Begriffs »Nachlassansprüche« ab. Ist damit nur die erbrechtliche Beteiligung des überlebenden Ehegatten am Nachlass gemeint oder jegliche Vermögensposition, die er infolge des Todes des Erblassers erhält und die deshalb auch güterrechtlicher Natur sein kann? Auch wenn der Wunsch nach einer entsprechenden Klarstellung<sup>150</sup> vom europäischen Gesetzgeber nicht erhört wurde, scheint der Wortlaut<sup>151</sup> im Zusammenhang mit der Bestimmung des Anwendungsbereichs in Art. 1 II lit. d EuErbVO, der »Fragen des ehelichen Güterrechts« ausdrücklich ausklammert, doch hinreichend klar, um eine Beschränkung auf die erbrechtliche Beteiligung anzunehmen. Dann kommt es aber darauf an, wie § 1371 I BGB zu qualifizieren ist. Sieht man die Vorschrift im Ergebnis als eine zwar vom deutschen Gesetzgeber im Güterrecht platzierte, aber im Kern erbrechtliche Norm an, so wird auch sie über Art. 21 EuErbVO anwendbar. Betrachtet man die Vorschrift aber als güterrechtlich, so liegt sie außerhalb des Anwendungsbereichs der Verordnung. Sie käme nur dann zum Zuge, wenn auch das separat zu bestimmende, bislang unvereinheitlichte Güterstatut deutsches Recht wäre. Die Qualifikation von § 1371 I BGB ist in Deutschland seit langem umstritten; die herrschende Meinung spricht sich jedoch für eine güterrechtliche Sichtweise aus.<sup>152</sup> Sie stützt diese Qualifikation vor allem darauf, dass diese Vorschrift dem Nachlass pauschaliert vorab das entziehen will, was dem Ehegatten anlässlich der Beendigung des Güterstandes gebührt.<sup>153</sup>

Diese Sichtweise kann die Ausstellungsbehörde bei Erteilung des ENZ vor erhebliche Probleme stellen.<sup>154</sup> Dies verdeutlicht folgende Weiterführung des obigen Beispiels:

(1) Ein deutsches Gericht ist zuständig nach Art. 64 i. V. m. Art. 4 EuErbVO, sowohl Erbstatut als auch Güterstatut sind nach Art. 21 I EuErbVO bzw. Art. 15 EGBGB deutsches Recht. Dürfte das Gericht in dem ENZ die auf dieser Grundlage ermittelte (unstreitige)<sup>155</sup> Erbquote von  $\frac{1}{2}$  angeben, oder müsste es sich auf die Angabe der erbrechtlich zu qualifizierenden Beteiligung in Höhe von  $\frac{1}{4}$  beschränken und damit ein Zeugnis mit einem aus seiner Sicht unrichtigen Inhalt erteilen?

<sup>150</sup> MPI Nr. 171.

<sup>151</sup> Kritisch zu dieser Formulierung *Jayne* 34. Englisch: »succession rights«; französisch: »droits successoraux«.

<sup>152</sup> Umfassend *Staudinger (-Mankowski)* (2011) Art. 15 EGBGB Rz. 342ff.; Münch. Komm. BGB (-*Siehr*) Art. 15 EGBGB Rz. 114ff., beide m. w. N. Jedenfalls *auch* güterrechtlich ist der Ausgleich nach der in der jüngeren Rechtsprechung verbreiteten Theorie von der Doppelqualifikation, z. B. OLG Köln 5. 8. 2011, ZEV 2012, 205.

<sup>153</sup> *Staudinger (-Mankowski)* (2011) Art. 15 EGBGB Rz. 347: »Der Ausgleich ist güterrechtlich, obwohl er sich eines erbrechtlichen Instruments bedient.«

<sup>154</sup> Auf das Problem haben im Hinblick auf den VO-Vorschlag u. a. auch hingewiesen MPI Nr. 322ff.; *Buschbaum/Kohler* 108 und 162, 168; *Dörner*, Entwurf 228; *Steinmetz/Löber/García Alcázar* (oben N. 56) 237.

<sup>155</sup> Münch. Komm. BGB (-*Siehr*) Art. 15 EGBGB Rz. 115.

Zweifel könnten bereits an der internationalen Zuständigkeit deutscher Gerichte bestehen, wenn man die Auffassung teilt, dass eine Zuständigkeit nur zur Entscheidung über Fragen innerhalb des Anwendungsbereichs der Verordnung begründet werde.<sup>156</sup> Da anders als im autonomen deutschen Recht keine »Erscheinszuständigkeit«, sondern gemäß Art. 1 I 1 EuErbVO eine »Erbrechtszuständigkeit« geregelt werde, könne auch nur die erbrechtlich begründete Quote in das Zeugnis aufgenommen werden.<sup>157</sup> Jedoch gibt Art. 64 EuErbVO keine Auskunft über den Prüfungsumfang der Ausstellungsbehörde, sondern vermittelt – insofern dem deutschen Recht durchaus vergleichbar – eine Zuständigkeit zur Ausstellung des Zeugnisses, die sich aus einem Verweis auf die für Entscheidungen in Erbsachen zuständigen Gerichte ergibt. Welche Feststellungen das Zeugnis enthält, bestimmt sich nicht nach den Zuständigkeitsvorschriften, sondern nach den Regeln über den Inhalt des Zeugnisses.<sup>158</sup>

Hierzu hatte Art. 36 I 2 des VO-Vorschlags noch ausdrücklich bestimmt, dass das Zeugnis anhand des nach der Verordnung ermittelten anwendbaren Rechts erteilt wird. Diese Norm ließ sich in der Tat so lesen, als wäre eine Nachlassbeteiligung aus anderen als erbrechtlichen Gründen nicht in dem Zeugnis zu vermerken.<sup>159</sup> Sie wurde jedoch gestrichen. Stattdessen besagt jetzt Art. 67 I 1 EuErbVO, dass ein ENZ nur ausgestellt wird, »wenn der zu bescheinigende Sachverhalt nach dem auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendenden Recht *oder jedem anderen auf einen spezifischen Sachverhalt anzuwendenden Recht* feststeht« (Hervorhebung hinzugefügt).

Auslegungsbedürftig ist nun, ob dieser im Vergleich zum VO-Vorschlag neu hinzugekommene Zusatz nur besondere Kollisionsregeln meint, die in der Verordnung enthalten sind, oder ob davon jegliche bei der Prüfung der Erbberechtigung und Feststellung der Erbquoten benötigte Kollisionsnorm gemeint ist. Denn auch die Verordnung enthält besondere Kollisionsregeln in den Artt. 24 ff. EuErbVO, und zwar unter anderem für die materielle Wirksamkeit einer Verfügung von Todes wegen, zu der Art. 26 EuErbVO zum Beispiel die Testierfähigkeit, die Zulässigkeit der Stellvertretung oder die Auslegung der Verfügung rechnet, sowie für die Formgültigkeit einer

<sup>156</sup> *Rauscher (-ders.)* Rz. 8; Heidelberg-Stellungnahme 31.

<sup>157</sup> *Rauscher (-ders.)* Rz. 8 (Hervorhebung im Original); a. A. offenbar *Schurig* 352.

<sup>158</sup> Der Zuständigkeitskonzentration in Art. 3 des Vorschlags einer Ehegüterrechtsverordnung bedarf es zur Lösung dieser Frage also nicht, siehe aber Heidelberg-Stellungnahme 31. Hinzu kommt, dass die Ausstellungsbehörde nicht identisch sein muss mit dem Gericht, das über Erbrechtsstreitigkeiten entscheidet.

<sup>159</sup> Siehe, auf der Grundlage des VO-Vorschlags, *Dörmer*, Entwurf 228; »unklar« ist der VO-Vorschlag in diesem Punkt nach *Dieter Martiny*, Die Kommissionsvorschläge für das internationale Ehegüterrecht sowie für das internationale Güterrecht eingetragener Partnerschaften: IPRax 2011, 437–458 (445). Offen bleibt die Frage, ob dann für die Kinder je 3/8 einzutragen sind oder die zutreffende Quote von je 1/4 mit der Folge, dass 1/4 fehlte – als Grundlage eines Gutglaubensstatbestandes wäre ein derartiges Zeugnis unbrauchbar.

schriftlichen Verfügung von Todes wegen oder einer Annahme- oder Ausschlagungserklärung.<sup>160</sup>

Im Ergebnis spricht mehr dafür, auch verordnungsexterne Kollisionsnormen unter Art. 67 I 1 EuErbVO zu fassen. Dies ergibt sich sowohl aus systematischen als auch aus teleologischen Gründen.

In systematischer Hinsicht finden sich Hinweise für beide Ansichten. Einerseits existiert eine parallele Formulierung in Art. 69 II EuErbVO, der die Beweiswirkung des ENZ umreißt. Zum Verständnis dieses Artikels sind zwei Aussagen in ErwGr 71 von Bedeutung: Erstens wird dort eher beiläufig die materielle Wirksamkeit einer Verfügung von Todes wegen – und damit ein *innerhalb* der Verordnung geregelter Anknüpfungsgegenstand – als Beispiel für ein anderes auf einen spezifischen Sachverhalt anzuwendendes Recht erwähnt. Zweitens hält der Verordnungsgeber dort fest, dass sich die Beweiswirkung des ENZ ausschließlich auf Elemente beziehen soll, die durch die Verordnung geregelt werden. Dies entspricht einer während des Gesetzgebungsverfahrens verbreitet erhobenen Forderung und überzeugt auch in der Sache: Eine Bindung an die Feststellung des ehelichen Güterstandes oder der Nachlasszugehörigkeit bestimmter Gegenstände würde weit über die Zwecke des ENZ hinauschießen.<sup>161</sup> Dieser Erwägungsgrund deutet also darauf hin, dass die Formulierung keine verordnungsexternen Verweisungsnormen meint.

Andererseits lässt sich dieser Befund nicht mit den Vorschriften über den Inhalt des ENZ in Einklang bringen. Gemäß Art. 68 lit. h EuErbVO soll das ENZ auch Angaben zu einem vom Erblasser geschlossenen Ehevertrag und zum ehelichen Güterstand enthalten. Aus der Angabe des Güterstandes wird sich implizit das zugrunde gelegte Güterstatut ergeben, auch wenn dessen ausdrückliche Angabe hilfreich wäre.<sup>162</sup> Die Verordnung scheint also von der Ausstellungsbehörde zu erwarten, dass sie sich über das anzuwendende Güterrecht und den Güterstand Gedanken macht.<sup>163</sup> Die Angabe könnte nun die Funktion haben, den Inhaber des Zeugnisses und denjenigen, dem es vorgelegt wird, dafür zu sensibilisieren, dass der Nachlass durch einen vorrangigen güterrechtlichen Ausgleich geschmälert sein könnte oder dass die festgestellten Erbquoten gewissermaßen nur vorläufig sein und sich durch einen güterrechtlichen Ausgleich noch verändern könnten. Damit würden dem Rechtsverkehr eventuell schwierige rechtliche Überlegungen aufgebürdet, obwohl das ENZ doch gerade die Nachlassabwicklung erleichtern soll. Die Angabe wäre als unverbindlicher Hinweis zudem hinderlich in

---

<sup>160</sup> Schon deshalb ist der Zusatz nicht entbehrlich, so aber Heidelberg-Stellungnahme 51 N. 195.

<sup>161</sup> Damit wird der Kritik von *Rauscher (-ders.)* Rz. 85f.; Heidelberg-Stellungnahme 52 entsprochen.

<sup>162</sup> Siehe die Forderung von *Lange* 173.

<sup>163</sup> Siehe auch ErwGr 12; *Jacoby*, Acte Nr. 20.

einem auf Klarheit und Präzision abzielenden Dokument. Wahrscheinlicher ist deshalb eine andere Deutung: Die Angabe des Güterstandes soll den Rechtsverkehr darauf hinweisen, dass die festgestellte Erbquote auch auf Ehegüterrecht beruhen kann.<sup>164</sup> Dann muss aber auch das Güterstatut von Art. 67 I 1 EuErbVO umfasst sein.

Hinzu kommt die Zielsetzung des ENZ: Das Zeugnis soll dem Rechtsverkehr die zutreffende materielle Rechtslage mitteilen. Es wäre widersinnig, wenn die Ausstellungbehörde aufgrund des beschränkten Anwendungsbereichs der Verordnung sehenden Auges ein unrichtiges oder jedenfalls unvollständiges Zeugnis erteilen müsste.<sup>165</sup> Besonders augenscheinlich wird dies, wenn man bedenkt, dass für Registereintragungen regelmäßig eine besondere Legitimation erforderlich ist. Geht man nun zutreffend davon aus, dass neben einem ENZ kein nationaler Erbschein mehr erteilt werden darf,<sup>166</sup> führt das dazu, dass bei Umschreibung eines – unmittelbar geteilt auf die Erben übergehenden<sup>167</sup> – Kommanditanteils aufgrund der nach § 12 I 3 HGB zum Nachweis der Rechtsnachfolge »tunlich« vorzulegenden öffentlichen Urkunde Anteile eingetragen werden, die nicht mit der materiellen Rechtslage übereinstimmen. Die Ausstellungsbehörde muss den Sachverhalt also umfassend prüfen. Eine Ausstellungsbehörde in Deutschland würde in dem genannten Beispiel eine Erbquote von ½ für den Ehegatten eintragen.

(2) Wollen nun freilich die Erben mit diesem ENZ die Umschreibung eines Nachlassgrundstücks in einem Mitgliedstaat vornehmen lassen, erscheint fraglich, ob die Behörden dieses Mitgliedstaats an diese Erbquoten gebunden sind. Die Beweis- und Legitimationswirkung des Zeugnisses ergibt sich aus dem oben bereits erwähnten Art. 69 II, V EuErbVO. Sie soll sich nach dem Willen des Ordnungsgebers gerade nicht auf außerhalb des Anwendungsbereichs der Verordnung liegende Elemente erstrecken. Mit Sicherheit nicht umfasst sind deshalb die Feststellungen in dem Zeugnis zum Güterstand (Art. 68 lit. h EuErbVO). Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob auch das auf § 1371 I BGB beruhende Viertel von der Wirkung des Zeugnisses ausgenommen bleibt.<sup>168</sup> Dies wäre zu verneinen, wenn Art. 69 II EuErbVO anders als Art. 67 I 1 EuErbVO ausgelegt wird und alle Sachverhalte, die aufgrund verordnungsexterner Kollisionsnormen festgestellt wurden, außen vor bleiben müssen. Eine derartige Auslegung wäre nicht nur im

<sup>164</sup> Noch nützlicher wäre die präzise Angabe, in welchem Umfang dies der Fall ist, vgl. den Vorschlag des MPI Nr. 323; *Lange* 173.

<sup>165</sup> Unbefriedigend bleibt deshalb auch ein Hinweis auf das güterrechtliche Viertel mit »informatorischem Charakter«, *Dörner*, EuErbVO 509.

<sup>166</sup> Dazu oben IV.2.

<sup>167</sup> Siehe nur Münchener Kommentar zum HGB (-K. Schmidt) III<sup>3</sup> (2012) § 177 Rz. 16 m. w. N. Zur Abgrenzung von Erbstatut und Gesellschaftsstatut siehe Art. 1 II lit. h EuErbVO.

<sup>168</sup> Dafür FAKomm. ErbR (-Martiny) nach Art. 26 EGBGB Rz. 257.

Sinne einer systematischen Auslegung höchst unbefriedigend; sie ist auch nach dem Zweck der Norm nicht erforderlich: Von den Wirkungen umfasst ist die in den Anwendungsbereich der Verordnung fallende Erbquote; ausgenommen sind die nicht-erbrechtlich zu qualifizierenden Umstände, auf denen sie beruht.

Gleichwohl bleibt ein Problem, wenn das autonome IPR des Verwendungsstaats zu einem anderen Güterstatut gelangt als das ausstellende deutsche Gericht. Aus Sicht des Verwendungsstaats ist der Zeugnisinhalt falsch.<sup>169</sup> Für den Ehegatten dürfte nur eine Quote von  $\frac{1}{4}$  angegeben sein. Zwar arbeitet die EU derzeit an einer Vereinheitlichung des internationalen Ehegüterrechts.<sup>170</sup> Bis dahin würde aber die Bindung an das ENZ einem anderen Mitgliedstaat die deutsche Kollisionsregel aufzwingen.<sup>171</sup> Zur Lösung des Problems wurde vorgeschlagen, die Wirkungen des ENZ nur in Höhe des erbrechtlichen Viertels anzunehmen.<sup>172</sup> Diese Lösung scheint unvermeidlich, will man nicht von einer ausländischen Behörde verlangen, was zuvor für eine inländische als nicht akzeptabel bezeichnet wurde. Erst mit Inkrafttreten eines einheitlichen europäischen Güterkollisionsrechts würde dieses Problem entfallen.<sup>173</sup>

(3) Das Ergebnis ist vorläufig äußerst unbefriedigend und für die Praxis-tauglichkeit des ENZ ein bedauernswerter Nachteil.<sup>174</sup> Es sollte dazu ein-laden, an der Wurzel der Problematik anzusetzen, nämlich an der Qualifikation des § 1371 I BGB. Würde diese Vorschrift erbrechtlich qualifiziert, könnten sich alle zuvor skizzierten Fragen in Luft auflösen: Natürlich wäre die Ausstellungsbehörde zuständig, natürlich müsste sie § 1371 I BGB bei den auszuweisenden Erbquoten berücksichtigen und natürlich wäre ein aus-

<sup>169</sup> Siehe auch *MPI* Nr. 322; dort auch zu dem umgekehrten Problem, dass in diesem Mitgliedstaat ein ENZ ausgestellt wird, das dann aus Sicht eines anderen Mitgliedstaats, der deutsches Güterrecht für anwendbar hält, eine *zu geringe* Erbquote für den Ehegatten ausweist.

<sup>170</sup> Oben N. 59.

<sup>171</sup> *MPI* Nr. 323. Eine Vereinheitlichung des Internationalen Güterrechts hält deshalb *Mathijs H. ten Wolde*, Will professionals in other countries be able to rely on a European Certificate of Inheritance for all purposes?, in: *Les successions internationales dans l'UE*, hrsg. vom Deutschen Notarinstitut (2004) 503–514 (507), für ebenfalls zwingend erforderlich.

<sup>172</sup> *MPI* Nr. 323. Flankierend wurde in Nr. 312 vorgeschlagen, in das ENZ die Angabe aufzunehmen, ob die darin genannten Rechte auch eine güterrechtliche Grundlage haben und, falls ja, welche. Zwei weitere Lösungsvorschläge werden in Nr. 324f. angerissen, sind aber nach Inkrafttreten der VO nicht mehr gangbar und ohnehin kaum praktikabel: (i) Aussetzung der Anwendung der Vorschriften über das ENZ bis zum Inkrafttreten eines einheitlichen Güterkollisionsrechts; (ii) Einführung eines besonderen Anerkennungs- und Berichtigungsverfahrens in jedem Mitgliedstaat zur Berücksichtigung der jeweiligen Vorstellungen im internationalen Ehegüterrecht – 27 verschiedene Zeugnisse wären die Folge.

<sup>173</sup> *MPI* Nr. 323; *Lagarde* (oben N. 119) 729 (einschränkend für nach Inkrafttreten der Güterrechtsverordnung geschlossene Ehen).

<sup>174</sup> *Dörner*, Entwurf 228 (»[ä]ußerst misslich«); *Jayme* 34; aus französischer Sicht *Lagarde* (oben N. 119) 729.

ländisches Gericht an diese Quoten gebunden – unabhängig von dem anzuwendenden Güterrecht. Zwar wollen auch unter der EuErbVO mehrere Autoren an der güterrechtlichen Qualifikation festhalten.<sup>175</sup> Doch ändert sich immerhin die Perspektive der Qualifikation. Sie ist nicht mehr nach der *lex fori*, sondern aus Sicht des europäischen Kollisionsrechts vorzunehmen.<sup>176</sup> Maßgebliches Abgrenzungsmerkmal scheint dabei für den europäischen Gesetzgeber das Merkmal der »Nachlassansprüche des überlebenden Ehegatten« zu sein. Mit ihm umreißt er das Erbstatut aufgrund von Art. 23 II lit. b EuErbVO, und mit ihm beabsichtigt er, den Anwendungsbereich der Güterrechtsverordnung in Art. 1 III lit. d des Vorschlags zu begrenzen. Die von der deutschen herrschenden Meinung vorgetragene Gründe für eine güterrechtliche Qualifikation haben nichts an ihrer Überzeugungskraft verloren. Gleichwohl erscheint es nicht ausgeschlossen, dass im Interesse eines möglichst effektiven ENZ und einer rechtssicheren Nachlassabwicklung aus europäischer Sicht der gegenteilige Standpunkt eingenommen und § 1371 I BGB erbrechtlich qualifiziert wird.<sup>177</sup> Es müsste dann argumentiert werden, dass § 1371 I BGB zwar der Beendigung des Güterstandes dient, diesem Zweck aber nicht mit einer Bestimmung dessen, was zum Nachlass gehört, sondern mit einer Anordnung zur Verteilung des Nachlasses nachkommt.<sup>178</sup> Irrelevant für diese Qualifikation aus europäischer Sicht ist jedoch die Haltung des deutschen Gesetzgebers in der Frage, so dass der Vorschlag, er solle anlässlich der Implementierung der EuErbVO in das deutsche Recht »die Qualifikation [...] klarstellen«, <sup>179</sup> ins Leere läuft.

Zu ergänzen ist, dass diese Herausforderung keineswegs auf Deutschland beschränkt ist. Denn es fragt sich genauso, ob das katalanische »Witwenvier-

<sup>175</sup> Dörner, EuErbVO 507; ders., Entwurf 223; Martiny (oben N. 159) 445; FAKomm. ErbR (-Martiny) nach Art. 26 EGBGB Rz. 24; Andrea Bonomi, The interaction among the future EU instruments on matrimonial property, registered partnerships and successions: Yearbook of Private International Law (Yb. PIL) 13 (2011) 217–231 (219); Schurig 351 f.; tendenziell auch Dutta 9; abwartend Buschbaum/Kohler 108; Simon/Buschbaum 2394.

<sup>176</sup> Jayme 34; Buschbaum/Kohler 107; Lena Kunz, Die neue Europäische Erbrechtsverordnung, Ein Überblick (Teil II): GPR 2012, 253–257 (253 f.); allgemein z. B. Kreuzer 53; Heinze 108 ff. m. w. N. (*lex fori*-Qualifikation mit Gemeinschaftsrecht als *lex fori*); Beck'scher Online-Kommentar zum BGB (-Spickhoff) (Edition 24) (2011) Art. 1 Rom II-VO Rz. 4 (zitiert: BeckOK-BGB [-Bearb.]); Sonnenberger 239 f.

<sup>177</sup> Jayme 34; in diese Richtung auch Heidelberg-Stellungnahme 30 ff.; DNotI-Report 2012, 107–108 (108).

<sup>178</sup> Vgl. zu diesem Argument allgemein Staudinger (-Mankowski) (2011) Art. 15 EGBGB Rz. 329.

<sup>179</sup> Heidelberg-Stellungnahme 32; ähnlich Buschbaum/Kohler 108. Hier wegen des fehlenden Bezugs zum ENZ nicht weiterzuverfolgen sind die Auswirkungen dieser Qualifikation auf die berühmten Anpassungsprobleme wegen eines Auseinanderfallens von Erbstatut und Güterstatut, zu ihnen z. B. Bernd von Hoffmann/Karsten Thorn, Internationales Privatrecht<sup>9</sup> (2007) § 6 Rz. 31 ff.; Ingo Ludwig, Anwendung des § 1371 Abs. 1 BGB bei ausländischem Erbstatut?: DNotZ 2005, 586–595. – Noch anders jetzt Dörner, EuErbVO 509 (Ausführungsgesetz, das in diesen Fällen auf pauschalen Zugewinnausgleich verzichtet).

tel« im ENZ ausgewiesen werden kann oder nur ein nationaler Erbnachweis die Rechtslage zutreffend wiedergibt.<sup>180</sup> Ähnliche Qualifikationsprobleme bereitet der güterrechtliche Ausgleich bei Beendigung einer französischen »communauté universelle«, den das französische Recht als güterrechtlich, das deutsche Recht aber als erbrechtlich qualifiziert.<sup>181</sup> Je nach internationaler Zuständigkeit hätte ein ENZ damit einen anderen Inhalt.<sup>182</sup>

b) Herausforderung 2: Anpassung und Transposition  
(Vindikationslegat)

Die zweite Herausforderung betrifft den Umgang mit erbrechtlichen Besonderheiten des nach den Artt. 21 f. EuErbVO anwendbaren Rechts.<sup>183</sup> Als Illustration dient das in einigen ausländischen Rechtsordnungen anerkannte Vindikationslegat.<sup>184</sup> Danach erhält der Vermächtnisnehmer nicht wie nach § 2174 BGB einen schuldrechtlichen Anspruch auf den Vermächtnisgegenstand, sondern das Recht an dem Gegenstand fließt ihm mit dinglicher Wirkung zu.

Artikel 68 lit. m EuErbVO fordert als Inhalt des ENZ unter anderem »das Verzeichnis der Rechte und/oder Vermögenswerte, die einem bestimmten Vermächtnisnehmer zustehen«. Eine systematische Auslegung zeigt, dass damit entgegen dem zu weit geratenen Wortlaut nur Vindikationslegat gemeint sind.<sup>185</sup> Das ENZ ist zur Verwendung »durch Vermächtnisnehmer mit unmittelbarer Berechtigung am Nachlass« bestimmt (Art. 63 I EuErbVO). Exemplarisch aufgeführter möglicher Zweck eines ENZ ist der Nachweis der »Zuweisung eines bestimmten Vermögenswerts« (Art. 63 II lit. b EuErbVO). Die Vorschrift über den Inhalt des ENZ ist im Lichte dieser Zwecksetzung zu lesen; sie geht nicht weiter, als vom Verwendungszweck gefordert. Die Erwähnung der Vindikationslegat im ENZ entscheidet einen in Deutschland geführten Streit, ob diese Vermächtnisse in den Erbschein einzutragen sind.<sup>186</sup> Mit der Eintragung wird sichergestellt, dass der

<sup>180</sup> Steinmetz/Löber/García Alcázar (oben N. 56) 237.

<sup>181</sup> Zu dem Problem Jacoby, Acte Nr. 18; ders., Certificat Nr. 22.

<sup>182</sup> Jacoby, Acte Nr. 18.

<sup>183</sup> Auf diese Herausforderung haben im Hinblick auf den VO-Vorschlag u. a. hingewiesen Buschbaum/Köhler 168; Dörner, Entwurf 228.

<sup>184</sup> Rechtsvergleichender Überblick bei Tobias Helms, Vermächtnis, in: HWBEP 1643–1647; Rembert Süß, Das Vindikationslegat im Internationalen Privatrecht: RabelsZ 65 (2001) 245–263 (246 ff.) (zitiert: Vindikationslegat). Die Parallelproblematik stellt sich etwa für den Umgang mit dinglich wirkenden Teilungsanordnungen.

<sup>185</sup> Diese Beschränkung auf das für die Zwecke des ENZ Notwendige war bereits in Reaktion auf Art. 41 II lit. i des VO-Vorschlags gefordert worden; die Aufnahme eines Damnationislegats könne sogar zu Missverständnissen führen, wenn das Zeugnis in einem Mitgliedstaat mit Vindikationslegat verwendet werde (MPI Nr. 311; DNotV 36); anders noch zum VO-Vorschlag Lange 176.

<sup>186</sup> Überwiegend abgelehnt, siehe z. B. OLG Köln 14. 7. 1982, NJW 1983, 525; KG 26. 2.

Erbe den Vermächtnisgegenstand nicht aufgrund des ENZ an einen gutgläubigen Dritten veräußern kann.<sup>187</sup> Inwiefern dies für ein deutsches Nachlassgericht zu »erheblichen praktischen Problemen führen« soll,<sup>188</sup> ist nicht ersichtlich.

In Verbindung mit Art. 65 I, 63 I EuErbVO führt Art. 68 lit. m EuErbVO darüber hinaus dazu, dass auch der Empfänger eines dinglichen Vermächtnisses ein eigenes ENZ beantragen kann.<sup>189</sup> Nach der Verordnung könnte also eine italienische Ausstellungsbehörde dem Vermächtnisnehmer ein ENZ über ein nach italienischem Erbstatut entstandenes Vindikationslegat (Art. 649 Codice civile) an einem deutschen Nachlassgrundstück erteilen. Gleichwohl wird in Zweifel gezogen, dass dieser Eintrag zur Umschreibung des Grundstücks durch das deutsche Grundbuchamt ausreicht.<sup>190</sup> Die Eintragungsvoraussetzungen für den Übergang des Eigentums an einzelne Vermächtnisnehmer richteten sich aufgrund der Anwendungsausschlüsse in Art. 1 II lit. k und l EuErbVO weiterhin nach der *lex rei sitae*. Das Grundbuchamt könne deshalb über die Vorlage des ENZ hinaus öffentliche Urkunden fordern, mit denen »die erforderlichen rechtsgeschäftlichen Übertragungen zwischen [...] Erben und Vermächtnisnehmern« nachgewiesen werden. Hinter dieser Ansicht steht offenbar die Vorstellung, dass das Vindikationslegat in Deutschland als Damnationslegat zu behandeln ist und es deshalb eines gesonderten Übertragungsakts unter Lebenden bedarf. Es muss also ein Nachweis über eine Auffassung vorgelegt werden. Das ENZ dient nicht zum Nachweis der Stellung des Erwerbers als Vermächtnisnehmer, sondern zum Nachweis der Stellung des Auffassenden als (nicht voreingetragener) Eigentümer (§ 40 I GBO).

Ersichtlich können dieser zweite Übertragungsakt und die damit verbundene Einschaltung eines Notars mit dem Ziel der Verordnung, eine reibungslose Abwicklung grenzüberschreitender Nachlässe zu gewährleisten (ErwGr 7), kollidieren.<sup>191</sup> Kann es deshalb noch überzeugen, das von einem ausländischen Erbstatut vorgesehene Vindikationslegat im Wege der Anpas-

2008, NJW-RR 2008, 1109 (1110); *Staudinger (-Dörner)* (2007) Art. 25 EGBGB Rz. 883, 887; *Firsching/Graf* (oben N. 30) Rz. 2.103 (zu § 2369 BGB a.F.); dafür *Kegel/Schurig* 1023. Zum Streitstand *J. P. Schmidt* 28 m. w. N.

<sup>187</sup> Zum Erbschein *Soergel (-Schurig)* (oben N. 38) Art. 25 EGBGB Rz. 70; *Gerhard Kegel*, Erbfolge und Vermächtnis heres ex certa und Vindikationslegat, in: FS Seidl-Hohenveldern (1998) 339–363 (362); vgl. auch *Buschbaum/Köhler* 168.

<sup>188</sup> So aber *Lange* 179; kritisch angesichts der Vielfalt der Erwerbsvorgänge in den mitgliedstaatlichen Rechten auch *Lehmann* 260 ff.

<sup>189</sup> Offenbar auf alle Vermächtnisnehmer bezieht diese Vorschrift *Peter W. Vollmer*, Die neue europäische Erbrechtsverordnung: ZErB 2012, 227–234 (233).

<sup>190</sup> *Simon/Buschbaum* 2397; *Buschbaum/Simon* 529; *Hertel* 690 f.; *Harald Wilsch*, EuErbVO: Die Verordnung in der deutschen Grundbuchpraxis: ZEV 2012, 530–532 (530); *Herzog* (oben N. 66) 5; DNotI-Report 2012, 121–123 (123); FAKomm. ErbR. (-*Martiny*) nach Art. 26 EGBGB Rz. 35 ff., 259.

<sup>191</sup> Heidelberg-Stellungnahme 33.

sung in einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Erben zu überführen, wenn das Vermächtnis in ein ENZ eingetragen ist? Oder hindert vielmehr umgekehrt die Notwendigkeit einer Anpassung die Eintragung eines Vindikationslegats, wenn das ENZ in Deutschland verwendet werden soll?

Zur Beantwortung dieser Fragen kann hier nicht der gesamte Streit um die Behandlung des Vindikationslegats im deutschen IPR aufgerollt werden.<sup>192</sup> Vielmehr soll der spezifische Einfluss der EuErbVO auf die Problematik aufgezeigt werden, denn nach ihr richtet sich die Ausstellung des ENZ. Einen ersten Ansatzpunkt sieht die oben referierte Ansicht in dem für »die Art der dinglichen Rechte« in Art. 1 II lit. k EuErbVO normierten Anwendungsausschluss. Fiele die Differenzierung zwischen beiden Vermächtnisarten unter diese Bereichsausnahme, wäre die Frage, auf welche Weise der Vermächtnisnehmer an den vermachten Gegenstand gelangt, nicht nach dem Erbstatut, sondern nach der *lex rei sitae* zu beurteilen.<sup>193</sup> Diese Auslegung wäre aus deutscher wie aus italienischer Sicht identisch. Bei Zweifeln der italienischen Ausstellungsbehörde an der Reichweite der Bereichsausnahme müsste die Frage dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) vorgelegt werden.<sup>194</sup> Jedoch lässt sich diese Ansicht nicht mit der Verordnung vereinbaren:<sup>195</sup> Die Anpassungsvorschrift des Art. 31 EuErbVO, die Vorkehrungen für den Umgang mit unbekanntem Rechtsinstituten trifft, wäre überflüssig, wenn unbekannte Rechtsinstitute von vornherein aus dem Anwendungsbereich der Verordnung herausfielen. Die Reichweite des Erbstatuts wird in Art. 23 II lit. e EuErbVO denkbar weit formuliert, indem sie auch den Übergang auf die Vermächtnisnehmer einschließt. Schließlich illustriert ErwGr 15, dass es der Bereichsausnahme um den Schutz des *numerus clausus* dinglicher Rechte geht und nicht der Arten ihres Erwerbs. Das mit dem Vindikationslegat verschaffte Eigentum kennt das deutsche Recht aber selbstverständlich.

Wenn nun das Vindikationslegat vom Erbstatut umfasst ist, fragt sich gleichwohl auf einer zweiten Ebene, wie das deutsche Recht damit umgehen soll, wenn der Vermächtnisgegenstand wie im obigen Beispiel in

---

<sup>192</sup> Umfassend jüngst *J. P. Schmidt*.

<sup>193</sup> Dafür *Remde* 80ff.; sowie bezogen auf eine später nicht weiterverfolgte Vorschrift eines Zwischenentwurfs und beschränkt auf registerpflichtige Gegenstände, Heidelberg-Stellungnahme 37; Die Abgrenzung zwischen Erbstatut und Sachstatut wird auch im deutschen internationalen Erbrecht und namentlich von *Süß*, Vindikationslegat (oben N. 184) vorgebracht, um Vindikationslegat mittels sachenrechtlicher Qualifikation von vornherein dem Anwendungsbereich des Erbstatuts zu entziehen. Diese Ansicht hat sich jedoch nicht durchsetzen können, vgl. nur *Palandt (-Thorn)* Art. 25 EGBGB Rz. 11; *Erman (-Hohloch)*, Bürgerliches Gesetzbuch<sup>13</sup>, hrsg. von *Harm Peter Westermann/Barbara Grunewald/Georg Maier-Reimer* II (2011) Art. 25 EGBGB Rz. 29; *Kropholler* 440.

<sup>194</sup> Näher unten V.2.

<sup>195</sup> Zum Folgenden *J. P. Schmidt* 15ff.; *Martin Margonski*, Ausländische Vindikationslegat nach der EU-Erbrechtsverordnung: GPR 2013, 106–111.

Deutschland belegen ist. Entsprechend der schon bisher in Deutschland herrschenden Ansicht, die unter anderem eine unzulässige Erweiterung der sachenrechtlichen Erwerbsgründe monierte,<sup>196</sup> ließe sich auch in Zukunft mit Hilfe von Art. 31 EuErbVO das Vindikationslegat an das deutsche Damnationenlegat anpassen.<sup>197</sup> Dann wäre es folgerichtig, trotz der testamentarischen Aussetzung eines Vindikationslegats noch einen Übertragungsakt zwischen Erbe und Vermächtnisnehmer unter Lebenden zu verlangen. Dieser wäre dem Grundbuchamt in der üblichen Form nachzuweisen (§§ 19, 29 GBO).<sup>198</sup>

Inwieweit jedoch eine Anpassung tatsächlich »erforderlich« im Sinne des Art. 31 EuErbVO ist, erscheint durchaus diskutabel. Schon *de lege lata* geht es zu weit zu behaupten, das deutsche Recht kenne aus Verkehrsschutzgründen nur die Gesamtrechtsnachfolge.<sup>199</sup> Wer Art. 31 EuErbVO nicht als einen Gesetz gewordenen Freibrief zur Anpassung jedweden Fremdkörpers sieht, sondern eher streng versteht<sup>200</sup> und eine Anpassung deshalb für nicht erforderlich hält, müsste aus deutscher Sicht von einem Eigentumsübergang auf den Vermächtnisnehmer ausgehen.<sup>201</sup> Dieser müsste dann allein aufgrund des ENZ die Eintragung verlangen können (Art. 69 V EuErbVO).<sup>202</sup> Daran ändert auch die Bereichsausnahme des Art. 1 II lit. I EuErbVO nichts, die die Registrierung von Rechten aus dem Anwendungsbereich der Verordnung ausnimmt. Diese Vorschrift bedeutet nicht, dass alle in ihrem Belegenheitsstaat registerpflichtigen Sachen nur nach der *lex rei sitae* übergehen können. Eine derart weitreichende Ausnahme würde den Grundsatz der Nachlasseneinheit, der der Verordnung als zentrales Prinzip zugrunde liegt (ErwGr

<sup>196</sup> Siehe für diese Ansicht, für die sich im Normwiderspruch zwischen inländischem Sachstatut und ausländischem Erbstatut ersteres im Wege der Anpassung durchsetzt, nur BGH 28. 9. 1994, NJW 1995, 58; KG 26. 2. 2008 (oben N. 186) 1110; Münch. Komm. BGB (-Birk) Art. 25 EGBGB Rz. 170; *Staudinger* (-Dörner) (2007) Art. 25 EGBGB Rz. 284 ff.; *Erman* (-Hohloch) (oben N. 193) Art. 25 EGBGB Rz. 29; *Kropholler* 440, alle m. w. N.

<sup>197</sup> *Dörner*, EuErbVO 509; *Simon/Buschbaum* 2394; *Herzog* (oben N. 66) 5; FAKomm. ErbR (-Martiny) nach Art. 26 EGBGB Rz. 35; *Lagarde* (oben N. 119) 716; unentschieden *Dutta* 12. Für ein Festhalten an der Behandlung als Damnationenlegat bereits zahlreiche Stellungnahmen während des Gesetzgebungsverfahrens *Buschbaum/Kohler* 109 f.; *Knut Werner Lange*, Die geplante Harmonisierung des Internationalen Erbrechts in Europa: ZVglRWiss 110 (2011) 426–444 (438); *Dieter Martiny*, Lex rei sitae as a connecting factor in EU Private International Law: IPRax 2012, 119–133 (128); allgemein *MPI* Nr. 51, 202, wo die Aufnahme einer Anpassungsregel in die Verordnung vorgeschlagen wird.

<sup>198</sup> FAKomm. ErbR (-Martiny) nach Art. 26 EGBGB Rz. 37.

<sup>199</sup> So aber *Remde* 81. Man denke etwa an die Sondernachfolge in Personengesellschaftsanteile oder an das Höferecht.

<sup>200</sup> Dafür *J. P. Schmidt* 15 ff.

<sup>201</sup> So für den VO-Vorschlag *Jayme* 33; Heidelberg-Stellungnahme 37 f. (für bewegliche, nicht registerpflichtige Gegenstände); zum autonomen IPR u. a. *Soergel* (-Schurig) (oben N. 38) Art. 25 EGBGB Rz. 24; *von Hoffmann/Thorn* (oben N. 179) § 9 Rz. 31; zuletzt *J. P. Schmidt* 17 ff., 29 mit umfassenden Nachweisen zum Streitstand.

<sup>202</sup> Zur Legitimationswirkung des ENZ noch unten VI.1.a).

37), empfindlich stören. Vielmehr soll vermieden werden, dass ein erbrechtlicher Erwerb stattfindet, obwohl die Registereintragung auch im Fall der Rechtsnachfolge von Todes wegen *konstitutiv* wäre (ErwGr 19).<sup>203</sup> Im Übrigen soll nur das formelle Grundbuchrecht vorbehalten werden (vgl. ErwGr 18).<sup>204</sup> Da das deutsche Grundbuchrecht einen Eigentumserwerb von Todes wegen am Grundbuch vorbei kennt, würde auch diese Bereichsausnahme einer Eintragung allein aufgrund des ENZ nicht im Wege stehen.

Da aber vorläufig nicht damit zu rechnen ist, dass die Grundbuchämter und Gerichte unter der EuErbVO von ihrer bisherigen Position zur Anpassung ausländischer Vindikationslegats abrücken,<sup>205</sup> werden sie auch weiterhin davon ausgehen, dass der Vermächtnisnehmer nach materieller Rechtslage nicht Eigentümer geworden ist. Es fragt sich, ob die italienische Ausstellungsbehörde dies schon bei Ausstellung des ENZ berücksichtigen muss, um die unglückliche Situation zu vermeiden, dass mit dem ENZ ein Dokument in Umlauf gerät, das in manchen Mitgliedstaaten als Eigentumsnachweis verstanden wird, aber in Wirklichkeit zur Verschaffung des Eigentums nicht ausreicht. Zwar sieht die Verordnung zur Erleichterung der Anpassung wie auch zur Beachtung von Registerformalitäten im Belegenheitsstaat bereits bei Ausstellung eines ENZ einen Informationsaustausch zwischen den beteiligten Behörden vor.<sup>206</sup> Gleichwohl würde eine derartige Berücksichtigungspflicht die Ausstellungsbehörde vor große Schwierigkeiten stellen, wenn Nachlassgegenstände über ganz Europa verstreut sind, und damit den vom Ordnungsgeber erhofften Vereinfachungseffekt durch einen Gleichlauf von *forum* und *ius* (ErwGr 27) deutlich mindern. Es kann deshalb im obigen Beispiel nicht von der italienischen Ausstellungsbehörde erwartet werden, dass sie die Anpassung antizipiert.<sup>207</sup> Die ausländische Ausstellungsbehörde trifft keine Verantwortung für die Richtigkeit und Funktionsfä-

---

<sup>203</sup> Siehe *Martiny* (oben N. 197) 127; sowie das Kompromisspaket des Rates (oben N. 66) S. 14. Weitergehend, weil auf die Art der Rechtsnachfolge abstellend, *Janzen* 487f.: Wenn nach *lex rei sitae* eine Einzelrechtsnachfolge notwendig eine Eintragung voraussetzt, ist dies gegenüber einem anderslautenden ausländischen Erbstatut zu beachten.

<sup>204</sup> A. A. (auch materielle Eintragungsvoraussetzungen) *Hertel* 691 (eine dingliche Wirkung des Vindikationslegats an einer beweglichen Sache deshalb bejahend); *Simon/Buschbaum* 2394; *Dörner*, EuErbVO 509; FAKomm. ErbR (-*Martiny*) nach Art. 26 EGBGB Rz. 37; wie hier *Dutta* 12 sowie zum VO-Vorschlag *Jayme* 32; *Wolfgang Faber/Stefan Grünberger*, Vorschlag der EU-Kommission zu einer Erbrechts-Verordnung: Österreichische Notariatszeitung (NZ) 2011, 97–115 (113).

<sup>205</sup> Die Schaffung eines nationalen Bestätigungsverfahrens zur einheitlichen »Nostrifizierung« unbekannter ausländischer Rechtsinstitute durch eine zentrale nationale Stelle regt *Dörner*, EuErbVO 509 an. Zur Problematik auch *Lehmann* 260ff., 266.

<sup>206</sup> ErwGr 16, 68; kritisch zum Erfordernis, Informationen aus anderen Mitgliedstaaten einzuholen, *Lehmann* 267 ff.

<sup>207</sup> Ähnlich *Siß*, Proposed EU Regulation (oben N. 126) 9; *F. Sturm/G. Sturm* 328; *Buschbaum/Simon* 527; für eine Berücksichtigung aber *Lurger* 55.

higkeit inländischer Register.<sup>208</sup> Das kann aber zugleich für die deutschen Behörden ein Anlass sein, im Interesse der Funktionsfähigkeit des europäischen Erbrechts ihre Haltung gegenüber ausländischen Vindikationslegaten zu überdenken. Das ENZ würde auf diese Weise einen Impuls zur Weiterentwicklung bestehender kollisionsrechtlicher Überzeugungen geben. Die Aufgabe zu klären, ob eine Anpassung »erforderlich« ist, könnte eines Tages ohnehin dem EuGH zukommen.

### c) Herausforderung 3: Vorfragen (Bestehen einer Ehe)

Die dritte große kollisionsrechtliche Herausforderung betrifft die Anknüpfung von Vorfragen, die sich bei der Anwendung des nach den Artt. 21 f. EuErbVO gefundenen Sachrechts stellen.<sup>209</sup> Die in Betracht kommenden Fragen sind zahlreich: Wirksamkeit der Ehe des Erblassers, Bestehen eines Kindschaftsverhältnisses zum Erblasser durch Abstammung oder Adoption, Begründung eines bestimmten Güterstandes und viele andere mehr. Überkommener kollisionsrechtlicher Lehre in Deutschland entspricht es, diese Vorfragen selbständig anzuknüpfen: Maßgeblicher Ausgangspunkt ist demnach nicht das IPR der als Erbstatut berufenen *lex causae* (unselbständige Anknüpfung), sondern das Heimat-IPR der *lex fori*.<sup>210</sup> Diese Lösung bezweckt einen »internen Entscheidungseinklang«, indem die als Vorfrage aufgeworfene Problematik immer gleich beantwortet wird, auch wenn sie in anderem Zusammenhang als Hauptfrage auftritt.<sup>211</sup> Fragt sich also beispielsweise der deutsche Nachlassrichter bei der Entscheidung über einen Erbscheinsantrag, ob zwischen der Antragstellerin und dem Erblasser eine gültige Ehe bestand, geht er von Art. 13 EGBGB aus und nicht von den Kollisionsnormen des Erbstatuts.

Wie Vorfragen im Rahmen der EuErbVO zu behandeln sind, teilt die Verordnung – wie alle unionsrechtlichen Rechtsakte auf dem Gebiet des IPR – nicht mit.<sup>212</sup> Einen Allgemeinen Teil des Europäischen Kollisionsrechts, über den derzeit vor allem auf wissenschaftlicher Ebene diskutiert

<sup>208</sup> Damit begründet *Jacoby*, Acte Nr. 26 generell den Vorbehalt in Art. 69 V EuErbVO.

<sup>209</sup> Ein »enormes Kollisionspotenzial« konstatiert in diesem Punkt *Jayme* 38; auf die Vorfragenproblematik weisen außerdem u. a. hin Heidelberg-Stellungnahme 51; *Dörmer*, Entwurf 227.

<sup>210</sup> Siehe etwa KG 26.2. 2008 (oben N. 186) 1110 (Abstammung); *Staudinger (-Dörmer)* (2007) Art. 25 Rz. 146; *Palandt (-Thorn)* Art. 25 EGBGB Rz. 17; ausführlich von *Bar/Mankowski* § 7 Rz. 192 ff. m. w. N.

<sup>211</sup> von *Hoffmann/Thorn* (oben N. 179) § 6 Rz. 62.

<sup>212</sup> Siehe aber das Grünbuch Erb- und Testamentsrecht vom 1.3. 2005, KOM(2005) 65 endg., S. 8 und die EntschlieÙung des Europäischen Parlaments mit Empfehlungen an die Kommission zum Erb- und Testamentrecht (2005/2148(INI)) vom 16.11. 2006 (P6\_TA (2006)0496), Empfehlung 6 (unselbständige Anknüpfung); dazu *Solomon* 359 f.

wird,<sup>213</sup> gibt es (noch) nicht. Doch wurden in diesem Zusammenhang schon die verschiedensten Vorschläge für den Umgang mit der Vorfragenproblematik unterbreitet.<sup>214</sup>

Angesichts des begrenzten Anwendungsbereichs der EuErbVO scheint zunächst viel für eine selbständige Vorfragenanknüpfung zu sprechen. Wäre das von der Verordnung berufene Recht im Rahmen von Vorfragen auch für die Bestimmung des Güterstatuts und des auf die Familienverhältnisse anzuwendenden Rechts zuständig, so würde damit mittelbar eine kollisionsrechtliche Weichenstellung in ausdrücklich ausgeschlossenen Materien vorgenommen (Art. 1 II litt. a, d).<sup>215</sup> Die unselbständige Vorfragenanknüpfung wird als fehleranfälliger zurückgewiesen.<sup>216</sup> Sie stehe zudem im Widerspruch zu den Erwartungen des Erblassers, der von einer Beurteilung der Erbfolge nach den am Ort seines letzten gewöhnlichen Aufenthalts geltenden Regeln ausgegangen ist.<sup>217</sup> Das Kernargument für eine selbständige Anknüpfung, ein und dasselbe Rechtsverhältnis nicht unterschiedlich zu behandeln, je nachdem, in welchem Zusammenhang es zur Beurteilung steht, scheint ebenfalls davon unabhängig, ob eine Kollisionsnorm auf den nationalen oder den europäischen Gesetzgeber zurückgeht.<sup>218</sup>

Im Fall des ENZ hat die selbständige Vorfragenanknüpfung jedoch missliche Auswirkungen: Idealerweise sollte das Zeugnis nicht nur zu einer »Anerkennung« der aus Sicht der Ausstellungsbehörde bestehenden materiellen Rechtslage führen, sondern diese Rechtslage aus Sicht aller Mitgliedstaaten

<sup>213</sup> Siehe nur Quelle *architecture pour un code européen de droit international privé?*, hrsg. von Marc Fallon/Paul Lagarde/Sylvaine Poillot-Peruzzetto (2011); Paul Lagarde, *Embryon de Règlement portant Code européen de droit international privé*: *RabelsZ* 75 (2011) 673–676 (mit Einführung von Jürgen Basedow, ebd. 671–672); Heinze; Kreuzer; Sonnenberger.

<sup>214</sup> Kreuzer 54 ff. (unselbständig, soweit sich das Problem aufgrund Kollisionsrechtsvereinheitlichung überhaupt noch stellt); Kropholler 230 (selbständige Anknüpfung, sofern im Rechtsakt nicht gegenteilig geregelt); BeckOK-BGB (-St. Lorenz) (oben N. 176) Einl IPR Rz. 71 (ebenso); Solomon 369 f. (selbständige Anknüpfung); Carmen Christina Bernitt, *Die Anknüpfung von Vorfragen im europäischen Kollisionsrecht* (2010) 140 ff. (selbständige Anknüpfung); Heinze 111 ff. (einzelfallabhängige Lösung, soweit keine gemeinschaftsrechtliche Kollisionsnorm existiert); Sonnenberger 240 f. (einzelfallabhängige Lösung).

<sup>215</sup> So auch F. Sturm/G. Sturm 325; MPI Nr. 8; kritisch Solomon 359 (Anwendungsauschluss besagt nur, dass europäischer Gesetzgeber keine Regelung getroffen hat); allgemein Heinze 114 (allerdings mit dem Hinweis, dass der Effektivitätsgrundsatz den Anwendungsbereich erweitern kann); Sonnenberger 241; von Bar/Mankowski § 7 Rz. 195 (unselbständige Anknüpfung führt zu einer Ausdehnung der für die Hauptfrage maßgeblichen Kollisionsnorm). Ergänzend ließe sich geltend machen, dass nach Art. 34 EuErbVO ohnehin nicht das Kollisionsrecht eines Mitgliedstaats berufen ist (zum europäischen Kollisionsrecht Bernitt [vorige Note] 141; allgemein von Bar/Mankowski § 7 Rz. 198).

<sup>216</sup> F. Sturm/G. Sturm 325 f.

<sup>217</sup> F. Sturm/G. Sturm 326; tendenziell für selbständige Anknüpfung auch FAKomm. ErbR (-Martiny) nach Art. 26 EGBGB Rz. 11.

<sup>218</sup> Siehe MPI Nr. 8; Heinze 114 f.; Solomon 368 f.; Bernitt (oben N. 214) 141 (interner Entscheidungseinklang wird zum unionsinternen Einklang).

einheitlich ausweisen. Das kann nicht gelingen, wenn Vorfragen nicht nach einer für alle Mitgliedstaaten einheitlichen Rechtsordnung beurteilt werden, sondern jede Ausstellungsbehörde selbst entscheiden kann, welches IPR sie befragt und wie sie die Vorfrage anknüpft.<sup>219</sup> Zwar würde sich die Beweiswirkung des ENZ nicht darauf beziehen, dass zwischen der darin ausgewiesenen Erbin und dem Erblasser eine gültige Ehe bestand (ErwGr 71). Gleichwohl müsste ein Mitgliedstaat, der diese Ehe aufgrund seines autonomen IPR für ungültig hält, das zugrundeliegende Ehegattenerbrecht akzeptieren. Wichtiger als der interne Entscheidungseinklang ist deshalb für die Zwecke des ENZ der internationale (europäische) Entscheidungseinklang.<sup>220</sup> Diese Erkenntnis führt bereits jetzt bei der Anwendung von staatsvertraglichem IPR nach Ansicht vieler zu einer unselbständigen Anknüpfung.<sup>221</sup> Für das im Verordnungswege eingeführte ENZ sollte nichts anderes gelten.<sup>222</sup> Unter diesem Vorzeichen ist es bei Ausstellung des ENZ weniger wichtig, dass die Antragstellerin auch in anderen Zusammenhängen aus Sicht der Ausstellungsbehörde wirksam mit dem Erblasser verheiratet war, sondern ob die Eintragungen in dem Zeugnis alle Mitgliedstaaten überzeugen.

Von Interesse ist nun aber die Reichweite dieses Kurswechsels in der Vorfragenanknüpfung. Ihn allein auf die Ausstellung des ENZ zu beschränken und im übrigen Internationalen Erbrecht nach gewohnter Manier zu verfahren, würde den verordnungsinternen Einklang ernsthaft gefährden.<sup>223</sup> Ein Sonderkollisionsrecht für das ENZ aus teleologischen Gründen überzeugt nicht. Damit würde das ENZ aber wiederum Impulsgeber für einen weitergehenden Umschwung in Bezug auf eine »zentrale Frage im Allgemeinen Teil des IPR«. <sup>224</sup> Ob die damit für die EuErbVO insgesamt angenommene unselbständige Vorfragenanknüpfung das gesamte Europäische Kollisionsrecht erfassen wird, bleibt abzuwarten; mit zunehmender Europä-

<sup>219</sup> Dörner, Entwurf 224.

<sup>220</sup> Dörner, Entwurf 224; Geimer 16; allgemein Kreuzer 56 (Sicherung einer »einheitliche[n] Anwendung des einheitlichen Gemeinschaftskollisionsrechts«); skeptisch gegenüber dem Wert des Entscheidungseinklangs als Argument Mansel, Vorfrage (oben N. 39) 358f.

<sup>221</sup> Erman (-Hohloch) (oben N. 193) Einl Art. 3 EGBGB Rz. 44; BeckOK-BGB (-St. Lorenz) (oben N. 176) Einl IPR Rz. 71; von Hoffmann/Thorn (oben N. 179) § 6 Rz. 64 m. w. N.; dagegen von Bar/Mankowski § 7 Rz. 208.

<sup>222</sup> Für unselbständige Vorfragenanknüpfung beim ENZ Dörner, EuErbVO 512f. (gestützt auf den *effet utile*); ders., Entwurf 227; Dutta 15; Heidelberg-Stellungnahme 51; Geimer 16. Sehr weit würde es allerdings gehen, die unselbständige Anknüpfung damit als in der Verordnung miteregelt anzusehen – mit der weiteren Folge, dass die Letztentscheidung über die Lösung des Problems dem EuGH zukommt (für eine Entscheidungsbefugnis des EuGH über die Vorfragenanknüpfung Sonnenberger 241, da diese Teil des Qualifikationsproblems sei; Bernitt [oben N. 214] 234; dagegen Solomon 369f.).

<sup>223</sup> Aufgrund der Austauschbarkeit von ENZ und Erbschein so jetzt auch Dörner, EuErbVO 513.

<sup>224</sup> So die Kennzeichnung der Vorfragenproblematik bei von Bar/Mankowski § 7 Rz. 182.

isierung des IPR wird die Problematik ohnehin entschärft, weil dann innerhalb der EU *lex fori* und *lex causae* gleich anknüpfen<sup>225</sup> oder gleich eine selbständige Anknüpfung nach Europäischem Kollisionsrecht<sup>226</sup> in Betracht kommt.

## 2. Einheitliche Auslegung zur Vermeidung einer Zersplitterung des Einheitsrechts

Aus der Voraussetzung eines einheitlichen Kollisionsrechts folgt eine weitere Funktionsvoraussetzung, die allgemein für supranationale optionale Instrumente gilt:<sup>227</sup> Es muss eine einheitliche Anwendung in den Mitgliedstaaten sichergestellt sein. Dies geschieht – wie bei anderen auf Art. 81 AEUV gestützten Rechtsakten auch<sup>228</sup> – durch eine autonome (europäische) Auslegung durch den EuGH im Vorabentscheidungsverfahren. Auch die Aufgabe einer europäisch-autonomen Qualifikation kommt dem EuGH zu.<sup>229</sup> Ob der EuGH ebenfalls über die Frage der selbständigen oder unselbständigen Vorfragenanknüpfung entscheiden darf, wenn die Vorfrage selbst noch nicht im Europäischen Kollisionsrecht geregelt ist, erscheint hingegen zweifelhaft. Dafür könnte allerdings sprechen, dass sich auch die Vorfragenanknüpfung als Auslegung der Verweisungsnorm für die Hauptfrage konzeptualisieren lässt.<sup>230</sup>

Problematisch ist aber vor allem, dass in vielen Mitgliedstaaten die mit der Ausstellung des ENZ betrauten Stellen nicht vorlageberechtigt sind. So ist bereits der in der EuErbVO (Art. 3 II, ErwGr 20f.) zugrunde gelegte Gerichtsbegriff weiter als der vom EuGH über die Jahre entwickelte unionsrechtliche Begriff des vorlageberechtigten Gerichts im Sinne von Art. 267 AEUV.<sup>231</sup> Darüber hinaus kann nach der vor allem auf Notare abzielenden

<sup>225</sup> Kreuzer 55; Solomon 357.

<sup>226</sup> Heinze 113f.

<sup>227</sup> Zum CESL *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Policy Options for Progress Towards a European Contract Law: RabelsZ* 75 (2011) 371–438 (Nr. 150ff.).

<sup>228</sup> Siehe nur EuGH 8. 11. 2005 – Rs. C-443/03 (*Leffler*), Slg. 2005, I-9611, Rz. 45 (zu ex-Artt. 61, 65 EG).

<sup>229</sup> *Sonnenberger* 239. Beispiele betreffen vor allem die Brüssel I-VO, etwa zur Gewinnzusage oder zur *culpa in contrahendo*.

<sup>230</sup> *Mansel*, Vorfrage (oben N. 39) 360. Siehe bereits oben N. 222.

<sup>231</sup> Zur Verneinung der Vorlageberechtigung von Gerichten, wenn sie in einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine Tätigkeit ausüben, die nicht innerhalb eines Rechtsstreits auf eine Entscheidung mit Rechtsprechungscharakter abzielt, EuGH 19. 10. 1995 – Rs. C-111/94 (*Job Centre*), Slg. 1995, I-3361; *Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (-Karpenstein)*, Das Recht der Europäischen Union 49. EL (2012) Art. 267 AEUV Rz. 18; *Christian Calliess/Matthias Ruffert (-Wegener)*, EUV, AEUV<sup>4</sup> (2011) Art. 267 AEUV Rz. 18ff.; zurückhaltender *Dutta* 4f.

Bestimmung des Art. 64 lit. b EuErbVO ein Mitgliedstaat bestimmen, dass eine andere Behörde, die nicht Gericht ist, das ENZ ausstellt. Vorlageberechtigt ist dann erst ein Gericht, bei dem ein Rechtsbehelf nach Art. 72 EuErbVO gegen die Entscheidung der Ausstellungsbehörde eingelegt wird.<sup>232</sup>

### 3. Einheitliche Zuständigkeitsordnung zur Vermeidung divergierender Ergebnisse

Für das Funktionieren des ENZ ist drittens eine klare Zuständigkeitsordnung erforderlich.<sup>233</sup> Damit wird verhindert, dass Ausstellungsbehörden mehrerer Mitgliedstaaten mit derselben Nachlasssache befasst sind und dadurch nicht nur unnötige Ressourcen aufgewendet werden, sondern schlimmstenfalls die Gefahr divergierender Entscheidungen entsteht.

Die internationale Zuständigkeit für den Erlass des ENZ (Art. 64 Satz 1 EuErbVO) wie auch eines Erbscheins richtet sich nach den allgemeinen Regeln in den Artt. 4, 7, 10 und 11 EuErbVO, d. h. grundsätzlich nach dem letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers.<sup>234</sup> Die Bestimmung der weiteren Zuständigkeiten bleibt den Mitgliedstaaten überlassen.<sup>235</sup> Für die örtliche Zuständigkeit bietet sich auch beim ENZ ein Rückgriff auf § 343 FamFG an. Die funktionale Zuständigkeit zur Ausstellung eines ENZ kann einem Gericht (Art. 3 II EuErbVO; ErwGr 20) oder einer anderen Behörde übertragen werden. In Art. 64 Satz 2 lit. b EuErbVO wird den Mitgliedstaaten ausdrücklich die Möglichkeit eingeräumt, andere Stellen als Gerichte zur Ausstellungsbehörde zu erklären und auf diese Weise an bewährten Systemen der notariellen Nachlassabwicklung festzuhalten. Die Verordnung wird auf diese Weise zugleich dem Gebot gerecht, eine Vereinheitlichung nur in dem Umfang vorzunehmen, wie es für die Funktionstüchtigkeit des ENZ erforderlich erscheint.

<sup>232</sup> Vgl. EuGH 19. 10. 1995 (vorige Note) I-3361, Tz. 11; kritisch aus Gründen der Prozessökonomie *Roland Abele*, Anmerkung: EuZW 1996, 48–49 (48).

<sup>233</sup> Siehe auch *Jacoby*, Acte Nr. 6ff.; *Oliver Remien*, Chancen und Risiken erbrechtlicher Planung und Beratung nach dem Vorschlag einer europäischen Verordnung über das internationale Erbrecht und das europäische Nachlasszeugnis, in: *Erbrecht und Vermögenssicherung*, hrsg. von *Herbert Grziwotz* (2011) 95–115 (111 f.); *Denkinger* (oben N. 6) 383; deshalb kritisch *F. Sturm/G. Sturm* 313ff.

<sup>234</sup> Eine Gefahr positiver wie negativer Kompetenzkonflikte aufgrund dieses Kriteriums sieht *Jacoby*, Acte Nr. 8. Zur Vermeidung von Kompetenzkonflikten wurde verbreitet die Einrichtung eines zentralen europäischen Registers, in dem alle ausgestellten ENZ erfasst werden, vorgeschlagen, *MPI* Nr. 332; *Padovini* (oben N. 105) 159; zurückhaltend *Fötschl* 1266. Besonders problematisch wird ein Kompetenzkonflikt, wenn nicht ein Gericht Ausstellungsbehörde ist, vgl. *ErwGr* 36.

<sup>235</sup> *ErwGr* 70; dies übersieht *Vollmer* (oben N. 189) 233.

#### 4. Einheitliches Verfahren zur Erhöhung der Akzeptanz

Die Artt. 65 f. EuErbVO schaffen in Teilen ein eigenes Verfahrensrecht für die Ausstellung des Erbscheins, das von den bestehenden nationalen Verfahrensrechten zur Ausstellung eines Erbnachweises abweichen und die autonomen Verfahrensregeln verdrängen kann.<sup>236</sup> Dieser Schritt ist während des Gesetzgebungsverfahrens kritisiert worden: Der VO-Vorschlag belege die »Lust der Entwurfsverfasser an der Neuerfindung des verfahrensrechtlichen Rades«. <sup>237</sup> Der Vorschlag dupliziere bestehendes mitgliedstaatliches Verfahrensrecht. <sup>238</sup> Es wurde angeregt, dass sich der europäische Gesetzgeber in verfahrensrechtlicher Hinsicht weitestmöglich zurückhalten und jedem Mitgliedstaat den Rückgriff auf sein bestehendes Verfahrensrecht ermöglichen solle. <sup>239</sup>

Jedoch zeigt das Beispiel der Urteilsanerkennung nach der Brüssel I-VO, dass die inhaltliche Übernahme eines im Ausland gefundenen Ergebnisses die Einhaltung eines verfahrensrechtlichen Mindeststandards voraussetzt. Was zu diesem Standard gehört, richtet sich wiederum nach den jeweiligen Anforderungen des Instruments. So sind beispielsweise, wie gesehen, <sup>240</sup> die Prüfungs-, Mitteilungs- und Anhörungspflichten des Ausstellers eines Erbnachweises in den Mitgliedstaaten durchaus unterschiedlich geregelt oder umstritten <sup>241</sup> und nicht immer geeignet, einen Erbnachweis mit weitreichenden Wirkungen hervorzubringen. Die Schaffung eines Grundstocks an Verfahrensregeln für die Ausstellung des ENZ ist deshalb zu begrüßen, da sie dessen grenzüberschreitende Akzeptanz erhöhen wird. <sup>242</sup> Zugleich kann mit diesen Verfahrensregeln auf die Vielfalt und die Besonderheiten der materiellen Erbrechtsordnungen Rücksicht genommen werden. Wie die folgende Gegenüberstellung zeigen wird, ist nicht erkennbar, dass das Verfahren zur Ausstellung eines ENZ weniger schlank oder effizient sein wird als

---

<sup>236</sup> So auch die Einschätzung von z. B. *Rauscher (-ders.)* Rz. 84.

<sup>237</sup> *Rauscher (-ders.)* Rz. 84. Als »rudimentär« empfanden dagegen *Buschbaum/Kohler* 167 die Verfahrensregelung im VO-Vorschlag; ähnlich *Lange* 172.

<sup>238</sup> *Rauscher (-ders.)* Rz. 84.

<sup>239</sup> *DNotV* 3.

<sup>240</sup> Siehe oben II. 1.

<sup>241</sup> Z. B. ist in den Niederlanden streitig, ob den Notar Benachrichtigungspflichten gegenüber Vermächtnisnehmern oder Nachlassgläubigern treffen, zum Streitstand *Van Mourik* (oben N. 15) 489 f.

<sup>242</sup> *Süß*, Proposed EU Regulation (oben N. 126) 5; *Aikaterini Kousoula*, Europäischer Erbschein (2008) 70 f.; *Mansel*, Vereinheitlichung (oben N. 80) 190 (Notwendigkeit »umfassender Mindestanforderungen« im Verfahrensrecht). Vgl. zum Zusammenhang zwischen den weitreichenden Wirkungen des ENZ und den Verfahrensanforderungen *Grau* 486 f.; *Heidelberg-Stellungnahme* 51; *Lehmann* 265; *Anna Junghardt*, Die Vereinheitlichung des Erb- und Testamentsrechts im Rahmen einer Europäischen Verordnung – Rom IV-VO (2009) 207, 210 f.; zu den nationalen Erbnachweisen *Haas* 86.

das Erbscheinsverfahren.<sup>243</sup> Richtig ist allein, dass der Antragsteller bereits mit Einreichung seines Antrags entscheiden muss, welchen Nachweis er begehrt, und ein späterer Wechsel zwischen Erbschein und ENZ während des Verfahrens aufgrund der unterschiedlichen Verfahrensvorschriften ausgeschlossen ist. Zudem mögen Unterschiede im Detail sich vorteilhaft oder nachteilig auf die Attraktivität des ENZ auswirken.

#### a) Antragsgrundsatz

Sowohl das ENZ als auch der Erbschein werden nur auf Antrag ausgestellt (Art. 65 I EuErbVO, § 2353 BGB). Der Kreis der Antragsberechtigten scheint beim ENZ auf den ersten Blick weiter.<sup>244</sup> Nach Art. 65 I i. V. m. Art. 63 I EuErbVO wird das ENZ auf Antrag eines Erben, eines Vermächtnisnehmers mit unmittelbarer Berechtigung am Nachlass, eines Testamentsvollstreckers oder eines Nachlassverwalters ausgestellt. Antragsberechtigt im Erbscheinsverfahren sind hingegen in erster Linie der oder die Erben (§§ 2353, 2357 I 2 BGB). Jedoch lässt sich die Hinzunahme der Vermächtnisnehmer mit den Eigenheiten mancher europäischer Erbrechtsordnungen erklären, die mit Hilfe des Vindikationslegats einen unmittelbaren Erwerb durch den Vermächtnisnehmer zulassen (Italien) oder den Erwerb durch den Erben als Vermächtnis konstruieren (Frankreich). Voraussetzung ist indes stets, anders als noch im VO-Vorschlag<sup>245</sup> und anders auch als in manchen nationalen Rechten<sup>246</sup>, die unmittelbare (dingliche) Berechtigung am Nachlass; der Damnationslegatar erhält kein ENZ. Die Antragsberechtigung des Testamentsvollstreckers oder Nachlassverwalters beruht darauf, dass das ENZ anders als das deutsche Recht nicht zwischen Erbschein und Testamentsvollstreckerzeugnis (§ 2368 BGB) unterscheidet.<sup>247</sup>

Nicht als antragsberechtigt aufgeführt werden die Nachlassgläubiger, die nach Art. 70 I EuErbVO lediglich eine beglaubigte Abschrift eines anderweitig beantragten ENZ beantragen können. Dies scheint nach dem Zweck des ENZ konsequent: Es soll den Erben legitimieren und nicht dem Nachlassgläubiger bei der Durchsetzung seiner Forderung helfen.<sup>248</sup> Jedoch sind aus dem deutschen Recht einzelne Situationen bekannt, in denen der Nachlassgläubiger einen Erbschein benötigt und auf Antrag auch erhält. So ermöglicht § 792 ZPO es dem Vollstreckungsgläubiger, an Stelle des Schuld-

<sup>243</sup> So aber *DNotV* 3.

<sup>244</sup> Eine abschließende Festlegung des Kreises der Antragsberechtigten für unmöglich hält *Kousoula* (oben N. 242) 147 ff.

<sup>245</sup> Art. 37 VO-Vorschlag.

<sup>246</sup> Niederlande: *Van Mourik* (oben N. 15) 502.

<sup>247</sup> Der Testamentsvollstrecker hat zudem ein eigenes Antragsrecht auf Erteilung eines Erbscheins, *W. Zimmermann* R.z. 48.

<sup>248</sup> *MPI* Nr. 282; *Junghardt* (oben N. 242) 207; anders *Jacoby*, *Certificat* Nr. 6; *Faber/Grünberger* (oben N. 204) 111.

ners einen Erbschein zu beantragen, wenn er diesen – beispielsweise zum Nachweis der Rechtsnachfolge bei Klauselerteilung (§ 727 ZPO) oder zur Eintragung einer Zwangshypothek an einem Nachlassgrundstück (§§ 866, 867 ZPO) – im Rahmen der Zwangsvollstreckung benötigt.<sup>249</sup> Da § 792 ZPO auch auf andere Urkunden anwendbar ist, derer der Nachlassgläubiger bedarf, würde diese Vorschrift es ihm bei Zuständigkeit deutscher Gerichte erlauben, an Stelle des Schuldners ein ENZ zu beantragen. Ist dagegen ein ausländisches Gericht international zuständig, hat er kein Antragsrecht aufgrund dieser Norm. Da sich jedoch die internationale Zuständigkeit für die Erteilung eines Erbscheins nach denselben Voraussetzungen richtet, kann er auch nicht stattdessen einen Erbschein beantragen, so dass ihm die Zwangsvollstreckung bei Weigerung des Schuldners, sich ein ENZ erteilen zu lassen, versperrt ist.<sup>250</sup>

Zwingende Antragsvoraussetzungen enthält Art. 65 III EuErbVO, der im Vergleich zu Art. 38 des VO-Vorschlags um sieben Unterpunkte erweitert und insgesamt präzisiert wurde. Zu dreizehn verschiedenen Punkten muss der Antragsteller Angaben machen, »soweit sie ihm bekannt sind und von der Ausstellungsbehörde zur Beschreibung des Sachverhalts, dessen Bestätigung der Antragsteller begehrt, benötigt werden«. Mag die Fülle der geforderten Informationen auf den ersten Blick sehr umfangreich erscheinen, treffen die Anforderungen das rechte Maß: Jeder Punkt hat seine Berechtigung, und umgekehrt fehlt auch nichts, was zur Entscheidung über den Antrag außerdem erforderlich wäre.<sup>251</sup> Gleichwohl scheint es, als würden die §§ 2354, 2355 BGB dem Antragsteller weniger Angaben abverlangen.<sup>252</sup> Bei näherer Betrachtung sind die Anforderungen der EuErbVO jedoch vor allem – für europäische Gesetzgebung nicht unüblich – in erster Linie wortreicher formuliert. Inhaltlich gehen sie allenfalls in zwei Punkten über das hinaus, was einem Gericht zur Erteilung eines Erbscheins im Antrag mitgeteilt werden müsste, nämlich soweit sie Angaben über den Abschluss eines Ehevertrages und über das Vorliegen von Erklärungen über die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft verlangen.<sup>253</sup> Die am VO-Vorschlag ge-

<sup>249</sup> Näher *W. Zimmermann* Rz. 42; zur Problematik auch *Lehmann* 265.

<sup>250</sup> Eine Ergänzung des VO-Vorschlags im Sinne des § 792 ZPO hatten *F. Sturm/G. Sturm* 311 gefordert.

<sup>251</sup> Kritisch aber *Buschbaum/Simon* 525. Entfallen gegenüber dem VO-Vorschlag ist die Angabe darüber, ob der Antragsteller an die Stelle eines weggefallenen Erben oder Vermächtnisnehmers getreten ist (Art. 38 I lit. d VO-Vorschlag). Diese Information geht nun in der allgemeinen Obliegenheit auf, den Sachverhalt, auf den sich die Berechtigung gründet, mitzuteilen (Art. 65 I lit. h EuErbVO; siehe aber demgegenüber die ausdrückliche Anordnung in § 2354 II BGB). Nicht durchgesetzt hat sich der Vorschlag von *MPI* Nr. 288, dem Antragsteller auch ausdrücklich die Mitteilung etwaiger Bedingungen oder Beschränkungen aufzugeben.

<sup>252</sup> Details bei *W. Zimmermann* Rz. 64–90.

<sup>253</sup> Nach *W. Zimmermann* Rz. 74 umfasst § 2354 I 1 Nr. 2 BGB auch Angaben zum Güter-

übte Kritik, ineffizient hohe Anforderungen zu stellen, um allen als anwendbar in Betracht kommenden Erbrechtsordnungen gerecht zu werden,<sup>254</sup> überzeugt daher nicht.

Artikel 65 EuErbVO enthält überdies Anforderungen an den Beweis der geforderten Angaben, die das Verfahrensrecht der *lex fori* teilweise überlagern. Hauptsächliches Nachweismittel sind Urkunden; nur wenn der Antragsteller keine Urkunden vorlegen kann, kann die Ausstellungsbehörde andere Nachweise verlangen und insbesondere im Rahmen der *lex fori* eine Erklärung unter Eid oder durch eidesstattliche Versicherung anordnen (Artt. 65 III, 66 II, III EuErbVO). Anzumerken ist, dass ausländische öffentliche Urkunden wie etwa ein notarielles Testament hinsichtlich ihrer Echtheits- und Tatsachenvermutung Gegenstand einer »Annahme« nach Art. 59 EuErbVO sein können.<sup>255</sup> In der Sache ergibt sich kein nennenswerter Unterschied zu den Nachweisanforderungen in § 2356 BGB;<sup>256</sup> für bestimmte Tatsachen hat der Antragsteller typischerweise von vornherein eine eidesstattliche Versicherung abzugeben (§ 2356 II BGB), während er nach EuErbVO dazu erst gesondert aufgefordert würde. Da aber beispielsweise die Erklärung, dass kein Rechtsstreit über das Erbrecht anhängig ist (Art. 65 III lit. I EuErbVO), nicht durch Urkunden belegt werden kann, wird es im Regelfall auch nach EuErbVO zur Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung kommen, wenn ein ENZ in Deutschland beantragt wird. Der Unterschied in der zeitlichen Abfolge beruht darauf, dass die EuErbVO der Verschiedenheit der mitgliedstaatlichen Verfahrensrechte hinsichtlich beeideter oder eidesstattlicher Erklärungen Rechnung tragen muss.

Darüber, ob die Ausstellungsbehörde von dem gestellten Antrag abweichen darf, sagt die Verordnung nichts.<sup>257</sup>

---

stand des Erblassers. Die Annahme der Erbschaft ist nach § 2357 III BGB bei Beantragung eines gemeinschaftlichen Erbscheins durch nur einen Erben mitzuteilen. Siehe zudem den Fragebogen zur Vorbereitung des Erben auf die Nachlassverhandlung bei *W. Zimmermann* Rz. 63, der auch diese Punkte abdeckt.

<sup>254</sup> *DNotV* 32. Besser sei es, einen an den §§ 2354f. BGB orientierten Mindeststandard vorzusehen und darüber hinausgehende Antragserfordernisse von den Anforderungen des anwendbaren Rechts abhängig zu machen. Dieser Weg hätte jedoch den Nachteil, dass sich bereits der in der Regel rechtsunkundige Antragsteller Gedanken über das anwendbare Recht und die Erforderlichkeit zusätzlicher Angaben machen müsste; eine Zwischenverfügung, mit der die angerufene Behörde die fehlenden Angaben nachfordert, wäre häufig die – zeitraubende – Folge. Demgegenüber scheint der von Art. 65 EuErbVO eingeschlagene Weg sinnvoller, zumal dem Antragsteller in der Praxis ein Formblatt helfen soll (Art. 65 II EuErbVO).

<sup>255</sup> Heidelberg-Stellungnahme 46.

<sup>256</sup> Anders und kritisch (zum VO-Vorschlag) *DNotV* 32.

<sup>257</sup> Im deutschen Recht gilt eine Abweichung als grundsätzlich unzulässig, *W. Zimmermann* Rz. 271 ff.

## b) Amtsermittlung und Mitteilungspflichten

Sowohl nach § 2358 BGB, § 26 FamFG als auch nach Art. 66 I EuErbVO nimmt die Ausstellungsbehörde eine Ermittlung des Sachverhalts von Amts wegen vor.<sup>258</sup> Nach Art. 66 IV EuErbVO hat die Ausstellungsbehörde alles zu unternehmen, um die Berechtigten von der Beantragung eines ENZ zu unterrichten.<sup>259</sup> Diese Vorschrift trägt einerseits dazu bei, die Richtigkeit des Zeugnisses zu gewährleisten; andererseits dient sie dem rechtlichen Gehör.<sup>260</sup> Rechtliches Gehör ist, falls erforderlich, jedem »Beteiligten« zu gewähren – ein im Einzelnen unklarer<sup>261</sup> Begriff, der in der Verordnung im Übrigen nicht verwendet wird und offenbar weiter geht als der des (zu unterrichtenden) »Berechtigten«. Den Kreis der Beteiligten am Erbscheinsverfahren stellt § 345 I FamFG mit Ausnahme des Antragstellers in das pflichtgemäße Ermessen des Nachlassgerichts, wie auch Art. 66 IV EuErbVO eine Anhörung nur vorsieht, falls sie erforderlich ist. Soweit Beteiligte dem Nachlassgericht bekannt sind, müssen sie benachrichtigt werden (§ 7 IV FamFG).

## 5. Funktionstüchtiger Mechanismus für die Ausübung der Option

Zuletzt gehört zu den unabdingbaren Funktionsvoraussetzungen ein funktionstüchtiger Mechanismus für die Wahl des optionalen Instruments. Diese Wahlmöglichkeit steht dem Antragsteller zu.<sup>262</sup> Über die Einwahl in das CESL wird intensiv diskutiert, und die Kommission hat in ihrem Verordnungsvorschlag mit einem komplexen Standardinformationsblatt eine gewisse Hürde aufgebaut, bevor ein Verbraucher sich von seinen nationalen Regeln verabschieden und einer Wahl des optionalen Instruments zustimmen kann. Die Rechtswohltat des ENZ können Antragsteller hingegen erlangen, ohne zuvor umfassend über dessen Vor- und Nachteile gegenüber dem nationalen Erbnachweis aufgeklärt zu werden. Jedoch sollte es den Ausstellungsbehörden nationaler Erbnachweise vom jeweiligen mitgliedstaatlichen Recht zur Aufgabe gemacht werden abzufragen, ob Nachlassgegenstände im Ausland belegen sind, und bejahendenfalls auf die Möglichkeit, ein ENZ zu beantragen, hinzuweisen. Überdies muss die Einwahl in das bestehende Kollisionsrecht eingebettet sein. Dies hat beim CESL zu der

---

<sup>258</sup> Dabei hilft der mit der Ausstellung eines ENZ befassten Behörde die Rechtshilfe nach Art. 66 V EuErbVO.

<sup>259</sup> Kritisch noch zum VO-Vorschlag *Lange* 172.

<sup>260</sup> *Jacoby*, Acte Nr. 14; siehe die Begründung von *MPI* Nr. 301 und *DNotV* 35 zum Vorschlag einer entsprechenden Mitteilungspflicht.

<sup>261</sup> *DNotV* 35.

<sup>262</sup> Unklar *Jacoby*, Acte Nr. 12 (Wahl des mit der Nachlassangelegenheit befassten Notars).

Diskussion über die Frage eines 28. oder eines 2. Modells geführt.<sup>263</sup> Die Kommission hat sich hier weder für ein Modell entschieden, das auf unmittelbare Anwendung abzielt und dem Kollisionsrecht vorgeschaltet ist, noch für eine kollisionsrechtliche Rechtswahl im eigentlichen Sinne, bei der das optionale Instrument eine weitere wählbare Rechtsordnung darstellt, sondern für ein »innerstaatliches Optionsmodell«: Innerhalb des mit Hilfe des IPR bestimmten Rechts steht ein zweiter Satz von Regeln bereit, die die nationalen Regeln in ihrem Anwendungsbereich verdrängen.<sup>264</sup> Ähnlich lässt sich auch das ENZ als 2. Modell, als fakultatives Erbnachweisverfahren, charakterisieren, allerdings mit dem Unterschied, dass die Option unabhängig von der Anwendbarkeit mitgliedstaatlichen Erbrechts zur Verfügung steht. Bemerkenswert ist dann aber, dass das optionale Nachlasszeugnis dem Antragsteller in einem der Parteiautonomie nur eingeschränkt zugänglichen Bereich eine einseitige Wahl materiellen Rechts ermöglicht, die in einer für den gesamten Rechtsverkehr verbindlichen Weise die anwendbaren Gutgläubensregeln modifiziert. Das entspricht der einseitigen Optionsausübung etwa im Gesellschaftsrecht, bedeutet aber einen wichtigen Unterschied für die Wahl des CESL, deren Zweiseitigkeit stark betont wird.<sup>265</sup>

## VI. Attraktivität der Wahl eines optionalen Nachlasszeugnisses

Ist damit die reine Funktionstüchtigkeit des ENZ gegeben, können noch diverse weitere Faktoren die Entscheidung zwischen diesem und einem nationalen Erbnachweis, der nach Art. 59 EuErbVO einer erleichterten »Annahme« unterliegt, beeinflussen. Im Folgenden sind deshalb verschiedene Faktoren zu untersuchen, die das ENZ zu einer attraktiven Option machen können. Diese Faktoren können materiell-rechtlichen oder verfahrensrechtlich-praktischen Ursprungs sein.

### 1. Materiell-rechtliche Ausgestaltung

Für bestimmte Zwecke kann der Erbe ohnehin auf ein ENZ angewiesen sein, wenn ihm sein nationaler Erbnachweis das erstrebte Ziel (z.B. eine Registeränderung) im Ausland nicht ermöglicht. Dann gibt es keine echte

<sup>263</sup> Dazu nur *Matteo Fornasier*, »28.« versus »2. Regime« – Kollisionsrechtliche Aspekte eines optionalen europäischen Vertragsrechts: *RabelsZ* 76 (2012) 401–442.

<sup>264</sup> *Fornasier* (vorige Note) insb. 431 f.

<sup>265</sup> In Wirklichkeit stellt sich die Wahl des CESL freilich auch als einseitig dar: Der Verbraucher kann sich einer Entscheidung des Unternehmers, das CESL zugrunde zu legen, nur entziehen, indem er von dem Vertragsschluss ganz Abstand nimmt, *Walter Doralt*, Rote Karte oder grünes Licht für den Blue Button?: *AcP* 211 (2011) 1–34 (14ff.).

Wahl. Das ENZ wird deshalb besonders in Mitgliedstaaten attraktiv erscheinen, die kein vergleichbar weitreichendes System des Nachweises der Erbenstellung kennen.<sup>266</sup> Im Übrigen muss ein detaillierter Vergleich zwischen den Wirkungen des jeweiligen nationalen Erbnachweises und den Wirkungen eines ENZ vorgenommen werden.<sup>267</sup> Dieser Vergleich soll hier für den deutschen Erbschein geleistet werden. Er zeigt eine weitgehende Übereinstimmung in den Grundlinien,<sup>268</sup> aber bei genauerem Hinsehen Differenzen im Detail.

#### a) Legitimations- und Beweiswirkung

Das ENZ entfaltet wie ein Erbschein (z. B. § 35 I 1 GBO, § 12 I 3 HGB) nach Art. 69 V EuErbVO Legitimationswirkung gegenüber öffentlichen Registern wie dem Grundbuchamt.<sup>269</sup> Das übrige formelle Registerrecht bleibt jedoch vorbehalten.<sup>270</sup> Das Zeugnis erfüllt zudem nach Art. 69 II EuErbVO wie der Erbschein (§ 2365 BGB) eine Beweisfunktion, indem sowohl die Richtigkeit als auch die Vollständigkeit des Inhalts widerleglich vermutet werden.<sup>271</sup> Dass sich diese Beweiswirkung unmittelbar nur auf Inhalte bezieht, die in den Regelungsbereich der Verordnung fallen, wurde bereits angesprochen.<sup>272</sup> Wie diese Vermutung widerlegt werden kann, sagt die Verordnung nicht. In Deutschland käme daher § 292 ZPO zur Anwendung. Wie beim Erbschein kann die Vermutung des ENZ ebenfalls sowohl zugunsten wie zulasten des darin Ausgewiesenen wirken.

<sup>266</sup> *Chassaing* (oben N. 132) Nr. 28 (mit dem Beispiel Italiens).

<sup>267</sup> Zweifelhaft *Eva Lein*, A Further Step towards a European Code of Private International Law: Yb. PIL 11 (2009) 107–141 (137), die einen Widerspruch zwischen dem optionalen Charakter eines ENZ und dessen weitreichenden materiell-rechtlichen Wirkungen erkennt.

<sup>268</sup> Zu Recht differenzierend *Hertel* 690. Zum VO-Vorschlag *Grau* 486; Heidelberg-Stellungnahme 50; *Altmeyer* (oben N. 145) 491.

<sup>269</sup> *Wilsch* (oben N. 190) 530; einschränkend *Hertel* 690 aufgrund des Vorbehalts in Art. 69 V EuErbVO zugunsten des nationalen Registerrechts, dabei aber offenbar übersehend, dass Erbscheinsverfahren und ENZ-Verfahren weitgehend gleichwertig sind. Es würde Art. 69 V EuErbVO seines Sinnes berauben, wenn auch § 35 I 1 GBO und damit das Erfordernis eines nationalen Erbscheins vorbehalten bliebe. § 35 I 1 GBO, der den Nachweis der Erbfolge ausschließlich durch einen Erbschein zulässt, wird vielmehr unionsrechtlich ergänzt. – Für zu eng gefasst hält *Lurger* 60 die Legitimationsfunktion, die nicht nur gegenüber öffentlichen Registern, sondern allgemein gelten solle.

<sup>270</sup> Beispiel bei *Janzen* 493 und *Steinmetz/Löber/García Alcázar* (oben N. 56) 237: Zahlung von Steuern vor der Eintragung.

<sup>271</sup> *Janzen* 493. Aus der Sicht anderer Mitgliedstaaten stellt diese Funktion hingegen eine erhebliche Änderung dar. So hat etwa ein französischer *acte de notoriété* im streitigen Verfahren keine Beweiswirkung, *Döbereiner* (oben N. 15) Rz. 184. In Deutschland ist umstritten, ob und wie der Erbschein im Erbprätendentenstreit wirkt, *Muscheler* Rz. 3343 ff. Generell kritisch zu einem Europäischen Erbschein mit einheitlichen materiell-rechtlichen Wirkungen *Denkinger* (oben N. 6) 383.

<sup>272</sup> Siehe oben V.1.a); *ErwGr* 71.

## b) Die Gutgläubenswirkung insbesondere

Nähere Betrachtung verdient vor allem die in Art. 69 III, IV EuErbVO geregelte Gutgläubensfunktion.<sup>273</sup> Diese kann vor allem in Rechtsordnungen Bedeutung erlangen, wo – wie in Frankreich – noch dreißig Jahre nach dem Erbfall Noterberechtigte mit der Herabsetzungsklage mit *ex tunc*-Wirkung in die Erbfolge eingreifen und ihre Beteiligung an der Erben-gemeinschaft bewirken können.<sup>274</sup> Die Gutgläubenswirkung erhebt die Vermutung des Abs. 2 in bestimmten Fällen zur Fiktion.<sup>275</sup> Beide Absätze sind daher – ein Novum in der EU-Gesetzgebung – Regeln des materiellen Erbrechts.<sup>276</sup> Ihre Wirkung ergibt sich unmittelbar aus der Verordnung, ohne dass es in diesem Punkt eines Rückgriffs auf nationale Vorschriften – etwa im Sinne einer Substitution durch das ENZ im Rahmen der §§ 2366 f. BGB – bedarf.<sup>277</sup>

Die Regelungstechnik der Fiktion entspricht dem Ansatz der §§ 2366 f. BGB.<sup>278</sup> Auf den zweiten Blick tun sich jedoch Unterschiede zum deutschen Recht auf. Der Erbschein stellt einen gutgläubigen Dritten so, als hätte er das Geschäft mit dem wahren Erben abgeschlossen.<sup>279</sup> Dieselbe Wirkung hat Art. 69 IV EuErbVO. Diese Vorschrift ermöglicht wie § 2366 BGB einen gutgläubigen Erwerb dort, wo die allgemeinen nationalen Regeln keinen Erwerb zulassen, sei es, weil sie wie das englische oder das portugiesische Recht ohnehin nur sehr eingeschränkt einen Erwerb vom Nichtberech-

<sup>273</sup> Zur Frage, ob Art. 59 EuErbVO überhaupt zu einer Erstreckung von Gutgläubenswirkungen führt, siehe oben III.1.c). Auch wenn eine Wirkungserstreckung abzulehnen ist, bleiben die folgenden Überlegungen relevant, wenn sich der Großteil des Nachlasses im Inland befindet.

<sup>274</sup> *Rembert Süß*, Reform des Erbrechts in Frankreich: ZErB 2002, 62–67 (66).

<sup>275</sup> Die englische Sprachfassung »shall be considered« kann hingegen auch als Vermutung verstanden werden, so etwa von *Leipold* (oben N. 116) 810 (zu Art. 42 VO-Vorschlag); siehe auch *Naudin* (oben N. 132) 49 (»présomption simple«); richtig *Jacoby*, Certificat Nr. 27 (»présomption irréfragable«).

<sup>276</sup> Zum deutschen Recht *Muscheler* Rz. 3346. Aus dieser Einordnung ergeben sich zwei Fragen, die hier nicht vertieft werden können: Begründungsbedürftig wird zum einen, ob derartige materiell-rechtliche Regeln auf die Kompetenzgrundlage des Art. 81 AEUV gestützt werden können, dazu etwa (eine Kompetenz bejahend) *MPI* Nr. 15f.; *Mansel*, Vereinheitlichung (oben N. 80) 192f.; *Wulf-Henning Roth*, Europäische Kollisionsrechtsvereinheitlichung: Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS) 2011, 314–328 (318f.); *Lange* 169; (ablehnend) *Rauscher (-ders.)* Rz. 89. Zum anderen fragt sich, ob diese Vorschriften die in manchen Mitgliedstaaten bestehenden Regeln über den Scheinerben komplett überlagern, so dass also nach Ausstellung eines ENZ ein gutgläubiger Erwerb nach Art. 534 Codice civile nicht mehr in Betracht kommt.

<sup>277</sup> Heidelberg-Stellungnahme 52.

<sup>278</sup> Im deutschen Recht ist dies jedoch klarer durchgeführt: Nach der Verordnung bleibt es theoretisch denkbar, dass die Vermutungswirkung erschüttert wird (etwa durch das Vorliegen einander widersprechender Nachlasszeugnisse und ein gutgläubiger Erwerb gleichwohl möglich ist; anders jetzt *Buschbaum/Simon* 528.

<sup>279</sup> Siehe nur *Rainer Frank/Tobias Helms*, Erbrecht<sup>5</sup> (2010) § 16 Rz. 8.

tigten anerkennen,<sup>280</sup> sei es, weil es ihnen wie dem deutschen Recht an dem erforderlichen Rechtsscheinsträger<sup>281</sup> fehlt. Sie unterscheidet sich damit etwa von Art. 4:187 I niederländisches BW, der keinen eigenen Erwerbstatbestand schafft, sondern lediglich den Maßstab für den guten Glauben in bestehenden Erwerbstatbeständen klarstellt.<sup>282</sup> Die nach allgemeinen Regeln (Art. 3:88 BW) eingeschränkte Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs an Grundstücken, Registergütern oder Forderungen wird damit nicht erweitert.

Da die Norm zumindest in der deutschen Sprachfassung<sup>283</sup> nicht nur auf den Erwerb, sondern auf jegliche Verfügung über Nachlassvermögen zugunsten eines anderen zugeschnitten ist, erfasst die Norm auch die anderen von § 2366 BGB angesprochenen Fälle der Begründung eines Rechts an einem Nachlassgegenstand (Belastung) oder der Befreiung von einem zur Erbschaft gehörenden Recht (Aufhebung) sowie die von § 2367 BGB aufgefangenen sonstigen Verfügungen. Wie § 2366 BGB vermittelt Art. 69 IV EuErbVO keinen Schutz bei Verpflichtungsgeschäften wie der Vermietung eines Nachlassgegenstandes. Nicht hinweghelfen kann § 2366 BGB über das fehlende Eigentum des wahren Erben, weil der fragliche Gegenstand bereits dem Erblasser nicht gehörte.<sup>284</sup> Die Formulierung des Art. 69 IV EuErbVO ist in diesem Punkt, vor allem in anderen Sprachfassungen, etwas unklar, wenn der in dem ENZ Ausgewiesene aufgrund des Zeugnisses als »zur Verfügung über das betreffende Vermögen Berechtigte[r]«<sup>285</sup> gilt. Nach dem Zweck des ENZ, das die übrigen Voraussetzungen des Erwerbstatbestands dem anwendbaren Recht überlässt (ErwGr 71), ist die Norm so auszulegen, dass sie nur über fehlende Erbenstellung, nicht über die aus anderen Gründen fehlende Verfügungsbefugnis hinweghilft.<sup>286</sup> Hier bleiben die – national verschiedenen – Gutgläubensvorschriften des mitgliedstaatlichen Rechts ergänzend (als *lex rei sitae*) anwendbar. Wie § 2366 BGB schützt Art. 69 IV

<sup>280</sup> Rechtsvergleichender Überblick bei *Ralf Michaels*, Erwerb vom Nichtberechtigten, in: HWBEuP 451–454.

<sup>281</sup> An beweglichen Sachen fehlt dem Erscheinerben wegen § 857 BGB der Besitz; bei unbeweglichen Sachen fehlt die Voreintragung im Grundbuch; bei Forderungen fehlt grundsätzlich ein Rechtsscheinsträger.

<sup>282</sup> *Perrick* (oben N. 15) Nr. 422. Wenn *Berniquet Gajić* (oben N. 9) 187 die *verklaring van erfrecht* als nicht wesentlich verschieden vom deutschen Erbschein bezeichnet, geht das deshalb wohl zu weit.

<sup>283</sup> Andere Sprachfassungen zielen eher auf Sachen als auf Gegenstände (»succession property«, »biens successoraux«, vgl. Art. 516 Code civil: »Tous les biens sont meubles ou immeubles.«). Der gutgläubige Forderungserwerb scheint damit ebenso ausgeschlossen wie die einvernehmliche Änderung einer Nachlassforderung.

<sup>284</sup> Wiederum nur *Frank/Helms* (oben N. 279) § 16 R. z. 9.

<sup>285</sup> Englisch: »a person with authority to dispose of the property concerned«; französisch: »une personne ayant le pouvoir de disposer des biens concernés«.

<sup>286</sup> Unmittelbar auf den Wortlaut gestützt jetzt *Buschbaum/Simon* 528.

EuErbVO auch den unentgeltlich Erwerbenden.<sup>287</sup> Allerdings würde § 816 I 2 BGB in diesem Fall dennoch dem wahren Erben einen Zugriff auf den Gegenstand erlauben; es spricht viel dafür, diese Norm beim Erwerb aufgrund eines ENZ als gesperrt anzusehen und den wahren Erben auf Ansprüche gegen den Verfügenden zu verweisen.<sup>288</sup> Wer in diesem Fall den unentgeltlich Erwerbenden für weniger schutzbedürftig ansieht, kann dies nur durch erhöhte Anforderungen an den guten Glauben erreichen, der beim ENZ – anders als nach deutschem Recht – bereits durch grobe Fahrlässigkeit erschüttert werden kann.

Den umgekehrten Fall der Zahlung oder Übergabe von Vermögenswerten an den Erbscheinerben regelt Art. 69 III EuErbVO. ErwGr 71 stellt klar, dass die Norm nur die Übergabe von Nachlassvermögen meint. Gedacht scheint also an den Fall der Herausgabe von Nachlassgegenständen an den laut ENZ zur Entgegennahme Befugten durch den unmittelbaren Besitzer. Nicht erfasst ist jedoch die Erfüllung von Nachlassverbindlichkeiten auf andere Weise als durch Zahlung:<sup>289</sup> Der Dritte, der zur Erfüllung eines gegenüber dem Erblasser eingegangenen Kaufvertrags der im ENZ ausgewiesenen Person die Kaufsache übereignet, wird folglich nicht geschützt, da vor der Übereignung nicht der gekaufte Gegenstand, sondern nur der Anspruch darauf zum Nachlassvermögen zählt. Da dieser Anspruch mit der Übereignung *ex lege* erlischt, handelt es sich auch nicht um eine Verfügung über diesen Nachlassgegenstand im Sinne von Art. 69 IV EuErbVO. Ausgenommen bleiben ferner selbst bei Zahlungsverpflichtungen Leistungen durch Erfüllungssurrogat.<sup>290</sup> Eine sinnvolle Erklärung für diese Schutzlücke fehlt. Die allgemeinere Formulierung des § 2367 BGB, die allgemein vom Bewirken einer Leistung spricht, vermittelt hier einen umfassenderen Schutz des Dritten.

Beide Gutglaubensnormen werfen zwei übergreifende Fragen auf und beantworten sie jeweils anders als das deutsche Recht. (1) Nach ganz herr-

<sup>287</sup> Anders noch die EntschlieÙung des Europäischen Parlaments (oben N. 212) Empfehlung 7; sowie die Lehre vom Scheinerben im italienischen Recht, *Dallafior* 148. Nach Art. 3:86 BW scheidet ein unentgeltlicher gutgläubiger Erwerb an nicht registrierungspflichtigen beweglichen Sachen aus.

<sup>288</sup> War der Scheinerbe seinerseits gutgläubig, bestehen jedoch keine derartigen Ansprüche. Ansprüche aus §§ 2018, 2019 BGB und § 985 BGB scheitern ebenso wie § 2021 BGB i. V. m. Bereicherungsrecht, weil der Scheinerbe bei unentgeltlicher Weitergabe nichts mit Mitteln der Erbschaft erlangt hat. Ein deliktischer Anspruch wird von § 2025 Satz 2 BGB gesperrt; darüber hinausgehende Einzelansprüche kommen schon wegen § 2029 BGB nicht in Betracht.

Klärungsbedürftig ist zudem, in welchem Umfang Ansprüche gegen den Scheinerben dem Erbstatut (Art. 23 II lit. f EuErbVO: »Rechte des Erben«) oder einem Einzelstatut (mit möglicher Zuständigkeit nach EuGVO) unterfallen, zum autonomen IPR siehe *Staudinger (-Dörner)* (2007) Art. 25 EGBGB Rz. 220, 812.

<sup>289</sup> Kritisch auch *Lange* 177.

<sup>290</sup> Vgl. *Buschbaum/Kohler* 168 (nicht erfasst sei die »Leistung durch Abtretung«).

schender Ansicht muss der gutgläubige Dritte nach deutschem Recht keine Kenntnis von der Existenz des Erbscheins haben.<sup>291</sup> Sein Handeln muss nicht im Hinblick auf den Erbschein erfolgen. Er muss lediglich davon überzeugt sein, dass der fragliche Gegenstand zum Nachlass gehört.<sup>292</sup> Trotz bereits im Gesetzgebungsverfahren geäußelter Kritik<sup>293</sup> hält Art. 69 III, IV EuErbVO jedoch daran fest, dass der Dritte »auf der Grundlage der in dem Zeugnis enthaltenen Angaben« handelt.<sup>294</sup> Ergänzend präzisiert ErwGr 71, dass der Gutgläubenschutz dann gewährleistet werden sollte, »wenn noch gültige beglaubigte Abschriften vorgelegt werden«. Damit wird der Gutgläubenschutz eingeschränkt. (2) Gegenüber dem deutschen Recht<sup>295</sup> schwächer ist die Gutgläubenswirkung zudem, weil dem Dritten bereits grobe Fahrlässigkeit und nicht erst positive Kenntnis von der Unrichtigkeit schadet.<sup>296</sup> Den Dritten können also Nachforschungspflichten<sup>297</sup> treffen. Befürchtet wird sogar, dass deshalb inländische Schuldner auf einem Erbschein bestehen werden, sofern deutsche Nachlassgerichte international zuständig sind.<sup>298</sup> Das ENZ habe daher einen »Wettbewerbsnachteil«.<sup>299</sup> An den deutschen Gesetzgeber wurde der Vorschlag gerichtet, bei den §§ 2365 ff. BGB auf die abweichende Gutgläubenswirkung des ENZ hinzuweisen, um den Rechtsanwender dafür zu sensibilisieren.<sup>300</sup> Praktisch umgesetzt werden könnte dieser Vorschlag allenfalls durch eine amtliche Fußnote, wie sie inzwischen bei Vorschriften üblich ist, die der Richtlinienumsetzung dienen.

Die festgestellten Schutzlücken im ENZ können nicht einfach mit weitergehenden Regeln des nationalen Rechts aufgefüllt werden. Vielmehr handelt es sich um interne Lücken im Regelungsbereich des ENZ, die aus der

<sup>291</sup> BGH 23. 11. 1960, BGHZ 33, 314 (317); *Muscheler* Rz. 3350f. m. w. N.; *Frank/Helms* (oben N. 279) § 16 Rz. 13.

<sup>292</sup> *Frank/Helms* (oben N. 279) § 16 Rz. 13; a. A. *Muscheler* Rz. 3364.

<sup>293</sup> Heidelberg-Stellungnahme 52f.; *MPI* Nr. 320; *Buschbaum/Kohler* 168; zustimmend aber *Kousoula* (oben N. 242) 314f.

<sup>294</sup> Dennoch halten eine Vorlage für entbehrlich *Simon/Buschbaum* 2397f.; *Buschbaum/Simon* 528. Wie hier jetzt *Vollmer* (oben N. 189) 233.

<sup>295</sup> Selbst Kenntnis der die Unrichtigkeit begründenden Tatsachen schadet noch nicht, *Muscheler* Rz. 3369. Ähnlich wie die EuErbVO aber das niederländische Recht, wo den Dritten Nachforschungspflichten treffen können (Art. 4:187 III BW) und er tatsächlich vom Inhalt der *verklaring van erfrecht* Kenntnis genommen haben muss, *Annika Schimansky*, Reform des niederländischen Erbrechts: ZEV 2003, 149–152 (152). Auch in Italien geht die Rechtsprechung zu Art. 534 Codice civile von einem Ausschluss des guten Glaubens bei grober Fahrlässigkeit aus, *Giorgio Cian/Alberto Trabucchi*, Commentario breve al Codice civile<sup>7</sup> (2004) Art. 534 Rz. III/1.

<sup>296</sup> *Buschbaum/Simon* 528.

<sup>297</sup> Mit diesen lässt sich zum Beispiel der in § 142 II BGB geregelte Fall der Kenntnis von der Anfechtbarkeit einer Verfügung von Todes wegen in den Griff bekommen.

<sup>298</sup> *Simon/Buschbaum* 2397.

<sup>299</sup> *Buschbaum/Simon* 530.

<sup>300</sup> Heidelberg-Stellungnahme 53.

Verordnung heraus gefüllt oder als Entscheidung des Ordnungsgebers respektiert werden müssen.

## 2. Ausgestaltung des Verfahrens

### a) Kosten des Verfahrens

Zu der materiell-rechtlichen Ausgestaltung kommen verschiedene Faktoren im Hinblick auf die Ausgestaltung des Verfahrens hinzu. Für die Wahl zwischen zwei als weitgehend gleichwertig erkannten Instrumenten können erstens auch die zu erwartenden Kosten eine Rolle spielen. So gilt der Erbschein als kostspielig, vor allem, wenn er lediglich für die von vielen Erben als *Petitesse* empfundene Umschreibung eines Bankkontos benötigt wird. Nicht ohne Grund stellt es ein beliebtes Argument für das gegenüber dem eigenhändigen Testieren mit höheren Kosten verbundene notarielle Testament dar, dass damit später den Erben die Kosten für die Ausstellung eines Erbscheins erspart werden, da das öffentliche Testament etwa gegenüber dem Grundbuch oder im Verkehr mit Banken den Erben ausreichend legitimieren kann (§ 35 I 2 GBO; Nr. 5 AGB-Banken von Mai 2012).<sup>301</sup> Die für die Ausstellung eines ENZ anfallenden Kosten sind nicht in der VO geregelt, sondern der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten überlassen. Es ist nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber hierfür höhere Kosten als für das Erbscheinsverfahren (Nr. 12210 KV-GNotKG i. V. m. § 40 GNotKG) festschreiben wird. Auch andere Rechtsordnungen sollten darauf achten, dass sie das ENZ nicht mit größeren Kosten belegen. Die bislang aufgrund der nationalen Nachweissysteme anfallenden Kosten für die Ausstellung eines zweiten Dokuments im Verwendungsstaat entfallen bereits aufgrund von Art. 59 EuErbVO.

### b) Dauer des Verfahrens

Zweitens ist die Verfahrensdauer in Betracht zu ziehen. Nach Art. 67 I EuErbVO wird das Zeugnis unverzüglich ausgestellt, sobald »der zu bescheinigende Sachverhalt nach dem auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendenden Recht oder jedem anderen auf einen spezifischen Sachverhalt anzuwendenden Recht feststeht«. Doch gehen dieser Feststellung, wie gesehen, anspruchsvolle Prüfungs-, Mitteilungs- und Anhörungspflichten der Ausstellungsbehörde voraus, die das Verfahren durchaus in die Nähe zum deutschen Erbscheinsverfahren rücken.<sup>302</sup> Dagegen betonen beispielsweise Rechtsordnungen mit notariellen Urkunden, dass ihr Verfahren

<sup>301</sup> *Malte Ivo*, Die Legitimation des Erben ohne Erbschein: ZErB 2006, 7–11.

<sup>302</sup> Siehe oben V.4.

schneller und einfacher sei als das deutsche Erbscheinsverfahren. Aus den Niederlanden kommt der Vorwurf, das Erbscheinsverfahren führe zu einer monatelangen Blockade des Nachlasses, während der zum Beispiel die Erben eines Wertpapierdepots nicht auf Marktänderungen reagieren könnten.<sup>303</sup> Ebenso heißt es aus Frankreich, dass dort niemand das deutsche System wünsche, das aufwendig sei und den wahren Erben wenig Schutz biete; das von der französischen Praxis ersonnene System arbeite gut und wenig streitanfällig, indem es schnell und kostengünstig dem wahren Erben zum Nachlass ver helfe.<sup>304</sup> Diese Vorbehalte gilt es bei der praktischen Anwendung des Verfahrens und dessen Einpassung in die nationalen Verfahrensrechte<sup>305</sup> zu beachten. Unter diesem Aspekt ist es zu begrüßen, wenn die Verordnung es den Mitgliedstaaten ermöglicht, die Ausstellung des ENZ in notarieller Hand zu lassen.

### c) Komplexität des Verfahrens

Drittens kann ein übermäßig komplexes Verfahren abschreckende Wirkung haben.<sup>306</sup> Hier ist besonders auf den erstaunlich langen Katalog hinzuweisen, mit dem Art. 68 EuErbVO den Inhalt des ENZ näher umschreibt. Zu der entsprechenden Vorschrift des VO-Vorschlags war sogar die Befürchtung geäußert worden, das Nachlasszeugnis solle »ein Kurzlehrbuch« werden.<sup>307</sup> Dahinter stand wohl das Bestreben, allen denkbaren Anforderungen der mitgliedstaatlichen Erbrechte gerecht zu werden.<sup>308</sup> Neben der Präzisierung der inhaltlichen Anforderungen liegt ein wichtiger Fortschritt gegenüber Art. 41 des VO-Vorschlags darin, dass nicht mehr alle Punkte dieses Katalogs zwingend in dem ENZ berücksichtigt werden müssen, sondern nur noch diejenigen Angaben, die für die Zwecke, zu denen das Zeugnis ausgestellt wird, erforderlich sind. Dadurch kann im Einzelfall der Umfang des ENZ reduziert werden – freilich um den Preis geringerer Standardisierung. Denn in der Tat dürfte der überbordende Inhalt des ENZ eines

<sup>303</sup> *Perrick* (oben N. 15) Nr. 421, 423 (»De snelle, eenvoudige en praktisch kosteloze procedure van de notariële verklaring van erfrecht is een kostbaar rechtsgoed.«).

<sup>304</sup> *Malaurie* (oben N. 18) Nr. 285.

<sup>305</sup> Zur Schwierigkeit einer Verzahnung mit dem österreichischen Verlassenschaftsverfahren *Faber/Grünberger* (oben N. 204) 112; *Geimer* 15; zu Friktionen mit der Nachlassabwicklung im englischen Recht *Lein* (oben N. 267) 137.

<sup>306</sup> Vgl. *Rauscher (-ders.)* Rz. 80; für vergleichbar anspruchsvoll hält *Jacoby*, Acte Nr. 10 das interne französische Verfahren und das ENZ-Verfahren.

<sup>307</sup> *Leipold* (oben N. 116) 810; kritisch auch *Rauscher (-ders.)* Rz. 80 (»unglaubliche inhaltliche Überfrachtung«, 85 ff.; *Nan Torfs/Ernst van Soest*, Le règlement européen concernant les successions: d. i. p., reconnaissance et certificat successoral, in: FS Pintens (2012) 1443–1458 (1453); *Süß*, Erbrecht der EU (oben N. 116) § 9 Rz. 39; *Schurig* 352 (ENZ sei »mit einer Fülle von Informationen vollgestopft«); siehe bereits *Padovini* (oben N. 105) 162.

<sup>308</sup> *Janzen* 492.

der Hauptprobleme darstellen. Damit das ENZ sinnvoll eingesetzt werden kann, muss es möglichst klar und präzise die Nachlassberechtigten und den Umfang ihrer Berechtigung benennen.<sup>309</sup> Dass Art. 68 EuErbVO über diese Grundanforderung weit hinausgeht und etwa auch die Umstände, aus denen die Ausstellungsbehörde ihre Zuständigkeit herleitet (lit. c) oder auf deren Grundlage das anwendbare Recht bestimmt wurde (lit. i), sowie ein Verzeichnis der Rechte, die einem bestimmten Vermächtnisnehmer zustehen (lit. m), zum Inhalt des ENZ macht, beruht darauf, dass eine zentrale Weichenstellung versäumt wurde. Stellungnahmen zum VO-Vorschlag hatten vorgeschlagen, zwischen der Entscheidung, das Zeugnis zu erteilen, und dem Zeugnis selbst zu unterscheiden.<sup>310</sup> Diese Unterscheidung existiert etwa im deutschen Erbscheinsverfahren (§ 352 FamFG):<sup>311</sup> Das Nachlassgericht beschließt, dass der beantragte Erbschein zu erteilen ist, und versieht diesen Beschluss erforderlichenfalls mit Gründen – in diesen könnte dann die Bestimmung der Zuständigkeit und des anwendbaren Rechts begründet oder der Berufungsgrund mit Ausführungen zur Wirksamkeit eines Testaments spezifiziert werden.<sup>312</sup> Der eigentliche Erbschein wird sodann aufgrund dieses Beschlusses in einem separaten Akt erteilt; er enthält nur ein notwendiges Minimum an Angaben und ist dadurch für den Rechtsverkehr leicht handhabbar. Gegenwärtig besteht der Eindruck, dass in dem Bestreben, die unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Erbrechtssysteme in einer einheitlichen Urkunde einzufangen, über das Ziel hinausgeschossen wurde. Nachdem Art. 68 EuErbVO nun aber in dieser Form in Kraft getreten ist, richtet sich die Hoffnung auf einen verständigen Umgang der Ausstellungsbehörden mit den darin gestellten Anforderungen.<sup>313</sup>

Für Reduzierung von Komplexität wird dabei auch die Standardisierung sorgen, die die Verordnung durch die Einführung von Formblättern erzielen will. Das Formblatt für die Ausstellung des ENZ ist noch im Komitologieverfahren zu erstellen.<sup>314</sup> Dass dessen Erstellung der Verabschiedung der Verordnung zeitlich erst nachfolgt, erscheint angesichts der Komplexität der

<sup>309</sup> *MPI* Nr. 305; *DNotV* 35f.

<sup>310</sup> *MPI* Nr. 305 ff.; *DNotV* 36; *Altmeyer* (oben N. 145) 491.

<sup>311</sup> Näher *W. Zimmermann* Rz. 276 ff., 285 ff.; Münch. Komm. ZPO (-J. Mayer) § 352 FamFG Rz. 7 ff.

<sup>312</sup> Eine Begründung ist entbehrlich, wenn sie sich von selbst ergibt.

<sup>313</sup> Zur Frage, ob das ENZ im Einzelnen die dem Inhaber zustehenden Befugnisse anhand einer vom Verordnungsgeber nach dem Vorbild des Haager Nachlassverwaltungsübereinkommens vorgegebenen Liste aufzählen sollte, *Christian Baldus*, Normqualität und Untermaßverbot: GPR 2006, 80–82 (mit dem Plädoyer für eine einheitliche Begriffsbildung auf der Ebene des Sachrechts).

<sup>314</sup> Art. 67 I 2 i. V. m. Art. 80f. EuErbVO. Vgl. Art. 4 der VO 182/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 2011 zur Festlegung der allgemeinen Regeln und Grundsätze, nach denen die Mitgliedstaaten die Wahrnehmung der Durchführungsbefugnisse durch die Kommission kontrollieren, ABl. 2011 L 55/13–18.

Materie sinnvoll. Das Verfahren wird überdies eine schnellere Anpassung der Formblätter erlauben, sollte sich ein Überarbeitungsbedarf ergeben. Die Praxistauglichkeit und Funktionalität des ENZ werden in erheblichem Maße von der überzeugenden Gestaltung des Formblatts abhängen.<sup>315</sup>

#### d) Sprachprobleme

Schließlich können viertens im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr immer Sprachprobleme auftreten. Hier bietet der Ansatz der Verordnung, mit mehrsprachigen, standardisierten Formblättern zu arbeiten, einen deutlichen Vorteil gegenüber der »Annahme« nationaler Erbnachweise, die – wenn auch begleitet von einem die Beweiswirkungen beschreibenden Formblatt – nur in der Sprache und in der Gestaltung des Ursprungsstaats vorliegen werden.<sup>316</sup>

## VII. Fazit und Ausblick

1. Die bestehenden mitgliedstaatlichen Systeme, wie ein Nachlassberechtigter seine Stellung und seine Befugnisse nachweisen kann, sind uneinheitlich. Es divergieren, zumindest in Einzelfragen, insbesondere die Ausstellungsbehörde, das Verfahren und die Wirkungen der nationalen Erbnachweise. Besonders problematisch für die Abwicklung von Nachlässen, die über mehrere Mitgliedstaaten verteilt sind, erweist sich jedoch, dass die Verwendbarkeit der nationalen Erbnachweise in anderen Mitgliedstaaten nicht gesichert ist. Dadurch entstehen zusätzliche Kosten und Mühen.

2. Der mangelnden Verkehrsfähigkeit nationaler Erbnachweise begegnet Art. 59 EuErbVO, indem er die »Annahme« öffentlicher Urkunden, zu denen auch die nationalen Erbnachweise zählen können, erleichtert. Trotz der »Annahme« behält der Nachweis jedoch die ihm vom Ausstellungsstaat zuerkannten materiell-rechtlichen Wirkungen. Dieser Schwierigkeit lässt sich erst durch die Schaffung eines supranationalen Erbnachweises abhelfen. Nachdem einem ersten Versuch im Haager Nachlassverwaltungsübereinkommen wenig Erfolg beschieden war, unternehmen nun die Artt. 62ff. EuErbVO mit dem ENZ einen neuen Versuch.

3. Das ENZ ist ein optionales Instrument. Jeder Erbberechtigte hat die Wahl, einen im Ausland »annahmefähigen« nationalen Erbnachweis oder

---

<sup>315</sup> Janzen 493; Heidelberg-Stellungnahme 51 N. 189: »Erforderlich ist ein Zeugnis, das überwiegend durch bloßes Ankreuzen auszufüllen ist«.

<sup>316</sup> Vgl. zur Sprachenproblematik MPI Nr. 303; Paul Lagarde, *Présentation de la proposition de règlement sur les successions*, in: *Successions internationales* (oben N. 126) 11–21 (21); *Torfs/van Soest* (oben N. 307) 1455 (für eine »langue uniforme ou des règles uniformes concernant une traduction« plädierend).

ein ENZ zu beantragen. Entscheidet sich ein Antragsteller für das ENZ, tritt es in seinem Regelungsbereich an die Stelle der nationalen Erbnachweise.

4. Das ENZ darf nicht auf eine bloße Anerkennung von Rechtslagen hinauslaufen. Es kann deshalb nur funktionieren, wenn das Kollisionsrecht, auf dem es beruht, zu einheitlichen Ergebnissen führt. Dies gilt nicht nur für den Kern des Internationalen Erbrechts, sondern auch für Randbereiche. Hier stellen das Internationale Güterrecht, der Umgang mit unbekanntem Rechtsinstituten und die Vorfragenanknüpfung besondere Herausforderungen. Die darüber hinausgehend erforderliche einheitliche Auslegung dieser Regeln kann ebenso wie eine einheitliche Qualifikation nur der EuGH gewährleisten, dem aber nicht alle Ausstellungsbehörden ihre Fragen zur Vorabentscheidung vorlegen dürfen.

5. Das ENZ etabliert ein eigenes Korpus an Zuständigkeits- und Verfahrensregeln, die unter weitestmöglicher Respektierung der Autonomie der Mitgliedstaaten die Funktionsfähigkeit des ENZ sicherstellen. Die Verordnung schafft zudem einen tauglichen Mechanismus zur Ausübung der Option.

6. Ob diese Option tatsächlich ausgeübt wird, hängt davon ab, ob sie dem Antragsteller gegenüber einem »annahmefähigen« nationalen Erbnachweis einen Vorteil bringt. Dies ist aufgrund der weitreichenden, einheitlichen Wirkungen und der sprachlichen und inhaltlichen Standardisierung grundsätzlich anzunehmen. Jedoch sind in Einzelfällen Schutzlücken denkbar. Auch müssen die praktische Handhabung des Verfahrens und die noch ausstehende Gestaltung der Formblätter Sorgen zerstreuen, das Verfahren zur Ausstellung eines ENZ könne übermäßig komplex sein.

7. Nach alledem stehen die Vorzeichen gut für einen Erfolg des ENZ. Ein Erfolg dieses von der EU entwickelten Regelungsmodells erlaubt zugleich einen Ausblick auf andere Regelungsbereiche. So wird das Modell beispielsweise auch – gegenüber einer bloßen »Anerkennung von Rechts wegen« der in einer Personenstandsurkunde deklaratorisch mitgeteilten Rechtslage – für das europäische Internationale Personenstandsrecht empfohlen.<sup>317</sup>

## Summary

### THE EUROPEAN CERTIFICATE OF SUCCESSION: AN OPTIONAL INSTRUMENT AS A CHALLENGE FOR PRIVATE INTERNATIONAL LAW

The legal systems of the EU Member States have developed varying instruments that enable an heir or legatee to prove his position and protect third parties dealing with the holder of such an instrument ("certificates of

<sup>317</sup> *Mansel*, Kritisches zur »Urkundsinhaltsanerkennung« (oben N. 144) 342.

succession”). However, these instruments are often of little use when presented abroad. In cases where the estate is located in more than one country, heirs or legatees are therefore required to apply for several national certificates. This will cost them time and money. The EU Succession Regulation (Reg. 650/2012) tackles this unsatisfying situation in two ways. On the one hand, Art. 59 on the “acceptance” of authentic instruments may promote the circulation of national certificates of succession. Under this approach, however, national certificates retain the effects attributed to them by their country of origin. On the other hand, therefore, Arts. 62 ff. create a supranational European Certificate of Succession (ECS) which may be applied for if heirs or legatees of a *legatum per vindicationem* need to invoke their status or exercise their rights in another Member State. The ECS does not replace the national systems but rather constitutes an optional instrument that may be applied for in lieu of a national certificate. In order to fulfil its purpose, the content of the ECS must be based on uniform private international law rules. Here, despite the harmonization efforts of the Regulation, three areas present particular challenges: (i) the relationship with conflicts rules for matrimonial property, (ii) dealing with legal institutes unknown to the legal system of the Member State where the ECS is presented, and (iii) determining the law applicable to incidental questions. Uniform interpretation and uniform characterization can only be safeguarded by the ECJ, to which, however, not all national authorities competent for issuing an ECS may refer their questions for a preliminary ruling. The ECS is based on a set of uniform rules on competence and procedure that respect the autonomy of the Member States and at the same time ensure that the ECS may perform its tasks. The question remains whether the ECS will be regarded as an attractive option compared to the existing national certificates. The far-reaching, uniform effects of the ECS and the advantages brought about by standardization regarding language and content speak in favour of the ECS. However, in certain areas a national certificate may afford a more comprehensive protection. Moreover, the implementation of the ECS into practice will have to allay the fear that its issuance may be excessively cumbersome.

