

Wien, den 29. September 2005

**Stellungnahme zum
Grünbuch Erb- und Testamentsrecht
der Europäischen Kommission
(KOM (2005) 65 endgültig vom 1. März 2005)**

Frage 1: *Welche erbrechtlichen Aspekte sollen geregelt werden?
Sollten sich die Kollisionsnormen auf die Bestimmung der Erben und ihrer Rechte be-
schränken oder auch die Abwicklung oder Teilung des Nachlasses einbeziehen?*

Die Schaffung eines europäischen Mechanismus zur Anerkennung der Feststellung der Erben und damit zusammenhängend der Erbfähigkeit, der Berufung zum Erben, Eintritt und Zeitpunkt des Erbanfalls, Erbquoten, Pflichtteile u dgl. wird vom österreichischen Notariat begrüßt.

Die Abwicklung und Teilung des Nachlasses geht zweifellos über den kollisionsrechtlichen Bereich des EU – Instruments hinaus. Dieser Bereich sollte daher von einer EU-Regelung unberührt bleiben und ausschließlich im Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten bleiben. Die sachenrechtlichen Typen der Mitgliedstaaten sind zu unterschiedlich geregelt.

Das nationale Verfahrensrecht sollte unberührt bleiben.

Da das Registerverfahren des Grundbuchs untrennbar mit den im nationalen Recht vorhandenen Sachenrechtstypen zusammenhängt und nur diese berücksichtigt werden können, muss für diesen Bereich das Belegenheitsprinzip gelten. Daher muss ‚auf die Fragen des Erwerbs an unbeweglichen Sachen‘ das Recht des Belegenheitsortes der Sache (lex rei sitae) zur Anwendung kommen. Zum anderen muss in diesem Kontext die Kompetenznorm von Artikel 65 b) und c) in Verbindung mit Artikel 295 EG-Vertrag beachtet werden, wonach der EG-Vertrag die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt lässt.

Frage 2: *Wonach bestimmt sich das anwendbare Recht?
Sollte für den gesamten Anwendungsbereich derselbe Anknüpfungspunkt gelten, oder
könnten für die verschiedenen erbrechtlichen Aspekte unterschiedliche Anknüpfungspunkte herangezogen werden?
Muss die gemeinschaftsrechtliche Kollisionsnorm beispielsweise zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen unterscheiden?
Müssen dem Recht des Staates, in dem das unbewegliche Vermögen belegen ist, gewisse Prärogativen vorbehalten werden?*

Die Haager Konvention aus 1989 bietet hier ein Beispiel, dem gefolgt werden sollte. Dort wird einer Mischlösung zwischen der Anknüpfung an das Personalstatut (Staats-



angehörigkeit) und das Recht des letzten gewöhnlichen Aufenthaltsortes (innerhalb der EU) des Erblassers der Vorzug gegeben. Die Niederlande haben dieses System bislang mit Erfolg gehandhabt.

Für das Anknüpfungskriterium der Staatsangehörigkeit spricht wohl die damit verbundene Rechtssicherheit.

Dagegen besteht bei der bloßen Anwendung des Anknüpfungskriteriums des letzten gewöhnlichen Aufenthaltes des Erblassers die Gefahr, dass eine Rechtsordnung zur Anwendung gelangen könnte, zu der der Erblasser nur eine geringe Verbindung aufweist. Dennoch ist grundsätzlich der Gleichlauf zwischen materiellem - und Verfahrensrecht wünschenswert, da dies wesentlich zur erleichterten Abwicklung der Verfahren beitragen würde.

Zudem besteht die Frage nach welchem Recht sich die Definition „gewöhnliche Aufenthalt“ bestimmen soll, denn die Definitionen desselben in den einzelnen Mitgliedstaaten sind sehr unterschiedlich. Ein autonomer einheitlicher Begriff in dem europäischen Erbrechtsinstrument mit eingeschlossenem Dauererfordernis (Mindestzeit des Aufenthaltes) wird von der Österreichischen Notariatskammer bevorzugt. Die Alternativlösung nach dem Vorbild der Brüssel I- Verordnung, wonach das Recht jenes Staates anzuwenden ist, für den der gewöhnliche Aufenthalt überprüft wird, erscheint weniger attraktiv, vor allem wenn eine Person mehrerer „gewöhnliche Aufenthalte“ hat.

Bei der Anwendung des Prinzips des letzten gewöhnlichen Aufenthaltes des Erblassers als Anknüpfungskriterium sollten jedenfalls bestimmte Mindestzeiten für den Aufenthalt an einem bestimmten Ort entsprechend dem Vorbild der Haager Konvention vorgesehen werden. Dies würde wesentlich zu mehr Rechtssicherheit beitragen.

Die Österreichische Notariatskammer befürwortet im Ergebnis dieses Mischsystem der Haager Konvention 1989 aus gewöhnlichem Aufenthalt verbunden mit bestimmten Mindestzeiten und aus Staatsangehörigkeit.

Das im EU-Rechtsinstrument vorgesehene Anknüpfungskriterium sollte hinsichtlich des materiellen Erbrechts gleichermaßen für bewegliche und unbewegliche Sachen gelten, um hier keine Nachlassspaltung hervorzurufen. Für unbewegliche Sachen ist jedoch das Sachenrecht und Verfahrensrecht des Ortes der belegenen Sache anzuwenden.

Frage 3: *Welches Recht soll maßgebend sein für:*

- *die allgemeine Testierfähigkeit?*

- *die Gültigkeit in Bezug auf:*

▪ *die Form des Testaments?*

▪ *den Inhalt des Testaments?*

▪ *gemeinschaftliche Testamente?*

▪ *Erbverträge?*

▪ *den Widerruf des Testaments?*

Wie ist die Kollisionsnorm auszugestalten, um einer etwaigen Änderung des Anknüp-

fungspunkts zwischen dem Zeitpunkt der Errichtung des Testaments und dem Zeitpunkt des Ablebens des Erblassers Rechnung tragen zu können?

Maßgeblich soll hier das Haager Übereinkommen über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht vom 5. Oktober 1961 sein. Für die Testierfähigkeit sollte die Staatsangehörigkeit des Erblassers im Zeitpunkt der Testamentserrichtung maßgeblich sein.

Bezüglich des Inhalts des Testaments soll auf das zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung anwendbare Recht abgestellt werden, das sich aus der in Frage 2 vorgeschlagenen Kombination zwischen Staatsangehörigkeit und gewöhnlichem Aufenthalt ergibt.

Bezüglich der etwaigen Änderung des Anknüpfungspunktes zwischen dem Zeitpunkt der Errichtung des Testaments und dem Zeitpunkt des Ablebens des Erblassers soll ausschließlich auf das anwendbare Recht zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung abgestellt werden.

Frage 4: *Wie ist eine etwaige Unvereinbarkeit der anwendbaren Erbstatute auf Nachlässe von Kommorienten aufzulösen?*

Die Kommorientenpräsumtion hat sich in der Praxis bewährt.

Frage 5: *Soll dem Erblasser (im Rahmen einer testamentarischen oder gesetzlichen Erbfolge) die Möglichkeit zugestanden werden, das Erbstatut mit oder ohne Zustimmung seiner mutmaßlichen Erben zu wählen? Sollte diese Rechtswahl auch den Erben nach Eintritt des Erbfalls zugestanden werden?*

Rechtswahl sollte dem Erblasser möglich sein, allerdings ohne Zustimmung der Erben. Zudem sollte die Dokumentation der Rechtswahl nur in Form einer öffentlichen Urkunde zugelassen werden, um sicherzustellen, dass die nötige ausgewogene und unparteiische Beratung des Erblassers durch einen unabhängigen Dritten erfolgt ist.

Die Rechtswahl sollte den Erben nicht zugestanden werden. Dies insbesondere deshalb, da die Interessen der Erben, Pflichtteilsberechtigten und Gläubiger in der Regel nur schwer vereinbar sind und zudem Missbrauchsgefahr bestehen könnte. Außerdem werden die Erben gerade durch das maßgebliche Erbrecht bestimmt. Schon allein deswegen kann die Rechtswahl durch die Erben nach Ansicht der Österreichischen Notariatskammer nicht in Frage kommen.

Frage 6: *Wenn die Wahl des Erbstatuts grundsätzlich zulässig sein soll, sollten dann die Möglichkeiten einer solchen Rechtswahl beschränkt und deren Modalitäten festgelegt werden? Sollten folgende Anknüpfungspunkte, sofern sie nicht bereits als objektive Anknüpfung*

bestimmt wurden, zugelassen werden: Staatsangehörigkeit, Wohnsitz, gewöhnlicher Aufenthalt, andere?

Die Regelung dieser Frage erscheint sinnvoll und notwendig. Eine völlig freie Rechtswahl des Erblassers wird allerdings abgelehnt.

Stattdessen könnte dem Vorbild des belgischen internationalen Privatrechts gefolgt werden, sodass für die Rechtswahl wahlweise das Recht der Staatsangehörigkeit oder des letzten gewöhnlichen Aufenthaltes zum Zeitpunkt der Rechtswahl oder des Ablebens zur Verfügung stehen. Dies würde am ehesten den berechtigten Erwartungen der EU-Bürger entsprechen.

Zur Definition des gewöhnlichen Aufenthaltes sollte das EU-Instrument einen autonomen einheitlichen Begriff mit dem Kriterium einer besonderen Mindestdauer vorsehen.

Zufälligkeiten sollten vermieden werden, daher sollte auch nicht ausschließlich auf das Kriterium des letzten gewöhnlichen Aufenthaltes des Erblassers abgestellt werden.

Dem Erblasser soll es offen stehen, das Erbrecht seines Heimatstaates anwendbar zu erklären, wenn er dies möchte.

Falls keine Rechtswahl getroffen wurde, kann bezüglich des anzuwendenden Rechts auf Art 3 der Haager Konvention 1989 verwiesen werden. Demnach würden als Anknüpfungskriterien der gewöhnliche Aufenthalt im Todeszeitpunkt unter bestimmten Voraussetzungen (5 Jahre Dauer und keine engere Verbindung zum Staatsangehörigkeitsrecht), sonst das Staatsangehörigkeitsrecht zur Verfügung stehen.

Modalitäten: Die Dokumentation der Rechtswahl sollte ausschließlich durch öffentliche Urkunde geschehen, da es sich hier um einen sensiblen Rechtsbereich handelt. Für die Errichtung öffentlicher Urkunden ist vom nationalen Gesetzgeber die Einhaltung bestimmter Verfahrensvorschriften vorgesehen. Besonders hervorzuheben ist, dass der Erblasser im Rahmen dieses Verfahrens von einem unabhängigen Dritten umfassend über sein Rechte und Pflichten aufgeklärt werden muss.

Frage 7: *Zu welchem Zeitpunkt müssen diese Anknüpfungen gegeben sein? Sollten sie mit weiteren Bedingungen verbunden werden (Dauer, Bestand zum Zeitpunkt des Todes usw.)?*

Zum Zeitpunkt der Rechtswahl oder des Ablebens des Erblassers. Bei Rechtswahl des letzten gewöhnlichen Aufenthaltes sollte jedenfalls ein zeitliches Kriterium hinzutreten, beispielsweise analog dem Haager Erbrechtsübereinkommen vom 1.8.1989 eine 5jahres-Frist.

Frage 8: *Sollte die Wahl des Erbstatuts auch bei gemeinschaftlichen Testamenten und Erbverträgen zugelassen werden? Muss diese Rechtswahl näher ausgestaltet werden? Wenn ja, in welcher Weise?*

Vorbild könnte Artikel 11 des Haager Erbrechtsübereinkommens vom 1. August 1989 sein. Die Rechtswahl sollte – wie unter Frage 6 ausgeführt - in Form der öffentlichen Urkunde geschehen.

Frage 9: *Sollte es einem Ehegatten gestattet werden, als Erbstatut sein Ehegüterrecht zu bestimmen?*

Die Beantwortung dieser Frage hängt von der künftigen Harmonisierung des Ehegüterrechts ab.

Frage 10: *Sollte der Pflichtteilsanspruch auch dann gewahrt werden, wenn das kollisionsrechtlich bestimmte Recht dieses Rechtsinstitut nicht kennt oder anders gestaltet? Wenn ja, in welcher Weise?*

Das Modell der Rechtswahl des Haager Erbrechtsübereinkommens vom 1. August 1989 (Artikel 3 Absatz 2) entschärft die Problematik, da an die Möglichkeit der Rechtswahl bezüglich des Aufenthaltsortes bestimmte Mindestvoraussetzungen geknüpft sind. Die Missbrauchsmöglichkeit wird durch das Kriterium der Aufenthaltsdauer von mindestens 5 Jahren vor dem Eintritt des Todes des Erblassers stark eingeschränkt. Diesem Modell sollte daher gefolgt werden. Dadurch wird Umgehungsversuchen vorgebeugt.

Es bedarf daher keiner besonderen Absicherung des Pflichtteilsanspruches. Vielmehr soll sich das Bestehen oder Nichtbestehen von Pflichtteilsansprüchen ausschließlich aus dem Erbstatut (Art 3 Haager Konvention 1989) ergeben.

Frage 11: *Sollten für Trusts spezielle Kollisionsnormen eingeführt werden? Wenn ja, welche?*

Trusts sind vom Anwendungsbereich eines künftigen EU-Instruments auszunehmen. Die Mehrzahl der Mitgliedstaaten kennt diese Rechtsfigur nicht. Zudem geht diese Rechtsfigur weit über das Erbrecht hinaus und würde daher den Rahmen des EU-Instruments zum Erbrecht sprengen.

Frage 12: *Sollte die Rückverweisung in der geplanten EU-Regelung zugelassen werden, wenn die harmonisierten Kollisionsnormen als anwendbares Recht das Recht eines Drittstaates bestimmen? Wenn ja, in welcher Weise und in welchen Grenzen?*

Zwischen dem Recht der EU-Mitgliedstaaten soll die Rückverweisung ausgeschlossen werden. Im Übrigen sollten Artikel 4 und 17 des Haager Erbrechtsübereinkommens vom 1. August 1989 gelten. Im Verhältnis zu Drittstaaten wird die Rückverweisung wohl zulässig sein.

Frage 13: *Nach welcher Kollisionsnorm soll sich das Recht bestimmen, das auf Vorfragen anwendbar ist, die für die Rechtswirkungen eines Erbfalls maßgebend sind?*

Praxisprobleme könnten sich in Personalstandsfragen stellen. Beispiel Lebenspartnerschaften bei gesetzlicher Erbfolge: In einigen Ländern ist dieses Institut anerkannt, in anderen nicht, woraus sich auch entsprechende erbrechtliche Folgen ergeben. Zur Lösung des Problems könnte das Recht jenes Staates zur Anwendung kommen, das die Wirkungen der Lebenspartnerschaft bestimmt. Das würde für eine selbstständige Anknüpfung sprechen.

Andererseits ist es aus rechtsdogmatischer Sicht in Staatsverträgen üblicherweise geregelt, Vorfragen unselbstständig anzuknüpfen, um einen größtmöglichen Entscheidungsgleichklang zu erzielen.

Die Frage stellt sich daher, wie den Erwartungen der EU-Bürger bestmöglich entsprochen werden kann. Dem EU-Gesetzgeber bleibt hier wohl die Entscheidung im Sinne einer Abwägung der Vor- und Nachteile offen.

Selbstständig behandelt werden sollten aber nach wie vor Fragen des Sachenrechts und der sachenrechtlichen Typen.

Frage 14: *Ist ein einheitlicher Gerichtsstand für Erbsachen wünschenswert? Könnte die Zuständigkeit des Belegenheitsstaats bei unbeweglichen Vermögensgegenständen aufgegeben werden? Welches allgemeine, einheitliche Zuständigkeitskriterium käme gegebenenfalls in Frage?*

Bezüglich der Frage der Feststellung der Erben und den damit verbundenen Fragen ist eine einheitliche Zuständigkeit wünschenswert.

Im Bereich der Liegenschaften sollte aber eine ausschließliche Zuständigkeit nach dem Vorbild von Artikel 22 Nr.1 der Brüssel I-Verordnung (EG/44/2001) geschaffen werden. Es sollte somit eine Exklusivkompetenz für das Gericht des Belegenheitsstaates geschaffen werden. Dies würde die Abhandlung wesentlich erleichtern.

Frage 15: *Könnte man erwägen, den Erben die Anrufung eines Gerichts in einem anderen Mitgliedstaat als dem zu gestatten, der durch eine etwaige allgemeine Kollisionsnorm bezeichnet wird? Wenn ja, unter welchen Voraussetzungen?*

Den Erben kann dies durchaus gestattet werden. Es sollen die Bedingungen nach dem Vorbild der Brüssel I-Verordnung gelten. Nach einer kollisionsrechtlichen Vereinheitlichung hätte ohnehin jedes angerufene Gericht dasselbe materielle Erbrecht anzuwenden. Daher ist auch die Gefahr des Forum shopping geringer.

Frage 16: *Sollte während eines in einem Mitgliedstaat anhängigen erbrechtlichen Verfahrens die Möglichkeit zugelassen werden, bei einem Gericht in einem anderen Mitgliedstaat, in dem Erbschaftsgegenstände belegen sind, einstweilige Sicherungsmaßnahmen zu beantragen?*

Diese Frage wird vom österreichischen Notariat bejaht.

Frage 17: *Sollten in die geplante EU-Regelung Bestimmungen aufgenommen werden, die die Verweisung einer Erbsache an ein Gericht in einem anderen Mitgliedstaat zulassen? Wenn ja, unter welchen Voraussetzungen?*

Ja, es sollte jedoch auf den wünschenswerten Gleichlauf zwischen materiellem Recht und Gerichtsstand Rücksicht genommen werden. Daher sollte auch der Renvoi nach Artikel 15 der Brüssel II a) – Verordnung zugelassen werden, allerdings ausschließlich auf Antrag der Parteien.

Frage 18: *Welche Kriterien wären für die Bestimmung der Zuständigkeit der mitgliedstaatlichen Gerichte in einem Fall wie dem vorerwähnten relevant?*

Anknüpfungskriterien könnten sowohl die Staatsangehörigkeit als auch der letzte gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers sein.

In dem im Grünbuch geschilderten Fall sollte wohl die Zuständigkeit des Mitgliedstaates A als Zuständigkeit nach der *Staatsangehörigkeit* begründet werden können (entgegen der im Fall angenommenen Regel des letzten Wohnsitzes). Es stellt sich die Frage, ob eine solche Ersatz-Zuständigkeit eines Mitgliedstaates gegenüber Drittstaaten nach der geplanten Erbrechts-VO auch dann normiert werden sollte, wenn das Zuständigkeitsprinzip der VO die Staatsangehörigkeit ist und der Verstorbene Staatsangehöriger eines Drittstaates ist, aber durch seinen jahrelangen gewöhnlichen Aufenthalt in Mitgliedstaat A und Vermögensbelegenheit in Mitgliedstaat B eine enge Verbindung zur EU hat. Möglicherweise sollte dann die Zuständigkeit nach gewöhnlichen Aufenthalt in A normiert werden.

Frage 19: *Sollten diese besonderen Zuständigkeitsvorschriften auch für Vermögensgegenstände im Hoheitsgebiet eines Drittstaats gelten, der für diese Gegenstände eine ausschließliche Zuständigkeit geltend macht?*

Ein künftiges EU-Instrument sollte zwischen den Vermögensgegenständen differenzieren, für die der Drittstaat seine ausschließliche Zuständigkeit geltend macht: Eine ausschließliche Zuständigkeit des Drittstaates für *unbewegliches* Vermögen würde der Regel der ausschließlichen Zuständigkeit für unbewegliche Sachen im Belegenheitsstaat entsprechen (siehe Frage 14). Auch die VO Brüssel I ist im Übrigen nicht anwendbar, wenn die unbewegliche Sache nach Art 22 Nr 1 Brüssel I-Verordnung nicht in einem Mitgliedstaat liegt. Bei *beweglichen* Sachen hingegen würde die ausschließ-

liche Zuständigkeit des Drittstaates nicht respektiert, sondern der im künftigen EU-Rechtsinstrument zu normierende Gerichtsstand eines Mitgliedstaates gelten.

Im Ergebnis bejaht daher die Österreichische Notariatskammer diese Möglichkeit, da das künftige EU-Instrument universelle Anknüpfungen vorsehen sollte. Die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten soll in Drittstaatsfällen nicht nur subsidiär sein, sondern auch dann gelten, wenn sich der Drittstaat auch für zuständig hält.

Allerdings kann das künftige EU-Instrument nur zur Anwendung kommen, wenn zumindest ein Drittstaat und zwei Mitgliedstaaten betroffen sind. Es muss auch hier auf den grenzüberschreitenden Bezug zwischen zumindest zwei Mitgliedstaaten geachtet werden. Ansonsten würden die multilateralen und bilateralen Staatsverträge zwischen dem betroffenen Mitgliedstaat und dem Drittstaat greifen.

Frage 20: *Sollen bei Immobilien, die Gegenstand einer Erbschaft sind, die Behörden des Belegenheitsstaats zuständig sein, während die Hauptzuständigkeit bei den Behörden eines anderen Mitgliedstaats verbleibt, soweit es darum geht,*
 - *die notwendigen Schriftstücke für die Änderung der betreffenden Register auszufertigen?*
 - *die erforderlichen Verwaltungshandlungen und den Eigentumsübergang zu vollziehen?*

Ja, es sollte hier eine ausschließliche Zuständigkeit der Behörden des Belegenheitsstaates geschaffen werden. Es wird auch nicht möglich sein, die notwendigen Schriftstücke für die Änderung der Register bei den Behörden eines Mitgliedstaates zu belassen, dem die sachenrechtlichen Regelungen des Belegenheitsstaates nicht vertraut sind.

Frage 21: *Könnte man auf Gemeinschaftsebene einheitliche Vordrucke einführen, die in allen Mitgliedstaaten, in denen sich Erbschaftsgegenstände befinden, zu verwenden wären?*
Wenn ja, welche derzeit bereits bestehenden Dokumente kämen dafür in Betracht? Könnten manche Verfahrensschritte, die derzeit bei Erbschaften mit Auslandsbezug erforderlich sind, aufgehoben oder vereinfacht werden? Wenn ja, welche?

Ein derartiger einheitlicher Vordruck könnte für die Feststellung der Erben der Europäische Erbschein sein.

Die Konzeption des Vordruckes könnte dem Vorbild der Formulare der Anhänge der Brüssel I-Verordnung (EG/44/2001) oder der Anhänge der Verordnung über den Europäischen Vollstreckungstitel für unbestrittene Forderungen (EG/805/2004) folgen.

Bei Verfahrensschritten bezüglich beweglicher Sachen könnte an vereinfachte Verfahrensschritte gedacht werden. Liegenschaften hingegen sollten wie oben ausgeführt ausschließlich nach dem Verfahrensrecht des Belegenheitsstaates behandelt werden.

Frage 22: *Sollte die harmonisierte Zuständigkeitsnorm auch für andere Stellen gelten, die bei Erbfällen eingeschaltet werden können?*

Ja, es könnte sich um ein Gericht oder eine andere vom Mitgliedstaat benannte zur Abhandlung befugte Behörde handeln. Verwiesen werden kann hier etwa auf die Funktion des österreichischen Notars als Gerichtskommissär in Verlassenschaftssachen. Eine vergleichbare Funktion kommt den Notaren in der Tschechischen Republik, der Slowakei, Ungarn und Kroatien zu.

Frage 23: *Sollten gewisse Formalitäten bei den Behörden eines anderen Mitgliedstaats als dem erledigt werden können, der nach allgemeinen Kollisionsnorm zuständig ist? Muss diese Möglichkeit rechtlich konkreter ausgestaltet werden?*

Ja, dies sollte ermöglicht werden. Es könnten etwa beurkundungspflichtige Vorgänge in einem anderen Mitgliedstaat erledigt werden. Dabei ist besonders an eine Erklärung über die fristgerechte Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft zu denken.

Frage 24: *Welche Zuständigkeitsvorschriften sollten in der künftigen Gemeinschaftsregelung für "Erbschaftstrusts" vorgesehen werden?*

Trusts sollten aufgrund der weit über das Erbrecht hinausgehenden Fragen vom Anwendungsbereich dieses EU-Instruments ausgenommen werden.

Frage 25: *Kann das Exequaturverfahren zur Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen abgeschafft werden? Oder sollten Gründe für die Versagung der Anerkennung und Vollstreckbarkeit gerichtlicher Entscheidungen aufgenommen werden? Wenn ja, welche?*

Hier ist die Brüssel I-Verordnung (EG/44/2001) maßgebliches Vorbild. Es wäre naheliegend auch Parallelen zur Verordnung zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen (EG/805/2004) zu ziehen, die das Exequatur abschafft.

Die Österreichische Notariatskammer weist darauf hin, dass bei gerichtlichen Entscheidungen betreffend unbewegliches Vermögen das Gericht der belegen Sache die Vollziehung in den Registern nach den nationalen Verfahrensvorschriften anzuordnen hat. Unbedingt ist in jedem Fall ein Gleichlauf der öffentlichen Urkunden mit Gerichtsentscheidungen im Sinne von Artikel 57 der Brüssel I-Verordnung und Artikel 25 der Verordnung zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen (EG/805/2004) zu wahren.

Frage 26: *Wäre es denkbar, dass eine gerichtliche Entscheidung in Erbsachen in einem anderen Mitgliedstaat von Rechts wegen anerkannt wird und eine Umschreibung der Grundbücher vorgenommen werden kann, ohne dass es hierzu eines besonderen Verfahrens bedarf?*

Hinsichtlich der Feststellung des materiellen Erbrechts ist dies zu bejahen, nicht jedoch hinsichtlich des materiellen Sachenrechts und des Verfahrensrechts. Das Sachenrecht der Mitgliedstaaten, das untrennbar mit dem Registerverfahren des Grundbuchs verbunden ist, ist zu unterschiedlich geregelt. Insbesondere variiert der Typenkatalog des Sachenrechts von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat.

Verfahrensvorschriften und Bestimmungen des Sachenrechts im Zusammenhang mit Grundbüchern der Mitgliedstaaten sollten daher vom Anwendungsbereich des künftigen EU-Instruments ausgeklammert sein.

Frage 27: *Können auf erbrechtliche Urkunden dieselben Vorschriften angewandt werden wie für die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen? Wäre es somit denkbar, dass in einem Mitgliedstaat notariell erstellte erbrechtliche Urkunden die Änderung von Grundbüchern in anderen Mitgliedstaaten ermöglichen, ohne dass es hierzu eines besonderen Verfahrens bedarf?*

Öffentliche Urkunden sollten grundsätzlich im Gleichlauf mit gerichtlichen Entscheidungen behandelt werden. Dies entspricht dem geltenden System der Brüssel I-Verordnung und der Verordnung zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen.

Es ist denkbar, dass in einem Mitgliedstaat notariell erstellte erbrechtliche Urkunden die Änderung von Grundbüchern in anderen Mitgliedstaaten ermöglichen, jedoch müssen hierfür die Formvorschriften und Verfahrensvorschriften des Rechts der belegenen Sache eingehalten sein.

Zudem ist zu beachten, dass für das Verfahrensrecht beim Grundbuch jeweils das nationale Recht der belegenen Sache maßgeblich ist.

Es drängt sich die Parallele zur EU VollstreckungstitleVO (EG/805/2004) auf, wonach der Europäische Vollstreckungstitel aus einem anderen Mitgliedstaat zwar anerkannt wird, allerdings das eigentliche Vollstreckungsverfahren sich nach dem jeweiligen nationalen Verfahrensrecht richtet.

Frage 28: *Sind besondere Vorschriften vorzusehen, um die Anerkennung und Vollstreckung von in einem anderen Mitgliedstaat errichteten Testamenten zu erleichtern?*

Dies wird vom Haager Übereinkommen 1961 geregelt, das sich bewährt hat. Eine Bestimmung zur Anerkennung und Vollstreckung von Testamenten erscheint daher nicht sinnvoll.

Frage 29: *Ist die Anerkennung der Bestellung und der Befugnisse der Nachlassverwalter in allen Mitgliedstaaten von Rechts wegen denkbar? Sind Gründe vorzusehen, aus denen die Bestellung und die Befugnisse dieser Personen angefochten werden können?*

Zur Beantwortung dieser Frage muss definiert werden, was mit dem Begriff des Nachlassverwalters gemeint ist. Unter Nachlassverwaltung können nur Maßnahmen verstanden werden, die von den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten den Erben oder deren Vertretern zugewiesen sind. Für eine Nachlassverwaltung dieser Art ist eine Anerkennung vorstellbar. Die Definition des Nachlassverwalters ist deshalb notwendig, um seine Position von anderen, von den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten zur hoheitlichen Abwicklung des Verlassenschaftsverfahrens berufenen Organen (zB Gerichtskommissär) zu unterscheiden. Der Verwalter hat im wesentlichen wirtschaftliche Maßnahmen zu setzen, wohingegen der Gerichtskommissär¹ die Erben und das zu diesem Zweck anzuwendende Verfahren feststellt. Die Anerkennung darf allerdings nicht zur Einschränkung der Befugnisse der Erben führen.

Die österreichischen Notare werden als Gerichtskommissäre, nicht als Nachlassverwalter im Sinne der Frage 29 und 30 tätig.

Frage 30: *Sollte eine Bescheinigung eingeführt werden, in der die Bestellung des Nachlassverwalters bestätigt und seine Befugnisse beschrieben werden? Welche Person oder Behörde sollte diese Bescheinigung ausstellen dürfen? Wie sollte diese Bescheinigung inhaltlich aussehen?*

Eine derartige Bescheinigung erscheint zweckmäßig und wird begrüßt. Die Ausstellung der Bescheinigung soll durch die für die Abhandlung des Verlassenschaftsverfahrens zuständige Stelle erfolgen, wie dies in der österreichischen Rechtsordnung der Fall ist.

¹ In Österreich werden die Verlassenschaften obligatorisch durch öffentliche Notare als Gerichtskommissäre abgehandelt. Grundlage dafür ist das Bundesgesetz über Notare als Gerichtskommissäre in Verfahren außer Streitsachen vom 11.11.1970, BGBl. 343 in der Fassung des Bundesgesetzes I 2003/112. Schon zuvor, teilweise seit Mitte des 19. Jahrhunderts, bestanden Regelungen betreffend die Verwendung der Notare als Gerichtskommissäre.

Die Notare haben in Verlassenschaften obligatorisch die Todesfallaufnahme und die mit dieser in Zusammenhang stehenden unaufschiebbaren Maßnahmen zu besorgen (wie beispielsweise notwendige Erhebungen pflegen und dabei auch die Wohnung bzw. das Geschäftslokal oder Safes öffnen und die Verlassenschaft zu sichern, insbesondere durch Versperren und Versiegeln der Verlassenschaft oder ihre Verwahrung beim Gerichtskommissär oder einem Verwahrer) und darüber hinaus alle anderen im Zuge der Verlassenschaftsabhandlung erforderlichen Amtshandlungen (Übernahme letztwilliger Anordnungen, Entgegennahme der Erbantrittserklärungen, Errichtung des Inventars, Ausstellung von Amtsbestätigungen für die Verfahrensbeteiligten über ihre Vertretungsbefugnis, Durchführung der Gläubigereinberufung etc.).

Das Gesetz sieht seit 1.1.2005 grundsätzlich die ex lege- Zuständigkeit des nach der Verteilungsordnung zuständigen Notars als Gerichtskommissär vor, sodass es für das Tätigwerden des Notars in dieser Funktion keines gesonderten Gerichtsauftrages bedarf.

Die Tätigkeit der Notare als Gerichtskommissäre ist verfassungsmäßig legitimiert, da sie der Verfassungsgesetzgeber im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesverfassungsgesetzes bereits bestehend vorgefunden hat. Sie entspricht Art 6 EMRK, da der Notar, dessen Akte als Gerichtskommissär Bestandteile eines gerichtlichen Verfahrens sind, wie ein Richter unabhängig, unabsetzbar und unversetzbar ist und unparteilich agiert.

Frage 31: *Würde die Anerkennung eines Erbschaftstrusts die Eintragung der Vermögensgegenstände des Trusts und ihrer diesbezüglichen Urkunden im Grundbuch ermöglichen? Welche Bestimmungen müssten andernfalls eingeführt werden?*

Frage 32: *Sind Bestimmungen vorzusehen, um den durch erbrechtliche oder andere Vorschriften geschützten Pflichtteil trotz Vorhandenseins eines Trusts zu wahren? Wenn ja, welche?*

Trusts sollten – wie bereits oben dargelegt - vom Anwendungsbereich des künftigen EU-Instruments ausgenommen werden.

Hinsichtlich der Frage des Schutzes des Pflichtteils befürwortet die Österreichische Notariatskammer eine Regelung, die den Pflichtteil schützt und die Testierfreiheit im Fall der Trusts einschränkt und zwar dann, wenn das nach der IPR-Regel anzuwendende Erbrecht einen solchen Pflichtteil vorsieht.

Frage 33: *Mit welchen Rechtswirkungen könnte die Bescheinigung verbunden werden?*

Die Idee der Einführung eines Europäischen Erbscheines wird vom österreichischen Notariat begrüßt. Die Rechtswirkungen wären jedoch genau zu definieren und sollten sich auf die Beweisfunktion und den Gutgläubenschutz beschränken.

Frage 34: *Welche Angaben sollte die Bescheinigung enthalten?*

Der Erblasser, der Tag seines Ablebens, sein letzter Aufenthaltsort, seine Staatsbürgerschaft, der Erbrechtstitel (testamentarische oder gesetzliche Erbfolge), die Namen und die Geburtsdaten der Erben, das anwendbare Erbrechtsstatut und Beschränkungen, die Erbfolge und die Erbquoten sollten in der Bescheinigung enthalten sein.

Frage 35: *In welchem Mitgliedstaat sollte die Bescheinigung ausgestellt werden? Sollte es jedem Mitgliedstaat überlassen werden, welche Behörde zur Erteilung der Bescheinigung befugt ist, oder sind in Anbetracht des Inhalts und der Wirkungen der Bescheinigung gewisse Kriterien vorzugeben?*

Die Bescheinigung sollte in dem für die Erbenfeststellung zuständigen Mitgliedstaat durch die dort befugte Behörde/Stelle ausgestellt werden. Erbscheine sollten ausschließlich durch Organe, die mit Hoheitsgewalt ausgestattet sind (Gerichte, Notar, Verwaltungsbehörde) ausgestellt werden.

Frage 36: *Sollte in allen Mitgliedstaaten ein System zur Registrierung von Testamenten eingeführt werden? Sollte ein Zentralregister eingerichtet werden?*

Die Einrichtung eines Systems zur Registrierung von Testamenten in allen Mitgliedstaaten wird vom österreichischen Notariat begrüßt. Die Österreichische Notariatskammer führt bereits seit Jahrzehnten ein elektronisches zentrales Testamentsregister, das die Auffindbarkeit von Testamenten im Zuge des Verlassenschaftsverfahrens wesentlich erleichtert und beschleunigt.

Die Einrichtung eines derartigen Systems auf europäischer Ebene sollte in Form einer Verknüpfung der bestehenden nationalen Registersysteme erfolgen. Die Schaffung eines europäischen Zentralregisters erscheint nicht zweckmäßig.

Frage 37: *Welche Modalitäten sind vorzusehen, um den Zugang der mutmaßlichen Erben und zuständigen Behörden (auch von ihrem eigenen Mitgliedstaat aus) den zu den einzelstaatlichen Angaben vorbehaltenen Teilen des Registers oder zum Zentralregister zu erleichtern?*

Die mutmaßlichen Erben sollten keinen Zugang haben. Zum einen ist oft nicht klar, wer mutmaßlicher Erbe überhaupt ist. Andererseits ist es wesentlicher Bestandteil der Testierfreiheit, jederzeit Testamente ändern zu können, unabhängig davon, dass die Erben in Kenntnis der Tatsache des Bestands eines Testaments sind.

Auskunft könnte gegeben werden gegen Nachweis des Ablebens einer Person durch öffentliche Urkunde und wenn ein rechtliches Interesse glaubhaft gemacht werden kann.

Es könnte an ein einheitliches elektronisches Formular gedacht werden (einheitliche elektronische Suchmaske in den Amtssprachen der Gemeinschaft). In diesem Zusammenhang muss eine Auskunftspflicht der anderen Register in den Mitgliedstaaten vorgesehen werden.

Frage 38: *Würde die Aufhebung sämtlicher Förmlichkeiten im Zusammenhang mit der Legalisation oder der Anbringung der Apostille auf in einem Mitgliedstaat errichtete öffentliche erbrechtliche Urkunden Schwierigkeiten bereiten?*

Innerhalb der EU kann auf Formalitäten in Zusammenhang mit der Legalisierung oder der Anbringung der Apostille auf in einem Mitgliedstaat errichtete öffentliche erbrechtliche Urkunden verzichtet werden.

Frage 39: *Ist die Ausarbeitung eines einzigen, umfassenden Rechtsinstruments denkbar? In welcher Reihenfolge und in welchen Schritten wären die Arbeiten andernfalls durchzuführen?*

Zunächst sollte die Vereinheitlichung der erbrechtlichen Kollisionsnormen und Fragen der internationalen Zuständigkeit behandelt werden, anschließend die Einführung eines Europäischen Erbscheins.

Erst in weiterer Folge könnte in einem getrennten EU-Rechtsinstrument die Frage der Trusts behandelt werden.