

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

Elisabeth Pünder

Gemeinschaftliche Testamente und die EU-Erbrechtsverordnung

Band 21



Wolfgang Metzner Verlag

Band 21

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

Herausgegeben von
Professor Dr. Anatol Dutta
Professor Dr. Tobias Helms
Professor Dr. Martin Löhnig
Professor Dr. Anne Röthel

Fortführung der
Schriften zum deutschen und ausländischen Familienrecht
und Staatsangehörigkeitsrecht.
Verlag für Standesamtswesen, 1998–2010.

Elisabeth Pünder

**Gemeinschaftliche Testamente
und die EU-Erbrechtsverordnung**



Wolfgang Metzner Verlag

© Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2018

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung außerhalb der Freigrenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

ISBN 978-3-96117-018-0 (Print)

ISBN 978-3-96117-019-7 (Online)

ISSN 2191-284X

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Für meine Großväter
Dieter Meißner und Dr. Albrecht Pünder

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Herbsttrimester 2017 von der Bucerius Law School in Hamburg als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung findet am 6. Dezember 2017 statt. Rechtsprechung und Literatur wurden bis Oktober 2016 berücksichtigt.

Allen voran gilt mein besonderer Dank meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Karsten Thorn, LL.M. (Georgetown), der das Thema dieser Arbeit angeregt und mich mit vielen wertvollen Ratschlägen unterstützt hat. Während meines Schwerpunktstudiums hat er mein Interesse für das Internationale Privatrecht geweckt. Herzlich bedanken möchte ich mich auch bei Frau Professor Dr. Anne Röthel für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und ihr Engagement für die Aufnahme meiner Arbeit in diese Schriftenreihe.

Ein großer Dank geht zudem an Eva, Luise und Fabian, die mich seit dem ersten Tag meines Studiums begleiten und stets ein offenes Ohr für mich haben. Ganz herzlich danken möchte ich schließlich meiner Familie, ohne die dieses Promotionsvorhaben nicht möglich gewesen wäre. Besonders danken möchte ich meiner Mutter für ihre Unterstützung beim Korrekturlesen dieser Arbeit und noch vielmehr für ihre unendliche Geduld und ihren Zuspruch.

Gewidmet ist diese Arbeit meinen Großvätern, die meine akademische Laufbahn stets mit besonders großem Interesse verfolgt haben. Ich hätte mich sehr gefreut, wenn sie die Fertigstellung dieser Arbeit erlebt hätten.

Elisabeth Pünder

Hamburg, im November 2017

Inhalt

Vorwort 1

Inhalt 2

Abkürzungsverzeichnis 12

Einleitung 22

A. Einführung in die Problematik 22

B. Bedeutung 24

C. Offene Fragen 25

D. Gang der Untersuchung 26

Kapitel 1

Das gemeinschaftliche Testament im materiellen Erbrecht der
EU-Mitgliedstaaten 28

A. Überblick 28

B. Rechtsgeschichtlicher Hintergrund 31

I. Die deutsch-rechtlichen Vergabungen 33

II. Das Testament nach römischem Recht 39

III. Einflüsse des römischen Rechts auf die Vergabungen von Todes wegen 41

IV. Die Entwicklung hin zum bindenden gemeinschaftlichen Testament 44

V. Die Entwicklung in anderen Rechtsordnungen 46

C. Die verschiedenen Rechtskreise 48

I. Deutscher Rechtskreis 49

II. Nordischer Rechtskreis 49

III. Rechtskreis des *Common Law* 50

IV. Romanischer Rechtskreis 51

V. (Ehemaliger) sozialistischer Rechtskreis 52

D. Länderberichte 54

I. Deutschland 55

1. Voraussetzungen und Wesen des gemeinschaftlichen Testaments 55

a) Testament von Ehegatten oder Lebenspartnern 56

b) Formprivileg 57

c) Gemeinschaftliche Errichtung 58

- aa) Objektive Theorie **59**
 - bb) Subjektive Theorie **60**
 - cc) Ergebnis **63**
 - 2. Erbrechtliche Wirkungen eines gemeinschaftlichen Testaments **63**
 - a) Arten des gemeinschaftlichen Testaments **63**
 - aa) Äußerlich gemeinschaftliches Testament **64**
 - bb) Gegenseitiges Testament **64**
 - cc) Wechselbezügliches Testament **64**
 - (1) Vorliegen wechselbezüglicher Verfügungen **65**
 - (2) Gesamtwirkung von Nichtigkeit und Widerruf **66**
 - b) Die Bindungswirkung wechselbezüglicher Verfügungen **67**
 - aa) Legitimation der Bindungswirkung **67**
 - bb) Die Bindung nach § 2271 BGB **68**
 - (1) Besondere Widerrufsform zu Lebzeiten beider Erblasser **69**
 - (2) Bindungswirkung beim Tod des Erstversterbenden **70**
 - (a) Ausschluss des Widerrufsrechts **70**
 - (b) Spätere Verfügung von Todes wegen **70**
 - (c) Keine lebzeitige Aushöhlung durch Verfügung unter Lebenden **71**
 - (d) Beseitigung der Bindungswirkung **72**
 - 3. Bedeutung des gemeinschaftlichen Testaments in Deutschland **73**
 - a) Gemeinschaftliches Testament und Erbvertrag **73**
 - b) Überflüssig oder „Erfolgsstory“? **75**
 - c) Bedeutung für das Kollisionsrecht **82**
- II. Österreich 82**
- 1. Voraussetzungen eines gemeinschaftlichen Testaments **83**
 - 2. Erbrechtliche Wirkungen **84**
 - a) Arten des gemeinschaftlichen Testaments **84**
 - b) Widerruflichkeit und Wechselbezüglichkeit **85**
- III. Schweden 86**
- 1. Voraussetzungen eines gemeinschaftlichen Testaments **86**
 - 2. Erbrechtliche Wirkungen **87**
- IV. England 88**
- 1. Voraussetzungen eines gemeinschaftlichen Testaments **89**
 - 2. (Erb-)Rechtliche Wirkungen **89**
 - a) Widerruflichkeit **90**
 - b) *Doctrine of mutual wills* **90**
 - aa) Voraussetzungen **91**
 - bb) Bindungswirkung **93**

cc) Wirkung eines constructive trust	94
V. Frankreich	96
1. Art des Verbots	96
2. Reichweite des Verbots	97
VI. Italien	99
1. Art des Verbots	99
2. Reichweite des Verbots	100
E. Das gemeinschaftliche Testament in Europa	101
I. Argumente gegen gemeinschaftliche Testamente	102
1. Testierfreiheit und freie Widerruflichkeit	102
a) Verfassungsrechtliche Grundlagen	103
b) Argument gegen Wechselbezüglichkeit	104
c) Argument gegen eine Bindungswirkung	104
2. Schutz vor Beeinflussung	105
3. Form- und Beweiszwecke	106
II. Voraussetzungen gemeinschaftlicher Testamente	107
1. Personenkreis	107
2. Form	109
III. Erbrechtliche Wirkungen	111
1. Deutsche Differenzierung als Grundlage?	111
a) Zwei Kategorien ohne unterschiedliche Rechtswirkungen	111
b) Eine Kategorie mit unterschiedlichen Rechtswirkungen	112
2. Alternative Differenzierung	113
a) Verbindung in einer Urkunde	113
b) Abhängigkeit im Bestand	115
aa) Unterschiedliche Ausgestaltungen	115
bb) Beschränkung auf bestimmte Verfügungen	116
cc) Annahme eines Abhängigkeitsverhältnisses	116
c) Bindungswirkung	117
F. Zusammenfassung	119

Kapitel 2

Überblick über das deutsche Erbkollisionsrecht: gemeinschaftliche Testamente unter Geltung des EGBGB a.F. 122

A. Rechtsquellen 122

B. Anknüpfung nach dem EGBGB 123

 I. Erbstatut 124

1. Ermittlung des Erbstatuts	124
a) Grundsatz: objektive Anknüpfung und Nachlassseinheit	124
b) Ausnahme: Teilrechtswahl	125
aa) Beschränkte Rechtswahl für im Inland belegene Immobilien	125
bb) Möglichkeit einer bindenden Rechtswahl	125
c) Ausnahme: Sonderregelung für eingetragene Lebenspartner	126
2. Geltungsbereich des Erbstatuts	127
II. Formstatut	128
III. Errichtungsstatut	129
1. Bedeutung des Errichtungsstatuts	130
2. Mehrere Errichtungsstatute bei einem gemeinschaftlichen Testament	131
IV. Abgrenzung des Erb-, Form- und Errichtungsstatuts	134
1. Fragen der materiellen Gültigkeit	135
2. Fragen der Form	136
3. Verbote gemeinschaftlicher Testamente – eine Frage der Form oder der materiellen Gültigkeit?	137
a) Lösung der herrschenden Meinung: funktionale Qualifikation	138
aa) Funktionale Qualifikation	138
bb) Anwendung auf Verbote gemeinschaftlicher Testamente	139
cc) Schwächen der herrschenden Meinung	140
b) Zweite Lösung: Qualifikation nach der <i>lex causae</i>	141
c) Dritte Lösung: Qualifikation nach der <i>lex fori</i> als Formvorschrift	142
d) Vierte Lösung: Qualifikation nach der <i>lex fori</i> als inhaltliches Verbot	144
e) Ergebnis	144
4. Fragen des Inhalts und der Wirkung	145
a) Grundsatz: Geltung des Erbstatuts	145
b) Ausnahme: Geltung des Errichtungsstatuts für die Bindungswirkung	146
C. Zusammenfassung	148

Kapitel 3

Gemeinschaftliche Testamente in der EuErbVO 151

A. Hintergrund und Bedeutung der EuErbVO 151

I. Verfolgte Ziele	151
II. Entstehungsgeschichte	154
III. Anwendungsbereich	156
IV. Das Gefüge der Rechtsquellen	158

1. Die Normenhierarchie **158**
 - a) Verhältnis zum nationalen Recht **159**
 - b) Verhältnis zu internationalen Übereinkommen **159**
 - c) Gesetz zur Durchführung der EuErbVO **160**
 2. Auslegung **162**
 - a) Autonome Auslegung **162**
 - b) Verhältnis zu anderen EU-Rechtsakten **164**
 - c) Verhältnis zu völkervertraglichen Übereinkommen **164**
 - d) Vorabentscheidung durch den EuGH **165**
- B. Die Kollisionsnormen der EuErbVO 165**
- I. Allgemeine Regelungen (Überblick) **166**
 - II. Das Erbstatut **167**
 1. Subjektive Anknüpfung: Rechtswahl **167**
 - a) Eingeschränkte Rechtswahlfreiheit **168**
 - aa) Wahl des Heimatrechts im Zeitpunkt der Rechtswahl **169**
 - bb) Wahl des Heimatrechts im Todeszeitpunkt **171**
 - cc) Rechtswahlmöglichkeiten in einer gemeinschaftlichen Verfügung von Todes wegen **173**
 - b) Die Rechtswahlerklärung **174**
 - aa) Inhalt und Form der Rechtswahlerklärung **174**
 - bb) Konkludente Rechtswahl **175**
 - cc) Materielle Wirksamkeit der Rechtswahl **177**
 - c) Unwirksame Rechtswahl **178**
 - d) Änderung und Widerruf einer Rechtswahl **179**
 - aa) Zulässigkeit eines Widerrufs oder einer Änderung: bindende Rechtswahl? **179**
 - (1) Anwendbares Recht **181**
 - (2) Bindende Rechtswahl zugunsten deutschen Rechts? **181**
 - bb) Form der Widerrufserklärung **182**
 - cc) Materielle Wirksamkeit der Widerrufserklärung **183**
 2. Objektive Anknüpfung **184**
 - a) Der gewöhnliche Aufenthalt **184**
 - b) Ausweisklausel **188**
 3. Grundsatz der Nachlassseinheit **189**
 4. Anwendungsbereich des Erbstatuts **190**
 - III. Sonderkollisionsnormen für Verfügungen von Todes wegen **191**
 1. Das Formstatut **192**

- a) Sinn und Zweck der Sonderregelung **193**
- b) Anknüpfung der Form **193**
 - aa) Systematik der Rechtsquellen **193**
 - bb) Die verschiedenen Anknüpfungsmomente **195**
- c) Anwendungsbereich des Formstatuts **197**
- 2. Das Errichtungsstatut **197**
 - a) Sinn und Zweck der Sonderregelungen **198**
 - aa) Zulässigkeit und materielle Wirksamkeit **198**
 - bb) Bindungswirkung **199**
 - cc) Konsequenzen **199**
 - b) Anwendungsbereich des Errichtungsstatuts **200**
 - aa) Zulässigkeit **200**
 - bb) Materielle Wirksamkeit **201**
 - cc) Bindungswirkung **203**
 - (1) Bedeutung des Begriffes **203**
 - (2) Schutz der Bindungswirkung sonstiger Verfügungen von Todes wegen **204**
 - dd) Bedeutung für die Anknüpfung eines gemeinschaftlichen Testaments **206**
- 3. Unterscheidung zwischen Erbverträgen und sonstigen Verfügungen von Todes wegen **206**
 - a) Sinn und Zweck der Unterscheidung **207**
 - b) Sonderregelungen für Verfügungen von Todes wegen außer Erbverträge **207**
 - aa) Bestimmung des Errichtungsstatuts nach Art. 24 Abs. 1 EuErbVO **207**
 - bb) Teilrechtswahl nach Art. 24 Abs. 2 EuErbVO **210**
 - c) Sonderregelungen für Erbverträge **211**
 - aa) Einseitiger Erbvertrag (Abs. 1) **212**
 - bb) Mehrseitiger Erbvertrag (Abs. 2) **212**
 - (1) Zulässigkeit (UAbs. 1) **213**
 - (2) Materielle Wirksamkeit und Bindungswirkung (UAbs. 2) **213**
 - cc) Wahl des Errichtungsstatuts (Abs. 3) **215**
 - (1) Verhältnis zur Rechtswahl nach Art. 22 Abs. 1 EuErbVO **215**
 - (2) Bindungswirkung einer Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 3 EuErbVO **217**
- C. Qualifikationsprobleme bei gemeinschaftlichen Testamenten **219**
 - I. Problem der Qualifikation **219**

1. Abgrenzungsfunktion **219**
 2. Vorliegen eines Qualifikationsproblems **220**
 - a) Im nationalen Recht **220**
 - b) Im EU-Recht **221**
 - c) Qualifikationsprobleme bei gemeinschaftlichen Testamenten **222**
 3. Methode der Qualifikation **223**
 - a) Auslegung und Subsumtion **224**
 - b) Primär- und Sekundärqualifikation **225**
 - c) Qualifikationsgegenstand **227**
 - d) Qualifikationsstatut **228**
 - aa) Nationales IPR: funktionale Qualifikation **228**
 - bb) Europäisches IPR: autonome Qualifikation **229**
- II. Erbverträge oder sonstige Verfügung von Todes wegen **234****
1. Problemstellung **235**
 2. Vorgeschlagene Lösungsmöglichkeiten **236**
 - a) Sonstige Verfügung von Todes wegen: Art. 24 EuErbVO **236**
 - b) Unterscheidung nach der äußeren Form **237**
 - c) Unterscheidung nach den getroffenen Verfügungen **238**
 - d) Erbvertrag: Art. 25 EuErbVO **240**
 3. Lösung im Wege der Qualifikation **241**
 - a) Wortlaut **241**
 - aa) Definition der Verfügung von Todes wegen (Art. 3 Abs. 1 lit. d EuErbVO) **242**
 - bb) Definition des gemeinschaftlichen Testaments (Art. 3 Abs. 1 lit. c EuErbVO) **242**
 - cc) Definition des Erbvertrages (Art. 3 Abs. 1 lit. b EuErbVO) **243**
 - (1) Vereinbarung **244**
 - (2) Aufgrund gegenseitiger Testamente **250**
 - dd) Zwischenergebnis **252**
 - b) Systematik **254**
 - aa) Zusammenschau der Definitionen in Art. 3 Abs. 1 lit. b-d EuErbVO **255**
 - (1) Alternativverhältnis **255**
 - (2) Überschneidung **256**
 - (a) Folge aus der Wahl unterschiedlicher, d.h. formaler und materiell-rechtlicher Kriterien für die Definitionen **256**
 - (b) Bedeutung der Verwendung von Singular und Plural in den Definitionen **257**
 - (c) Zwischenergebnis **259**

- bb) Verwendung der Definitionen in der Verordnung **259**
 - (1) Amtliche Überschrift und Wortlaut der Art. 24 und 25 EuErbVO **259**
 - (2) Verhältnis zum HTÜ **260**
- c) Historie **261**
 - aa) Ursprung der Definitionen des Kommissionsvorschlags **262**
 - bb) Sonderkollisionsnorm für Erbverträge im Kommissionsvorschlag **263**
 - cc) Änderungen in der EuErbVO **264**
 - (1) Kritik an den Definitionen **265**
 - (2) Änderungen der Definitionen **265**
 - (3) Einführung der Definition der Verfügung von Todes wegen **268**
 - (4) Einführung des Art. 24 EuErbVO **268**
 - dd) Erkenntnisse aus der historischen Auslegung **269**
- d) Zusammenschau der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen **269**
- e) Sinn und Zweck **271**
 - aa) Konsequenzen einer Anwendung von Art. 24 EuErbVO **272**
 - (1) Kein Schutz der Bindungswirkung durch Art. 24 EuErbVO **272**
 - (2) Vorzüge des Art. 25 EuErbVO bei objektiver Anknüpfung **273**
 - (3) Vorzüge einer Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 3 EuErbVO **274**
 - (4) Bindende Rechtswahl(en) **274**
 - bb) Lösung durch Anwendung der Wertungen des Art. 25 EuErbVO? **276**
 - cc) Folgen für die unterschiedlichen Arten des gemeinschaftlichen Testaments **277**
 - (1) Äußerlich gemeinschaftliche Testamente **278**
 - (2) Inhaltlich verknüpfte letztwillige Verfügungen **278**
 - dd) Zwischenergebnis **279**
- f) Folgerungen für die Einordnung gemeinschaftlicher Testamente **281**
 - aa) Mutual wills mit agreement not to revoke **282**
 - bb) Gemeinschaftliche Testamente **284**
 - (1) Einbeziehung bindender gemeinschaftlicher Testamente **285**
 - (a) Erfordernis einer vertraglichen Bindung? **285**
 - (b) Erfordernis einer „strikten“ Bindungswirkung? **287**
 - (c) Bindung im weiten Sinne **288**
 - (2) Einbeziehung wechselbezüglicher Testamente **289**
 - (a) Vereinbarung aufgrund gegenseitiger Testamente **289**
 - (b) „Vermutete“ Wechselbezüglichkeit **290**
 - (3) Gemeinschaftliche Testamente mit gegenseitigen Verfügungen **291**

- (a) Erfordernis einer gegenseitigen Begünstigung? **292**
 - (b) Einbeziehung gemeinschaftlicher Testamente mit gegenseitiger Begünstigung? **292**
 - (4) Äußerlich gemeinschaftliche Testamente **294**
 - (5) Einseitig wechselbezügliche oder bindende gemeinschaftliche Testamente **295**
- cc) Folgeproblem: Feststellung der Wechselbezüglichkeit zum Zwecke der Qualifikation? **297**
 - (1) Erste Ansicht: Vorliegen einer Erstfrage und Anwendung des Art. 24 EuErbVO **297**
 - (2) Zweite Ansicht: „Vorprüfung“ unter Heranziehung des Art. 25 Abs. 2 UAbs. 1 EuErbVO **298**
 - (3) Eigener Vorschlag: Anwendung des Art. 25 Abs. 2 UAbs. 2 oder Abs. 3 EuErbVO **300**
 - (4) Zwischenergebnis **301**
- 4. Ergebnis **301**
 - a) „Exportierbarkeit“ gemeinschaftlicher Testamente **301**
 - b) Anwendungsbereich von Art. 24, Art. 25 Abs. 1 und 2 EuErbVO **302**
 - c) Folge für die Anknüpfung der Form **303**
- III. Verbote gemeinschaftlicher Testamente **305**
 - 1. Problemstellung **305**
 - 2. Lösung unter Geltung des EGBGB **306**
 - 3. Lösung im Rahmen der EuErbVO **307**
 - a) Einheitliche Qualifikation als Formfrage **307**
 - aa) Ansicht von Süß **307**
 - bb) Bewertung **308**
 - b) Einheitliche Qualifikation als Frage der Zulässigkeit **310**
 - c) Differenzierende Betrachtung **311**
 - aa) Frage der Form oder der Zulässigkeit **311**
 - bb) Frage der Form oder der materiellen Wirksamkeit **313**
 - (1) Ansicht von Nordmeier **313**
 - (2) Bewertung **313**
 - d) Stellungnahme **314**
 - 4. Ergebnis **316**
- D. Gemeinschaftliche Testamente und der *ordre public* **317**
- E. Übergangsbestimmungen **320**
 - I. Übergangsregelung für „alte“ Rechtswahlen **322**
 - II. Übergangsregelung für „alte“ Verfügungen von Todes wegen **326**
 - 1. Zulässigkeit und Wirksamkeit alter Verfügungen von Todes wegen **327**
 - 2. Bindungswirkung alter Verfügungen von Todes wegen **328**

III. Fiktion einer Rechtswahl	330
1. Eingreifen der Fiktion	331
2. Konsequenzen für die Bindungswirkung alter Verfügungen von Todes wegen	332
F. Zusammenfassung	333
Schlussbemerkung	338
Literaturverzeichnis	340
Materialien	363
Entscheidungsregister	366

Einleitung

A. Einführung in die Problematik

Das gemeinschaftliche Testament wird als „Zankapfel des IPR“¹ bezeichnet, und das bereits seit vielen Jahrzehnten. Die Diskussionen, die dieses Rechtsinstitut auf Ebene des Kollisionsrechts hervorruft, lassen sich vielfach auf seine eigentümliche Ausgestaltung im materiellen Recht zurückführen. In Deutschland bezweifelten bereits die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB), ob die Beibehaltung eines gemeinschaftlichen Testaments sinnvoll sei. Das gemeinschaftliche Testament sei eine „unklare Mitte zwischen Erbvertrag und Testament“². Diese Zweifelsbekundung umschreibt das Problem, das gemeinschaftliche Testamente nunmehr im europäischen Internationalen Erbrecht aufwerfen, sehr passend. Die Problematik um die kollisionsrechtliche Behandlung gemeinschaftlicher Testamente hat eine neue Dimension erhalten seit Geltung der 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 (EuErbVO)³. Unter Anwendung der EuErbVO stellt sich vor allem die Frage, ob gemeinschaftliche Testamente als Erbvertrag i.S. der Verordnung qualifiziert werden können.

Die EuErbVO findet seit dem 17. August 2015 in den europäischen Mitgliedstaaten, mit Ausnahme des Vereinigten Königreichs, Irlands und Dänemarks,⁴ Anwendung. Es war das Ziel des europäischen Gesetzgebers, durch einheitliche Zuständigkeits-, Kollisions-, Anerkennungs- und Vollstreckungsregeln, sowie durch die Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses die Abwicklung von Erbfällen mit grenzüberschreitendem Bezug zu vereinfachen. Die EuErbVO ist auf die Rechtsnachfolge aller Personen anzuwenden, die am oder nach dem 17. August 2015 verstorben sind (Art. 83 Abs. 1 EuErbVO). Sie führt einen Paradigmenwechsel herbei in allen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, wie z.B. der deutschen, die bislang an die Staatsangehörigkeit angeknüpft haben, indem sie die Rechtsnachfolge von Todes wegen nunmehr dem Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Erb-

¹ Raape, IPR, S. 426.

² Motive V, S. 253.

³ ABI. EU L 201 vom 27. Juli 2012, S. 107-134.

⁴ Erwägungsgründe 82 und 83. Siehe Kap. 3 A.III, S. 156 zum Anwendungsbereich der EuErbVO.

lassers unterstellt. Als „Ausgleich“ sieht die EuErbVO die Möglichkeit einer Rechtswahl zugunsten des Heimatrechts des Erblassers vor.

Die einheitlichen Kollisionsnormen der EuErbVO fördern den internationalen Entscheidungseinklang und vereinfachen sowohl die Nachlassplanung als auch die Nachlassabwicklung erheblich. Sie stellen einen großen Fortschritt in der Vereinheitlichung des europäischen Kollisionsrechts dar. Allerdings beantwortet die EuErbVO nicht alle Streitfragen des Internationalen Erbrechts und wirft darüber hinaus eine Reihe neuer Fragen auf. Das gemeinschaftliche Testament macht seinem Ruf als „Zankapfel“ dabei alle Ehre. Die zahlreichen Veröffentlichungen zur kollisionsrechtlichen Behandlung gemeinschaftlicher Testamente im Rahmen der EuErbVO zeugen davon.

Die Diskussion um die Anknüpfung gemeinschaftlicher Testamente verkompliziert sich ganz erheblich dadurch, dass die europäischen Mitgliedstaaten eine unterschiedliche Rechtsauffassung von diesem erbrechtlichen Gestaltungsmittel haben. Einige europäische Staaten verbieten gemeinschaftliche Testamente, vor allem zum Schutz der Testierfreiheit und der freien Widerruflichkeit letztwilliger Verfügungen. Dort, wo das gemeinschaftliche Testament erlaubt ist, ist es unterschiedlich ausgestaltet. Sowohl die Voraussetzungen als auch die rechtlichen Wirkungen weichen mitunter deutlich von denen des deutschen gemeinschaftlichen Testaments nach §§ 2265 ff. BGB ab. Bereits bei kursorischer Betrachtung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen ergibt sich ein uneinheitliches Bild. Ein tiefergehender Blick auf einige ausgewählte europäische Rechtsordnungen aus verschiedenen Rechtskreisen wird offenbaren, dass selbst (nahezu) gleichlautende Verbote gemeinschaftlicher Testamente unterschiedlich weit greifen. Es wird sich zeigen, dass der Begriff des gemeinschaftlichen Testaments letztlich unterschiedliche Rechtsinstitute bezeichnet und dass eine allgemeingültige Definition daher nicht möglich ist. Selbst in Deutschland wird anhand der jeweils getroffenen Verfügungen bereits zwischen drei Arten des gemeinschaftlichen Testaments differenziert, zwischen äußerlich gemeinschaftlichen, gegenseitigen und wechselbezüglichen gemeinschaftlichen Testamenten. Der Begriff des gemeinschaftlichen Testaments ist daher als eine Art Sammelbegriff zu verstehen.

Der Begriff umfasst sowohl letztwillige Verfügungen, die formal verbunden, d.h. in einer Urkunde zusammengefasst sind, als auch solche, die eine inhaltliche Verknüpfung aufweisen, in Form von Wechselbezüglichkeit oder sogar einer Bindungswirkung. Die erstgenannte Art des gemeinschaftlichen Testaments, das äußerlich gemeinschaftliche Testament, kann als „kleinster gemeinsamer Nenner“⁵

⁵ Bachmayer, BWNotZ 2009, 28, 31.

bezeichnet werden.⁶ Als „Mindest-Merkmal“ eignet sich Urkundeneinheit, also die formale Verknüpfung mehrerer letztwilliger Verfügungen in einem Dokument, jedoch nicht. Es vermag beispielsweise das deutsche wechselbezügliche Ehegattentestament, das in zwei Urkunden niedergelegt ist, nicht zu erfassen. Aus deutscher Sicht kommt es nicht auf das formale Kriterium der Urkundeneinheit an, sondern auf den Willen, gemeinschaftlich zu testieren.⁷ Hier zeigt sich bereits, warum eine Definition des gemeinschaftlichen Testaments so schwierig ist. Sinnvoller erscheint eine Differenzierung, die sich an den unterschiedlichen erbrechtlichen Wirkungen orientiert, die von einem gemeinschaftlichen Testament ausgehen können.

B. Bedeutung

Die kollisionsrechtliche Behandlung gemeinschaftlicher Testamente ist von großer praktischer Bedeutung, insbesondere für Staaten wie Deutschland, die wechselbezügliche und bindende gemeinschaftliche Testamente kennen. Es geht um die Wirksamkeit und den Erhalt der besonderen erbrechtlichen Wirkungen dieser Testamente bei Erbfällen mit grenzüberschreitendem Bezug. Obwohl sich das gemeinschaftliche Testament in Deutschland seit der Einführung des BGB immer wieder Kritik ausgesetzt sieht,⁸ wird es als erbrechtliches Gestaltungsmittel von der Bevölkerung geschätzt. Nach einer Studie des Instituts für Demoskopie Allensbach (IfD) aus dem Jahr 2012 handelt es sich sogar bei jedem zweiten deutschen Testament um ein Berliner Testament, mithin um ein gemeinschaftliches Testament.⁹ Vor allem die Bindungswirkung wechselbezoglicher Verfügungen ist erwünscht, obwohl sie mitunter zum Fallstrick wird. Auch in anderen europäischen Staaten stellen gemeinschaftliche Testamente, insbesondere unter Ehegatten, eine beliebte Art des Testierens dar.¹⁰ Die baltischen Staaten und Ungarn haben sich – zum Teil erst in den letzten Jahren – bewusst für die Einführung eines gemeinschaftlichen Testaments entschieden.¹¹

⁶ Wie sich zeigen wird, knüpfen sowohl die Definition der EuErbVO in Art. 3 Abs. 1 lit. c als auch die des Haager Übereinkommens über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht vom 5. Oktober 1961 (HTÜ) in Art. 4 an das Kriterium der Urkundeneinheit an. Die deutsche (nicht authentische) Übersetzung des HTÜ ist abgedruckt bei *Jayme/Hausmann*, Nr. 60.

⁷ Dies war allerdings lange Zeit strittig, siehe Kap. 1 D.I.1.c), S. 58.

⁸ Vgl. etwa das Gutachten von *Röthel* zum 68. Deutschen Juristentag (DJT), hierzu Kap. 1 D.I.3, S. 73.

⁹ *IfD*, Postbank Studie 2012.

¹⁰ Siehe z.B. zum estnischen Recht, *Liin/Göttig*, in: Schmoeckel/Otte, Testamentsformen, S. 83, 97. Vgl. auch die Änderungen zum gemeinschaftlichen Testament im dänischen Recht im Rahmen der Erbrechtsreform zum 1. Januar 2008, *Steiniger*, ZErB 2007, 434 f.

¹¹ Siehe Kap. 1 C.V, S. 52. Ungarn hat das gemeinschaftliche Testament zwischen Ehegatten etwa im Rahmen der Erbrechtsreform im Jahr 2013 eingeführt, *Tóth*, in: Süß, Erbrecht in Europa, Ungarn, Rn. 28, 90.

C. Offene Fragen

Im Mittelpunkt dieser Arbeit stehen die Kollisionsnormen der EuErbVO. Diese sind ebenso wie die Verordnung insgesamt aus einem langwierigen Entstehungsprozess hervorgegangen. Die EuErbVO ist bislang der umfangreichste Rechtsakt im europäischen Internationalen Privatrecht (IPR).¹² Bereits Umfang und Entstehungsgeschichte der EuErbVO legen nahe, dass zahlreiche Kompromisse erforderlich waren, um dieses Gesetzgebungsvorhaben in die Tat umzusetzen. Es ist wenig überraschend, dass dabei nicht auf alle rechtlichen Besonderheiten der Mitgliedsstaaten eingegangen werden konnte. Eine rechtliche Besonderheit, der – zumindest auf den ersten Blick – keine eigene Regelung zuteil geworden ist, ist das gemeinschaftliche Testament. Die vorliegende Arbeit befasst sich daher mit der Frage, wie gemeinschaftliche Testamente unter Anwendung der EuErbVO kollisionsrechtlich zu behandeln sind.

Die EuErbVO kennt – ebenso wie das bislang geltende deutsche Internationale Erbrecht – neben dem Erbstatut auch ein Form- und Errichtungsstatut, wenn der Erblasser eine Verfügung von Todes wegen errichtet hat. Anders als Art. 25 und 26 EGBGB¹³ unterscheidet die EuErbVO für die Anknüpfung des Errichtungsstatuts – und gegebenenfalls auch des Formstatuts – darüber hinaus zwischen Erbverträgen i.S. des Art. 3 Abs. 1 lit. b EuErbVO und anderen Verfügungen von Todes wegen, namentlich Testamenten und gemeinschaftlichen Testamenten i.S. des Art. 3 Abs. 1 lit. c EuErbVO. Diesen Differenzierungen liegen sinnvolle Schutzerwägungen des europäischen Gesetzgebers zugrunde. Sie führen jedoch auch zu Abgrenzungs- und Qualifikationsproblemen. Diese werden dadurch verschärft, dass die (europäischen) Rechtsordnungen materiell-rechtlich ganz unterschiedliche Rechtsauffassungen vom gemeinschaftlichen Testament zugrunde legen.

Im Fokus stehen zwei Qualifikationsprobleme, die die Anknüpfung gemeinschaftlicher Testamente erheblich erschweren und sich entscheidend auf deren Wirksamkeit und besondere erbrechtliche Wirkungen – Wechselbezüglichkeit und Bindung – auswirken. Da sich ein Erbvertrag i.S. der Verordnung auch aus einer „Vereinbarung aufgrund gegenseitiger Testamente“ ergeben kann, ist zum einen strittig, ob (bestimmte) gemeinschaftliche Testamente als Erbvertrag i.S. der Verordnung qualifiziert werden können. Dies hätte eine Anknüpfung gemäß Art. 25 EuErbVO zur Folge, der Sonderregelungen für Erbverträge vorsieht und auf mehrseitige Verfügungen von Todes wegen zugeschnitten ist. Zum anderen stellt

¹² Palandt-*Thorn*, Vorbem. EuErbVO, Rn. 1.

¹³ Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. September 1994, BGBl. 1994 I, S. 2494; 1997 I, S. 1061, zuletzt geändert durch Gesetz vom 8. Juli 2016, BGBl. 2016 I, S. 1594.

sich – wie bereits unter Geltung des EGBGB – die Frage, wie Verbote gemeinschaftlicher Testamente zu qualifizieren sind.

Ein besonderes Augenmerk soll auch auf die Regelungen zur Rechtswahl gelegt werden. Die Rechtswahl wird nicht nur allgemein an Bedeutung gewinnen. Sie ist insbesondere für die Verfasser eines gemeinschaftlichen Testaments ein wichtiges Instrument, um die Wirksamkeit und den Erhalt der Wirkungen ihrer Verfügung von Todes wegen sicherzustellen. So ist zu ermitteln, ob und gegebenenfalls wie sich die Verfasser eines gemeinschaftlichen Testaments abstimmen können, um ihre gewillkürte Rechtsnachfolge von Todes wegen möglichst einer einheitlichen Rechtsordnung zu unterstellen, um eine unterschiedliche Bewertung durch verschiedene Rechte zu vermeiden und die eigenen Vorstellungen bestmöglich umzusetzen. Wie zu sehen sein wird, bringt insofern auch das deutsche Durchführungsgesetz zur EuErbVO¹⁴ eine Neuerung mit sich. Es beendet einen „klassischen Streit“ des Internationalen Erbrechts, indem es die Frage adressiert, ob eine Rechtswahl in einem gemeinschaftlichen Testament Gegenstand einer wechselseitigen und bindenden Verfügung sein kann.

D. Gang der Untersuchung

Das erste Kapitel dieser Arbeit befasst sich mit dem gemeinschaftlichen Testament im materiellen Recht der europäischen Mitgliedstaaten und seiner historischen Herkunft. Ziel ist es aufzuzeigen, dass die EU-Mitgliedstaaten mit dem Begriff des gemeinschaftlichen Testaments unterschiedliche – oder zumindest voneinander abweichende – Rechtsinstitute verbinden. Dies wird insbesondere ein Blick auf das gemeinschaftliche Testament im deutschen, österreichischen, schwedischen und englischen Recht zeigen. Dass auch Verbote gemeinschaftlicher Testamente in ihrer Reichweite divergieren können, verdeutlichen das französische und italienische Recht.

Das zweite Kapitel befasst sich mit der Anknüpfung gemeinschaftlicher Testamente unter Geltung des EGBGB. Gegenstand des dritten Kapitels sind sodann die EuErbVO bzw. ihre Kollisionsnormen. Nach einigen allgemeinen Informationen zur EuErbVO, soll zunächst auf die Systematik der Kollisionsnormen eingegangen werden, soweit sie für die Anknüpfung gemeinschaftlicher Testamente von Relevanz ist. Nach einer kurzen Darstellung der Methode der Qualifikation, werden die beiden soeben genannten Qualifikationsprobleme erörtert. Zuerst wird die Frage

¹⁴ Gesetz zum Internationalen Erbrecht und zur Änderung von Vorschriften zum Erbschein sowie zur Änderung sonstiger Vorschriften vom 29. Juni 2015, BGBl. 2015 I, S. 1042.

beantwortet, ob gemeinschaftliche Testamente als Erbvertrag qualifiziert werden können und Art. 25 EuErbVO unterfallen. Als zweites wird darauf eingegangen, wie Verbote gemeinschaftlicher Testamente im Rahmen der EuErbVO zu qualifizieren sind. Die bereits vorgelegten Lösungsvorschläge und ihre Konsequenzen werden jeweils eingehend diskutiert. Im Rahmen des Ergebnisses sollen die Anwendungsbereiche der verschiedenen Kollisionsnormen voneinander abgegrenzt werden.

Zuletzt soll auf die Übergangsbestimmungen der Verordnung eingegangen werden. Auch sie werfen im Hinblick auf gemeinschaftliche Testamente einige Fragen auf. Art. 83 Abs. 2-4 EuErbVO sieht Sonderregeln für Rechtswahlen und Verfügungen von Todes wegen vor, die vor dem 17. August 2015 getroffen wurden, die jedoch in den zeitlichen Anwendungsbereich der Verordnung fallen, da der Erblasser am oder nach diesem Tag verstorben ist.

Kapitel 1

Das gemeinschaftliche Testament im materiellen Erbrecht der EU-Mitgliedstaaten

Zunächst soll das Rechtsinstitut des gemeinschaftlichen Testaments vorgestellt werden. Es tritt in einer Reihe von EU-Mitgliedstaaten in unterschiedlicher Form auf. In anderen Rechtsordnungen ist es gänzlich unbekannt oder sogar ausdrücklich verboten. Vorangestellt ist daher eine kurze Übersicht über die Verbreitung des gemeinschaftlichen Testaments in Europa.

A. Überblick

Bereits ein cursorischer Überblick über die Rechtsordnungen der europäischen Mitgliedstaaten ergibt ein geteiltes Bild hinsichtlich der Anerkennung von gemeinschaftlichen Testamenten. Außer Acht gelassen ist im Folgenden, ob ein gemeinschaftliches Testament wechselbezüglich und/oder bindend ausgestaltet werden kann.

1	Belgien	verboten	Art. 968 belg. Cc
2	Bulgarien	verboten	Art. 15 bulgarisches ErbG (Закон за наследството)
3	Dänemark	zulässig ¹⁵	§§ 80-89 ARL (2008)
4	Deutschland	(für bestimmte Personen) zulässig ¹⁶	§§ 2265 ff. BGB, 10 Abs. 4 LPartG
5	Estland	(für bestimmte Personen) zulässig ¹⁷	§§ 89-94 estnisches ErbG (Pärimisseadus)
6	Finnland	zulässig ¹⁸	vgl. PK 10:7
7	Frankreich	verboten	Art. 968 franz. Cc

¹⁵ Ring/Olsen-Ring, in: Süß, Erbrecht in Europa, Dänemark, Rn. 67-75.

¹⁶ Siehe Länderbericht Deutschland, D.I.1, S. 55.

¹⁷ Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann-Schulze, Estland, Rn. 175-177; Bergmann/Saabner, in: Süß, Erbrecht in Europa, Estland, Rn. 39 f.; Lün/Göttig, in: Schmoeckel/Otte, Testamentsformen S. 83, 96 f.

¹⁸ Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann-Mincke, Finnland, Rn. 155-158; von Knorrr/Mincke, in: Süß, Erbrecht in Europa, Finnland, Rn. 67.

8	Griechenland	verboten	Art. 1717 griechisches ZGB (Astikos Kodix)
9	Irland	zulässig ¹⁹	
10	Italien	verboten	Art. 589, 635 ital. Cc
11	Kroatien	Verbot einer inhaltlichen Verknüpfung ²⁰	vgl. Art. 102 kroatisches ErbG (Zakon o nasljeđivanju)
12	Lettland	zulässig ²¹	Art. 604-612 lettisches ZGB (Civillikums)
13	Litauen	(für bestimmte Personen) zulässig ²²	Art. 5.43-5.49 litauisches ZGB (Lietuvos respublikos Civilinis kodeksas)
14	Luxemburg	verboten	Art. 968 lux. Cc
15	Malta	(für bestimmte Personen) zulässig ²³	Art. 592-595 malt. CC
16	Niederlande	verboten	Art. 4:93 NBW (zuvor Art. 977, 1000 BW)
17	Österreich	(für bestimmte Personen) zulässig ²⁴	§§ 583, 1248 ABGB a.F. (in Zukunft § 586 ABGB n.F.)
18	Polen	verboten ²⁵	Art. 942 polnisches ZGB (Kodeks cywilny)
19	Portugal	verboten	Art. 2181 port. Cc
20	Rumänien	verboten	Art. 1036 rumän. Cc (zuvor: Art. 857, 938 rumän. Cc a.F.)
21	Schweden	zulässig ²⁶	vgl. ÄB 10:7
22	Slowakei	verboten	§ 476 Abs. 3 slowakisches ZGB (Občiansky zákonník)

¹⁹ Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann-Coester-Waltjen/Jakob, Irland, Rn. 57, 60; Worthmann, in: Süß, Erbrecht in Europa, Irland, Rn. 48-51.

²⁰ Gemeint ist eine gegenseitige Abhängigkeit bzw. Wechselbezüglichkeit der Verfügungen; OLG Zweibrücken, ZEV 2003, 162 mit Anm. von Süß; NK-Kristić, ErbR Kroatien, Rn. 100; Süß, in: Süß, Erbrecht in Europa, Kroatien, Rn. 17.

²¹ Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann-Schulze, Lettland, Rn. 108 f.; Klauber/Balode-Buraka, in: Süß, Erbrecht in Europa, Lettland, Rn. 17, 32.

²² Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann-Schulze, Litauen, Rn. 278-291; Heemann, in: Süß, Erbrecht in Europa, Litauen, Rn. 35 f.; Liin/Göttig, in: Schmoeckel/Otte, Testamentsformen, S. 83, 96.

²³ Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann-Pisani, Malta, Rn. 52-56; Süß, in: Süß, Erbrecht in Europa, Malta, Rn. 9.

²⁴ Siehe Länderbericht Österreich, D.II, S. 82.

²⁵ Polen diskutiert die Einführung eines gemeinschaftlichen Testaments, siehe C.V, S. 52 mit Fn. 207.

²⁶ Siehe Länderbericht Schweden, D.III, S. 86.