

**Titel:**

**Bindungswirkung eines österreichischen Erbvertrages**

**Normenkette:**

EuErbVO Art. 83 Abs. 3

BGB § 2079, § 2113, § 2231 Nr. 1, § 2232, § 2270 Abs. 1

**Leitsätze:**

1. Zur Anwendung des Art. 83 Abs. 3 EuErbVO auf die Bindungswirkung eines Erbvertrages im unionsrechtlichen Sinne. (Rn. 30 – 41)
2. Zur Reichweite der Bindungswirkung einer wechselbezüglichen Verfügung unter Berücksichtigung der EuErbVO und des österreichischen ABGB. (Rn. 42 – 53)

**Schlagworte:**

Bindungswirkung, Testament, deutsches Recht, Erblasser, Erbvertrag, österreichische Erbrecht

**Vorinstanz:**

AG Rosenheim, Beschluss vom 02.07.2018 – VI 55/16

**Fundstellen:**

ErbR 2020, 871

FamRZ 2020, 1957

FGPrax 2020, 283

RPfleger 2021, 106

BeckRS 2020, 21551

RNotZ 2020, 598

ZEV 2021, 33

**Tenor**

1. Die Beschwerde gegen den Beschluss des Amtsgerichts Rosenheim - Abteilung für Nachlasssachen - vom 02.07.2018 wird zurückgewiesen.
2. Der Geschäftswert des Beschwerdeverfahrens wird auf € 486.872,64 festgesetzt.
3. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

**Gründe**

I.

1

Der Erblasser und seine am ...2012 vorverstorbene Ehefrau waren österreichische Staatsangehörige, hatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt zu Lebzeiten aber in Deutschland. Die Beschwerdeführerin ist das einzige gemeinsame Kind der Ehegatten.

2

Am 19.12.1996 errichteten die Eheleute vor dem Notar Dr. ... in ... ein gemeinschaftliches Testament. In diesem Testament hieß es unter Ziffer I. unter anderem:

„Wir vereinbaren hiermit vorsorglich, für den Fall unseres Ablebens, die Anwendung deutschen Rechtes.“

3

Im Übrigen setzte der Erblasser in diesem Testament seine Ehefrau zur Alleinerbin ein, während diese ihn als von den Beschränkungen der §§ 2113 ff. BGB befreiten Vorerben einsetzte. Zur Nach- und Schlusserbin bestimmten sie die Beschwerdeführerin. Ziffer II.4. des Testaments lautet auszugsweise:

„Der Überlebende von uns beiden ist berechtigt, die vorstehende Erbfolge der Ehegatten, auch die Nacherbfolge □...□ sowie die Ersatzerbfolge nach dem überlebenden Teil insoweit abzuändern als er zugunsten unserer gemeinschaftlichen Abkömmlinge (Kinder, Enkelkinder usw.) neue Verfügungen von Todes wegen trifft □...□. Ausgeschlossen sind Verfügungen von Todes wegen zugunsten Dritter, die nicht unsere gemeinschaftlichen Abkömmlinge sind. Gemeinsame Abkömmlinge sind nur ... oder weitere gemeinsame Abkömmlinge und deren Kinder.

**4**

Das Testament enthält in Ziffer III. außerdem einen Belehrungsvermerk hinsichtlich der „bei einem gemeinschaftlichen Testament eintretenden Bindungen“ und in Ziffer IV. wird „eine Anfechtung dieses Testaments nach dem § 2079 BGB“ ausgeschlossen.

**5**

Am 05.06.2015 errichtete der Erblasser vor dem Notar ... in ... ein weiteres Testament. In diesem wählte der Erblasser „für die Erbfolge vorsorglich das österreichische Erbrecht“. In Ziffer I. dieses Testamentes heißt es außerdem:

„Vorsorglich widerrufe ich alle etwa von mir errichteten Verfügungen von Todes wegen, soweit gesetzlich zulässig. Insbesondere widerrufe ich alle Verfügungen in dem vorgenannten Ehegattentestament sowie die dort enthaltene Rechtswahl zu Gunsten des deutschen Rechts, soweit gesetzlich zulässig.“

**6**

In dem Testament vom 05.06.2015 setzte der Erblasser außerdem die Beteiligte ... als Alleinerbin, höchst vorsorglich als Erbin zur höchst zulässigen Quote ein.

**7**

Der Erblasser verstarb am ...2015.

**8**

Am 30.03.2016 stellte die Beschwerdeführerin den Antrag, einen sie als Alleinerbin ausweisenden Erbschein auszustellen. Der beantragte Erbschein wurde am 30.03.2016 erteilt.

**9**

Am 11.05.2018 beantragte die Beteiligte ... die Einziehung dieses Erbscheins und die Erteilung eines Erbscheins, nach dem sie mit Ausnahme des in Deutschland belegenen unbeweglichen Vermögens Alleinerbin geworden sei.

**10**

Mit Beschluss vom 02.07.2018 hat das Nachlassgericht den Erbschein vom 30.03.2016 eingezogen und die zur Erteilung eines Erbscheins nach Maßgabe des Antrags der Beteiligten ... vom 11.05.2018 erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet. Zur Begründung führt das Nachlassgericht aus, dass auf die Rechtsnachfolge nach dem Erblasser österreichisches Recht Anwendung finde, weil die Rechtswahl im gemeinschaftlichen Testament vom 19.12.1996 nur hinsichtlich des in Deutschland belegenen, unbeweglichen Vermögens wirksam gewesen und in diesem Umfang durch die neue Rechtswahl im Testament vom 05.06.2015 widerrufen worden sei. Nach österreichischem Erbrecht entfalte das gemeinschaftliche Testament vom 19.12.1996 keine der Alleinerbeneinsetzung der Beteiligten ... entgegenstehende Bindungswirkung. Die hinsichtlich des in Deutschland belegenen, unbeweglichen Vermögens wegen der entsprechenden Rechtswahl nach deutschem Recht bereits eingetretene Bindungswirkung werde durch den Widerruf der Rechtswahl aber nicht berührt.

**11**

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde.

II.

**12**

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

**13**

Das Nachlassgericht hat zu Recht den am 30.03.2016 erteilten Erbschein eingezogen und die zur Erteilung eines neuen Erbscheines nach Maßgabe des Antrags der Beteiligten ... vom 11.05.2018 erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet.

#### 14

Der erteilte Erbschein ist nämlich unrichtig, während der Erbscheinsantrag vom 11.05.2018 der materiellen Rechtslage entspricht, weil die Beschwerdeführerin Alleinerbin des Erblassers nur hinsichtlich des in Deutschland belegenen, unbeweglichen Vermögens ist, während im Wege der Nachlassspaltung im Übrigen die Beteiligte ... Alleinerbin des Erblassers ist.

#### 15

1. Auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen nach dem Erblasser findet österreichisches Recht Anwendung. Da der Erblasser nach dem 17. August 2015 verstorben ist, seine Rechtsnachfolge von Todes wegen Prüfungsgegenstand ist und mit seiner österreichischen Staatsangehörigkeit ein grenzüberschreitender Bezug vorliegt, bestimmt die Europäische Erbrechtsverordnung (EuErbVO) in Art. 1 Abs. 1 S. 1 in Verbindung mit Art. 83 Abs. 1 das anwendbare Recht. Mit der hiernach wirksamen Wahl österreichischen Rechts im Testament vom 05.06.2015 hat der Erblasser die ursprüngliche Wahl deutschen Rechts im gemeinschaftlichen Testament vom 19.12.1996 widerrufen.

#### 16

a) Die Wahl österreichischen Rechts im Testament vom 05.06.2015 ist nach Art. 83 Abs. 3 EuErbVO auch wirksam. Hiernach ist eine vor dem zeitlichen Anwendungsbereich der EuErbVO getroffene Rechtswahl wirksam, wenn sie alternativ die Voraussetzungen des Kapitels III der Verordnung erfüllt oder sie nach dem zum Zeitpunkt der Rechtswahl geltenden Internationalen Privatrecht des Staates des gewöhnlichen Aufenthaltes oder der Staatsangehörigkeit des Erblassers wirksam ist. Die Wahl österreichischen Rechts erfüllt die Voraussetzungen des Kapitels III der EuErbVO (Art. 83 Abs. 2, 1. Alt. EuErbVO).

#### 17

Nach Art. 22 Abs. 1 EuErbVO kann eine Person für die Rechtsnachfolge von Todes wegen das Recht des Staates wählen, dem sie im Zeitpunkt der Rechtswahl oder im Zeitpunkt ihres Todes angehört. Der Erblasser, der österreichischer Staatsangehöriger war, konnte somit österreichisches Recht wählen. Die Rechtswahl erfolgte ausdrücklich in einer Erklärung in Form einer Verfügung von Todes wegen im Sinne des Art. 3 Abs. 1 d) EuErbVO (Art. 22 Abs. 2 EuErbVO). Zweifel an der materiellen Wirksamkeit dieser Verfügung sind nach dem nach Art. 22 Abs. 3 EuErbVO maßgeblichen österreichischen Recht nicht ersichtlich.

#### 18

b) Der Wahl österreichischen Rechts im Testament vom 05.06.2015 stand nicht die Rechtswahl aus dem gemeinschaftlichen Testament vom 19.12.1996 entgegen. Diese war nämlich nur teilweise wirksam und wurde in diesem Umfang durch die jüngere Rechtswahl wirksam widerrufen.

#### 19

aa) Die Wahl deutschen Rechts im Testament vom 19.12.1996 war nur insoweit wirksam, als sie sich auf das im Inland belegene, unbewegliche Vermögen des Erblassers bezog. Die Wirksamkeit dieser Rechtswahl bestimmt sich wiederum nach Art. 83 Abs. 2 EuErbVO.

#### 20

Allein Art. 83 Abs. 2, 2. Alt. iVm Art. 25 Abs. 2 EGBGB in dessen zum Zeitpunkt der Rechtswahl geltenden Fassung verhilft der Wahl deutschen Rechts im gemeinschaftlichen Testament zur teilweisen Wirksamkeit. Hiernach konnte der Erblasser für im Inland belegenes unbewegliches Vermögen deutsches Recht wählen. Zwar hat der Erblasser die Wahl deutschen Rechts im gemeinschaftlichen Testament nicht auf im Inland belegenes unbewegliches Vermögen beschränkt, jedoch ist unter Geltung des Art. 25 Abs. 2 EGBGB aF im Zweifel davon auszugehen, dass eine unwirksame Wahl deutschen Rechts für den gesamten Nachlass eine im Umfang des Art. 25 Abs. 2 EGBGB aF wirksame Rechtswahl beinhaltet (MüKoBGB/Dutta, 6. Aufl. 2015, EGBGB Art. 25 Rn. 75; Staudinger/Dörner (2007) EGBGB Art. 25 Rn. 524). Für eine derartige Auslegung des Testaments vom 19.12.1996 spricht hier insbesondere schon, dass die Ehegatten ausdrücklich auf deutsches Recht Bezug genommen haben und nicht ersichtlich ist, dass ihr Wille, deutsches Recht zur Anwendung zu bringen, nur für den jeweiligen gesamten Nachlass gelten solle und nicht wenigstens soweit gesetzlich zulässig erfolgen solle.

## 21

Eine umfänglichere Wirksamkeit der Wahl deutschen Rechts ergibt sich nicht aus den anderen Alternativen des Art. 83 Abs. 2 EuErbVO.

## 22

Die ursprüngliche Wahl deutschen Rechts ist nicht nach Art. 83 Abs. 2 Var. 1 in Verbindung mit Art. 22 I EuErbVO wirksam. Denn der Erblasser war österreichischer Staatsangehöriger; eine Wahl des (hier deutschen) Rechts des gewöhnlichen Aufenthaltsstaates sieht die EuErbVO nicht vor. Auch kann in der Wahl deutschen Rechts im gemeinschaftlichen Testament vom 19.12.1996 keine wirksame Teilrechtswahl des (auch die Bindungswirkung umfassenden) Errichtungsstatutes nach Art. 25 Abs. 3 EuErbVO gesehen werden, die ebenfalls von Art. 83 Abs. 2 EuErbVO umfasst ist (BGH NJW 2019, 3449, 33450; BeckOGK/J. Schmidt, 1.2.2020, EuErbVO Art. 83 Rn. 10f.; Burandt/Rojahn/Burandt/Schmuck, 3. Aufl. 2019, EuErbVO Art. 83 Rn. 4; Dutta/Weber/Bauer, 1. Auflage 2016, EuErbVO Art. 83 Rn. 10; Palandt/Thorn, BGB, 79. Auflage 2020, Art. 83 EuErbVO Rn. 4; Rudolf ZfRV 2015, 212, 213; Schoppe IPrax 2014, 27, 29; aA (Anwendung von Art. 83 Abs. 3 EuErbVO als *lex specialis* für das Errichtungsstatut einschließlich diesbezüglicher Rechtswahl) NK-BGB/Magnus, 3. Auflage 2019 Art. 83 Rn. 14; von Bary, IPrax 2019, 1565; bei Ausnahme der in Art. 83 Abs. 3 nicht genannten Bindungswirkung auch MüKoBGB/Dutta, 7. Aufl. 2018, EuErbVO Art. 83 Rn. 7). Dies würde nämlich voraussetzen, dass eine der Personen, deren Nachlass betroffen ist, die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt. Auch die vorverstorbene Ehefrau des Erblassers, mit der gemeinsam er 1996 das gemeinschaftliche Testament errichtet hatte, war jedoch österreichische Staatsangehörige.

## 23

Auch Art. 83 Abs. 2, 3. Alt. EuErbVO führt nicht zu einer Wirksamkeit der deutschen Rechtswahl. Die Erbstatutsvorschriften der §§ 28 ff. östIPRG sahen in ihrer zum Zeitpunkt der Rechtswahl gültigen Stammfassung keine Möglichkeit vor, das auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anwendbare Recht zu wählen.

## 24

Somit hat der Erblasser in seinem gemeinschaftlichen Testament wirksam deutsches Recht gewählt, soweit das in seinem Nachlass befindliche, inländische, unbewegliche Vermögen betroffen ist. Angesichts der Grundintention des Art. 83 Abs. 2 EuErbVO, Rechtswahlen möglichst zur Wirksamkeit zu verhelfen (BGH NJW 2019, 3449, 3452; BeckOGK/J. Schmidt, 1.2.2020, EuErbVO Art. 83 Rn. 4), umfasst die Übergangsvorschrift nicht nur voll wirksame Rechtswahlen, sondern erkennt - entgegen des Wortlautes („wenn“) - auch eine vor der zeitlichen Anwendbarkeit der Verordnung getroffene, nur teilweise wirksame Rechtswahl in dem so beschränkten Umfang (Dutta/Weber/Bauer, 1. Auflage 2016, EuErbVO Art. 83 Rn. 20) an.

## 25

Einen weitergehenden Bestandsschutz vermittelt Art. 83 Abs. 2 EuErbVO - anders als die Beschwerdeführerin vorträgt - auch nicht durch die Konstruktion einer negativen Rechtswahl. Die Übergangsvorschrift verleiht einer Rechtswahl nur insoweit Wirksamkeit, als sie nach einem der genannten Kollisionsrechte wirksam ist. Eine negative Rechtswahl, durch die das Personalstatut derogiert wird, ist aber sowohl dem europäischen als auch dem autonomen deutschen und österreichischen internationalen Erbrecht fremd.

## 26

bb) Soweit die Wahl deutschen Rechts im gemeinschaftlichen Testament vom 19.12.1996 wirksam war, hat der Erblasser sie durch die Wahl österreichischen Rechts im Testament vom 05.06.2015 wirksam widerrufen.

## 27

Die in vielen Details umstrittene Frage, welches Recht auf die Widerruflichkeit einer Rechtswahl - insbesondere einer vor dem 17.08.2015 getroffene Rechtswahl im Sinne des Art. 83 Abs. 2 EuErbVO - Anwendung findet (Zum Streitstand s. MüKoBGB/Dutta, 7. Aufl. 2018, EuErbVO Art. 22 Rn. 31 m Fn. 81; GKKW IntErbR/Köhler, 3. Auflage 2020, § 4 Rn. 33; BeckOGK/J. Schmidt, 1.2.2020, EuErbVO Art. 22 Rn. 40), kann hier dahinstehen. In Betracht kommen hier nämlich allein das deutsche (als ursprünglich gewähltes) oder das österreichische Recht (als zuletzt gewähltes Recht bzw. als das von Art. 83 Abs. 2, 2. und 3. Alt. iVm Art. 25 Abs. 1 EGBGB aF und § 28 östIPG aF berufenes Personalstatut). Nach beiden

Rechten war die ursprüngliche Wahl deutschen Rechts für das in Deutschland belegene unbewegliche Vermögen frei widerruflich.

## **28**

Zur Zeit der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments vom 19.12.1996 war die dort enthaltene Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB - wie das Amtsgericht zutreffend ausgeführt hat - frei widerruflich (BeckOK BGB/Lorenz, 53. Ed. 1.2.2020, EGBGB Art. 25 Rn. 22; Staudinger/Dörner (2007) EGBGB Art. 25 Rn. 548; MüKoBGB/Dutta, 6. Aufl. 2015, EGBGB Art. 25 Rn. 58). Dafür spricht schon der vormalige Wortlaut des § 2270 Abs. 3 BGB und des § 2278 Abs. 2 BGB, der die Rechtswahl aus dem Kreis derjenigen Verfügungen von Todes wegen ausnimmt, die wechselbezüglich bzw. vertragsmäßig sein können. Somit bleibt es nach der hier maßgeblichen Rechtslage zum Zeitpunkt der Rechtswahl bei dem Grundsatz der freien Widerruflichkeit. Dem Amtsgericht ist ferner in der Ansicht zu folgen, dass die Aufnahme der Rechtswahl in die §§ 2270 Abs. 3 und 2278 Abs. 2 BGB durch das Gesetz zum Internationalen Erbrecht und zur Änderung von Vorschriften zum Erbschein sowie zur Änderung sonstiger Vorschriften vom 29.06.2015 keine Rückwirkung auf vor dem zeitlichen Anwendungsbereich der EuErbVO getroffene Rechtswahlen hat (MüKoBGB/Dutta, 7. Aufl. 2018, EuErbVO Art. 22 Rn. 31). Zwar regelt die begleitende Übergangsvorschrift des Art. 229 § 36 EGBGB diese Frage der intertemporalen Anwendbarkeit nicht, jedoch ergibt sich aus der Regelung des Art. 22 Abs. 1 des Änderungsgesetzes, dass der Gesetzgeber einen zeitlichen Gleichlauf mit der Anwendbarkeit der EuErbVO erreichen wollte. Das Bedürfnis, eine verbindliche Ausgestaltung von Rechtswahlstatbeständen in Verfügungen von Todes wegen zu ermöglichen, ergab sich für den Gesetzgeber erst durch Inkrafttreten der EuErbVO und der damit einhergehenden erhöhten Parteiautonomie im Erbrecht. Ein gesetzgeberischer Rückwirkungswille hinsichtlich der vorherigen Rechtslage liegt daher fern.

## **29**

Auch nach österreichischem Recht war die Rechtswahl frei widerruflich. Zwar kennt das österreichische materielle Erbrecht keine explizite Regelung zur Bindungswirkung einer Rechtswahl. In diesem Fall ist jedoch auf die Widerruflichkeit von Verfügungen von Todes wegen zurückzugreifen (Vgl. MüKoBGB/Dutta, 7. Aufl. 2018, EuErbVO Art. 22 Rn. 31). Nach österreichischem Recht können Verfügungen von Todes wegen nur in sehr eingeschränktem Maße bindend wirken. Bei einer gegenseitigen Erbeinsetzung von Ehegatten endet jede Bindungswirkung jedenfalls mit dem Tod des Erstversterbenden (Zur Bindungswirkung nach österreichischem Recht siehe ausführlich sogleich).

## **30**

2. Nach dem somit anwendbaren österreichischen Erbrecht hat die Beteiligte ... den Erblasser allein beerbt, soweit nicht das im Inland belegene unbewegliche Vermögen betroffen ist. Nur hinsichtlich des in Deutschland belegenen Immobilienvermögens ist die Beschwerdeführerin Alleinerbin geworden.

## **31**

Durch das Testament vom 05.06.2015 hat der Erblasser die Beteiligte ... zur Alleinerbin eingesetzt. Die Alleinerbineneinsetzung ist zulässig und wirksam, ihr steht ferner die Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament vom 19.12.1996 nur insoweit entgegen, als das im Inland belegene Immobilienvermögen betroffen ist.

## **32**

a) Die Verfügung von Todes wegen vom 05.06.2015 ist zulässig und wirksam. Das bestimmt sich bei vor dem 17.08.2015 errichteten Verfügungen von Todes wegen nach Art. 83 Abs. 3 EuErbVO. Hiernach ist die Verfügung von Todes wegen zulässig sowie materiell und formell wirksam, wenn sie die Voraussetzungen des Kapitels III der Verordnung erfüllt oder wenn sie nach den zum Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung geltenden Vorschriften des Internationalen Privatrechts in dem Staat, in dem der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, oder in einem Staat, dessen Staatsangehörigkeit er besaß, oder in dem Mitgliedstaat, dessen Behörde mit der Erbsache befasst ist, zulässig sowie materiell und formell wirksam ist. Nach dem Konzept dieser Übergangsregelung genügt es somit, wenn das Testament nach nur einem der von den unterschiedlichen Kollisionsrechten (EuErbVO, ehemaliges IPR des Aufenthaltsstaates, ehemaliges IPR des Staates der Staatsangehörigkeit, ehemaliges IPR des angerufenen Gerichts) berufenen Rechte zulässig und wirksam ist.

## **33**

aa) Die Verfügung von Todes wegen ist zulässig, weil das von allen Varianten des Art. 83 Abs. 3 EuErbVO (Art. 24 Abs. 1 iVm 22 Abs. 1 EuErbVO bzw. Art. 26 Abs. V S. 1 iVm 25 Abs. 1 EGBGB aF bzw. § 28 Abs. 1 östIPRG) berufene österreichische Erbrecht es in den §§ 552 ff. ABGB zulässt, durch Verfügung von Todes wegen in einem Einzeltestament von der gesetzlichen Erbfolge abzuweichen.

#### **34**

bb) Das Testament vom 05.06.2015 ist nach Art. 1 Abs. 1 a) des zeitlich anwendbaren (Art. 8, 15) Haager Testamentsformübereinkommens (im Folgenden: HTestformÜ), das nach Art. 75 Abs. 1 UAbs. 2 EuErbVO vorrangig vor Art. 83 Abs. 3 EuErbVO zu berücksichtigen ist, formell wirksam. Nach dem am Ort, an dem der Erblasser letztwillig verfügt hat, geltenden deutschen Recht ist das öffentliche Testament zur Niederschrift eines Notars formell wirksam (§§ 2231 Nr. 1, 2232 BGB).

#### **35**

cc) Das Testament vom 05.06.2015 ist außerdem nach dem von allen Varianten des Art. 83 Abs. 3 EuErbVO berufenen österreichischen Erbrecht materiell wirksam.

#### **36**

b) Der Alleinerbeneinsetzung der Beteiligten ... steht das zulässige und wirksame gemeinschaftliche Testament vom 19.12.1996 nur insoweit entgegen, als das in Deutschland belegene, unbewegliche Vermögen betroffen ist.

#### **37**

aa) Das am 19.12.1996 errichtete gemeinschaftliche Testament ist nach Art. 83 Abs. 3 auch unter Geltung der EuErbVO zulässig und formell sowie materiell wirksam.

#### **38**

Für Zulässigkeit und Wirksamkeit des Testaments ist die objektive Anknüpfung des Errichtungsstatuts maßgeblich. Eine über die Übergangsvorschrift des Art. 83 Abs. 2 EuErbVO fortwirkende, wirksame und kollisionsrechtliche bindende (MüKoBGB/Dutta, 7. Aufl. 2018, EuErbVO Art. 22 Rn. 31) Wahl des auf Zulässigkeit, materielle Wirksamkeit und Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments anwendbaren Rechts nach Art. 25 Abs. 3 EuErbVO liegt nicht vor. Denn sowohl der Erblasser als auch seine vorverstorbene Ehefrau waren zu Lebzeiten österreichische Staatsangehörige, sodass das deutsche Recht nicht nach Art. 22 als wählbar zur Verfügung stand.

#### **39**

Die Zulässigkeit des gemeinschaftlichen Testaments ergibt sich aus Art. 83 Abs. 3 Var. 1 iVm Art. 25 Abs. 2 EuErbVO. Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Art. 25 EuErbVO ist, dass das gemeinschaftliche Testament ein Erbvertrag im unionsrechtlichen Sinne des Art. 3 Abs. 1 b) EuErbVO darstellt. Hiernach ist ein Erbvertrag eine Vereinbarung, einschließlich einer Vereinbarung aufgrund gegenseitiger Testamente, die mit oder ohne Gegenleistung Rechte am künftigen Nachlass oder künftigen Nachlässen einer oder mehrerer an dieser Vereinbarung beteiligter Personen begründet, ändert oder entzieht. Jedenfalls das gemeinschaftliche Testament nach deutschem Recht, das wechselbezügliche Verfügungen enthält (§ 2270 BGB), ist ein Erbvertrag im Sinne des autonom zu bestimmenden Begriffs der EuErbVO (GKKW IntErbR/Köhler, 3. Auflage 2020, § 4 Rn. 75; MüKoBGB/Dutta, 7. Aufl. 2018, EuErbVO Art. 3 Rn. 11 mit umfangreichen Nachweisen auch zur Gegenansicht in Fn. 23). Nach der Ausgestaltung des gemeinschaftlichen Testaments intendierten der Erblasser und dessen vorverstorbene Ehefrau eine bindende Ausgestaltung der Verfügungen (s. Ziffer II.4. und III. des Testaments). Damit liegt ein Erbvertrag im Sinne der EuErbVO vor. Das gemeinschaftliche Testament betrifft mit der Erblasserin und ihrem Ehemann den Nachlass mehrerer Personen, sodass sich das auf die Zulässigkeit des gemeinschaftlichen Testaments anwendbare Recht nach Art. 25 Abs. 2 UAbs. 1 EuErbVO richtet. Danach ist das gemeinschaftliche Testament zulässig, wenn es nach jedem der Rechte zulässig ist, die nach der EuErbVO auf die Rechtsnachfolge der einzelnen beteiligten Personen anzuwenden wären, wenn sie zu dem Zeitpunkt verstorben wären, in dem sie das gemeinschaftliche Testament errichtet hätten. Das wäre nach Art. 21 Abs. 1 EuErbVO für beide Ehegatten das deutsche Recht. Nach deutschem Recht ist eine Vereinbarung über Rechte am eigenen künftigen Nachlass zulässig. Mit wechselbezüglichen Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten (§§ 2270, 2271 BGB) und vertragsmäßigen Verfügungen im Erbvertrag (§§ 2278, 2289 BGB) kennt das deutsche Recht die Möglichkeit, bindende Verfügungen von Todes wegen zu treffen.

#### 40

Das gemeinschaftliche Testament ist ferner formell und materiell wirksam. Die formelle Wirksamkeit richtet sich nach dem zeitlich anwendbaren (Art. 8, 15 HTestformÜ) Haager Testamentsformübereinkommen, das sachlich auch auf die Form von Verfügungen von Todes wegen Anwendung findet, die zwei Personen in einer Urkunde errichtet haben (Art. 4 HTestformÜ). Nach Art. 1 Abs. 1 a) HTestformÜ ist das Testament formwirksam, weil es dem deutschen Recht des Errichtungsstaates entspricht. Auch ein gemeinschaftliches Testament kann in Form eines öffentlichen Testaments zur Niederschrift eines Notars (§§ 2231 Nr. 1, 2232 BGB) errichtet werden.

#### 41

Das gemeinschaftliche Testament ist nach Art. 83 Abs. 3 Var. 1 iVm Art. 25 Abs. 2 UAbs. 2 EuErbVO auch materiell wirksam, da es die materiellen Anforderungen des deutschen Erbrechts an ein gemeinschaftliches Ehegattentestament erfüllt.

#### 42

bb) Die Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament stehen der Alleinerbeneinsetzung der Beteiligten ... vom 05.06.2015 nur insoweit entgegen, als das in Deutschland belegene Immobilienvermögen betroffen ist. Denn nur insoweit haben sie Bindungswirkung.

#### 43

(1) Auf die Bindungswirkung der Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament vom 19.12.1996 findet deutsches Recht nur Anwendung, soweit das im Inland belegene, unbewegliche Vermögen betroffen ist, im Übrigen aber österreichisches Recht.

#### 44

Welches Recht auf die Bindungswirkung der ursprünglichen Verfügung Anwendung findet, bestimmt sich hier nach dem ehemaligen, autonomen Internationalen Privatrecht. Zwar wird vertreten, dass Art. 83 Abs. 3 EuErbVO auf die Bindungswirkung von Erbverträgen im unionsrechtlichen Sinne jedenfalls analog Anwendung findet, sodass Verfügungen von Todes wegen in gemeinschaftlichen Testamenten und Erbverträgen im deutschen Verständnis, die vor dem Stichtag des Art. 83 Abs. 1 EuErbVO errichtet worden sind, dann bindend wirken, wenn ihnen nach dem von Art. 25 Abs. 2 UAbs. 3 EuErbVO berufenen Recht Bindungswirkung zukommt (BeckOGK/J. Schmidt, 1.2.2020, EuErbVO Art. 83 Rn. 18). Begründet wird dies mit dem Vergleich von Art. 25 Abs. 2 UAbs. 3 und Art. 83 Abs. 3 EuErbVO, der ersichtlich an die erstgenannte Vorschrift anknüpft. Außerdem entspreche dies der Ratio der Norm.

#### 45

Überzeugender ist es hingegen, Art. 83 Abs. 3 EuErbVO nicht auf die Bindungswirkung anzuwenden (So auch MüKoBGB/Dutta, 7. Aufl. 2018, EuErbVO Art. 83 Rn. 17; Dutta/Weber/Bauer, 1. Auflage 2016, EuErbVO Art. 83 Rn. 31; NK-BGB/Magnus, 3. Auflage 2019 Art. 83 Rn. 34). Dafür spricht schon der eindeutige Wortlaut der Vorschrift. Während die EuErbVO in Art. 25 Zulässigkeit, materielle Wirksamkeit und Bindungswirkung dezidiert aufzählt, ist in Art. 83 Abs. 3 EuErbVO die Bindungswirkung neben Zulässigkeit und Wirksamkeit nicht genannt. Dieser Vergleich spricht dagegen, dass der europäische Gesetzgeber die Bindungswirkung aus der Übergangsvorschrift planwidrig ausgeschlossen hat. Auch ein teleologischer Vergleich von Zulässigkeit und Wirksamkeit auf der einen, Bindungswirkung auf der anderen Seite zeigt, dass eine Anwendung des Art. 83 Abs. 3 EuErbVO auf die Bindungswirkung aus Gründen der Interessengerechtigkeit nicht zwingend ist. Der durch Art. 83 Abs. 3 EuErbVO vermittelte Vertrauensschutz dient allein dem Erblasser, dessen Vertrauen auf die Zulässigkeit und Wirksamkeit einer einmal errichteten Verfügung von Todes wegen der europäische Gesetzgeber durch das Günstigkeitsprinzip der Übergangsvorschrift wahren will (NK-BGB/Magnus, 3. Auflage 2019 Art. 83 Rn. 34). Eine Bindungswirkung von Verfügungen von Todes wegen bezweckt hingegen den Schutz der Erberwartung anderer Personen (Dutta/Weber/Bauer, 1. Auflage 2016, EuErbVO Art. 83 Rn. 31). In dem Umstand, dass die EuErbVO für die Bindungswirkung keine abweichende Sonderregel von der grundsätzlichen Übergangsvorschrift des Art. 83 Abs. 1 EuErbVO geschaffen hat, zeigt sich, dass das europäische Erbrecht dieser Erberwartung keinen besonderen kollisionsrechtlichen Schutz zubilligt. Somit bleibt es für die Bindungswirkung bei dem intertemporalen Grundsatz des Art. 83 Abs. 1 EuErbVO.

#### 46

Ob die Anwendung des Art. 83 Abs. 1 EuErbVO auf die Bindungswirkung nun zur Folge hat, dass die Bindungswirkung einer vor dem Inkrafttreten der EuErbVO errichteten Verfügung von Todes wegen nach

dem 17.08.2015 verbunden mit entsprechender Inkaufnahme eines etwaigen Statutenwechsels nach dem Kollisionsrecht des 3. Kapitels der Verordnung zu bewerten ist (so MüKoBGB/Dutta, 7. Aufl. 2018, EuErbVO Art. 83 Rn. 17; Dutta/Weber/Bauer, 1. Auflage 2016, EuErbVO Art. 83 Rn. 32; NK-BGB/Magnus, 3. Auflage 2019 Art. 83 Rn. 35), oder aber für die Bindungswirkung der Verfügung stets das zum Zeitpunkt der Errichtung geltende Kollisionsrecht maßgeblich ist (So Palandt/Thorn, 79. Auflage 2020, EuErbVO Art. 83 Rn. 6), kann hier dahinstehen. Denn für die Bewertung, ob einer vor dem Inkrafttreten der EuErbVO errichteten Verfügung von Todes wegen die Bindungswirkung einer früheren Verfügung entgegensteht, steht allein das vor dem Stichtag des Art. 83 Abs. 1 EuErbVO geltende autonome Kollisionsrecht zur Verfügung (vgl. MüKoBGB/Dutta, 7. Aufl. 2018, EuErbVO Art. 83 Rn. 17).

#### 47

Gemäß dem somit anwendbaren Art. 26 Abs. 5 S. 1 EGBGB aF bestimmt das deutsche Recht die Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments hinsichtlich des im Inland belegenen Immobilienvermögens, das österreichische Recht hinsichtlich des übrigen Nachlasses. Hiernach unterliegt die Bindungswirkung der Verfügung von Todes wegen vom 19.12.1996 nämlich dem Recht, das im Zeitpunkt der Verfügung auf die Rechtsnachfolge anzuwenden wäre. Das hypothetische Erbstatut ist hier unter Berücksichtigung der in der Verfügung enthaltenen Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB aF (Staudinger/Dörner (2007) EGBGB Art. 26 Rn. 80) deutsches Recht, soweit das im Inland belegene, unbewegliche Vermögen betroffen ist, und im Übrigen nach Art. 25 Abs. 1 EGBGB aF das österreichische Recht, da zum Zeitpunkt der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments beide Ehegatten österreichische Staatsangehörige waren. Das ehemalige österreichische Kollisionsrecht nimmt die Verweisung an (Art. 4 Abs. 1 S. 1 EGBGB, § 28 Abs. 1 östIPRG aF). Der spätere wirksame Widerruf der Wahl deutschen Rechts für das im Inland belegene, unbewegliche Vermögen durch die Rechtswahl im Testament vom 05.06.2015 berührt diese der Nachlassspaltung des Art. 25 Abs. 2 EGBGB aF entsprechende geteilte Verweisung wegen der Unwandelbarkeit der Anknüpfung in Art. 26 Abs. 5 EGBGB nicht (Staudinger/Dörner (2007) EGBGB Art. 26 Rn. 81, Art. 25 Rn. 553).

#### 48

(2) Hinsichtlich des im Inland belegenen Immobilienvermögens kommt der Schlusserbeneinsetzung der Beteiligten ... im Testament vom 19.12.1996 gemäß § 2271 Abs. 1 und 2 BGB Bindungswirkung zu. Die Alleinerbeneinsetzung der Ehefrau des Erblassers durch den Erblasser, die Einsetzung des Erblassers durch seine Ehefrau als befreiten Vorerben sowie die Nach- und Schlusserbeneinsetzung der Beteiligten ... stehen nämlich ausweislich der Anordnung in Ziffer II.4. und des Belehrungsvermerks in Ziffer III. des Testaments in dem in § 2270 Abs. 1 BGB bezeichneten Verhältnis. Da die Alleinerbeneinsetzung der Beteiligten ... im Testament vom 05.06.2015 die Erbenstellung der Beteiligten ... beeinträchtigt, ist sie nach § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB, der entsprechend auch auf wechselbezügliche Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten Anwendung findet, unwirksam.

#### 49

(3) Nach österreichischem Recht also soweit nicht das im Inland belegene, unbewegliche Vermögen betroffen ist, entfaltet das gemeinschaftliche Testament vom 19.12.1996 keine der Alleinerbeneinsetzung der Beteiligten ... entgegenstehende Bindungswirkung.

#### 50

Hierbei ist dem Amtsgericht noch beizupflichten, dass Verfügungen von Todes wegen in wechselseitigen Testamenten nach österreichischem Recht keine Bindungswirkung entfalten. Nach dem auf Testamente, die vor dem 1. Januar 2017 errichtet worden sind (§ 1503 Abs. 7 Nr. 5 ABGB), anwendbaren § 1248 S. 2 ABGB aF, der inhaltlich § 586 Abs. 2 S. 2 ABGB entspricht, sind gemeinschaftliche Testamente nämlich widerruflich. Jeder Ehegatte kann seine Verfügung vor wie nach dem Tod (OGH 4.11.1997, 10 Ob 388/97z; Jesser-Huß in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar V, 4. Auflage 2014, § 1248 Rz 4) des Erstversterbenden ohne dessen Kenntnis oder gar Einverständnis widerrufen (OGH 18.11.1964, 7 Ob 263/64; OGH 18.12.2009, 6 Ob 167/09s; Fischer-Czermak in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht und Vermögensnachfolge, 2. Auflage 2018, § 20 Rz 103; Apathy/Neumayr in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB Kurzkommentar, 5. Auflage 2017, § 587 Rz 3; Jesser-Huß in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar V, 4. Auflage 2014, § 1248 Rz 4; Weiß/Likar-Peer in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht, S. 178; Gschnitzer/Faistenberger, Erbrecht, 2. Auflage 1983, S. 51). Das gilt unverändert auch im Fall von wechselbezüglichen Verfügungen, die in gleichem Maße, aber mit der besonderen Folge frei widerruflich sind, dass mit dem Widerruf auch die Verfügungen des (auch vorverstorbenen) anderen Ehegatten ex tunc

unwirksam werden (Fischer-Czermak in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht und Vermögensnachfolge, 2. Auflage 2018, § 20 Rz 103; Weiß/Likar-Peer in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht, S. 178; Gschnitzer/Faistenberger, Erbrecht, 2. Auflage 1983, S. 51). Darüber hinaus ist es nach österreichischem Recht den Ehegatten auch verwehrt, in einem wechselbezüglichen Testament im Rahmen ihrer Testierfreiheit eine Bindung herzustellen, wie sich aus den §§ 552 und 716 ABGB aF ergibt (OGH 26.01.1982, 5 Ob 785/81; Gschnitzer/Faistenberger, Erbrecht, 2. Auflage 1983, S. 44; Apathy/Musger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB Kurzkomentar, 5. Auflage 2017, § 716 Rz. 1; Eccher in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskomentar III, 4. Auflage 2013, § 716 Rz 1; Welser in Rummel/Lukas, ABGB, 4. Auflage 2014, Vor § 713 Rz. 1; Weiß/Likar-Peer in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht, S. 188).

## 51

Zweifelhaft ist jedoch, ob das Testament vom 19.12.1996 als wechselseitiges Testament im Sinne des § 1248 ABGB aF einzuordnen ist. Es liegt die Situation eines Handelns unter falschem Recht (BeckOK BGB/Lorenz, 53. Ed. 1.2.2020, EGBGB Art. 25 Rn. 18) vor. Die Ehegatten gingen nämlich angesichts der unwirksamen Rechtswahl und der Verfügungen im Testament erkennbar davon aus, dass sie das Testament nach deutschem Recht errichteten, obwohl österreichisches Recht Anwendung fand, soweit nicht das in Deutschland belegene Immobilienvermögen betroffen ist. Dies ist bei der Auslegung des Testaments zu berücksichtigen (BGH NJW 2006, 948). Damit kann aus der Überschrift des Testaments nicht gefolgert werden, dass ein wechselseitiges Testament im Sinne des österreichischen Erbrechts vorliegt. Vielmehr spricht der in dem Hinweis auf die Bindungswirkungen (Ziffer III.) und der Ausschluss einer „Anfechtung des Testaments“ (Ziffer IV.) zum Ausdruck gebrachte Wille der Ehegatten dafür, dass diejenige Gestaltungsform der Rechtsnachfolge von Todes wegen gewählt worden ist, die eine möglichst starke Bindungswirkung entfaltet. Dies ist nach österreichischem Recht jedoch der Erbvertrag nach den §§ 1249 ff. ABGB.

## 52

Diese Einordnung ändert jedoch nichts an dem Ergebnis, dass das Testament vom 19.12.1996 nach österreichischem Recht keine der Alleinerbeneinsetzung der Beteiligten ... entgegenstehende Bindungswirkung entfaltet. Unabhängig von der Frage, ob das Testament vom 19.12.1996 einen wirksamen Erbvertrag im Sinne der §§ 1249 ABGB ff. darstellt, ob insbesondere die erforderliche Form eines Notariatsaktes (§ 1 Abs. 1 lit. a) NotAkteG) durch die Errichtung vor einem deutschen Notar substituiert werden konnte, geht auch von einem österreichischen Erbvertrag keine Bindungswirkung zugunsten Dritter über den Tod des erstversterbenden Ehegatten hinaus aus. Die Bindungswirkung der erbvertraglichen Verfügungen sind nämlich nach österreichischem Recht neben der gegenständlichen Beschränkung auf drei Viertel des Nachlasses (§ 1253 ABGB) in weiterer, zweifacher Weise beschränkt. Einerseits können in österreichischen Erbverträgen bindende Verfügungen nur zugunsten des Ehegatten getroffen werden, während die Erbeinsetzung Dritter in frei widerrufliche testamentarische Verfügungen umzudeuten sind (St. Rspr.: Rechtssatznummer RS0017047 („Erbverträge zugunsten Dritter sind dem österreichischen Recht fremd.“), u.a.: OGH 13.02.1958, 3 Ob 34/58; OGH 18.01.1972, 4 Ob 653/71; OGH 12.09.1985, 7 Ob 692/84; OGH 15.05.2014, 6 Ob 168/13v; und Rechtssatznummer RS0017048 („Verfügungen auf den Todesfall in einem Erbvertrag zugunsten Dritter sind frei widerruflich.“), u.a.: OGH 22.11.1950, 2 Ob 237/50; OGH 30.08.1967, 1 Ob 121/67; OGH 20.01.1971, 6 Ob 326/70; OGH 12.09.1985, 7 Ob 692/84; zustimmend Jesser-Huß in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskomentar V, 4. Auflage 2014, § 1249 Rz 8; Koch in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB Kurzkomentar, 5. Auflage 2017, § 1249 Rz. 5; M. Bydlinski in Rummel/Lukas, ABGB, 4. Auflage 2019, § 1249 Rz 3; Fischer-Czermak in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht und Vermögensnachfolge, 2. Auflage 2018, § 20 Rz 64; aA Gschnitzer/Faistenberger, Erbrecht, 2. Auflage 1983, S. 47). Andererseits endet die Unwiderruflichkeit der Verfügungen mit dem Tod des Vertragserben, bei einer gegenseitigen Erbeinsetzung der Ehegatten also mit dem Tod des Erstversterbenden (OGH 22.12.1961, 5 Ob 420/61; Jesser-Huß in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskomentar V, 4. Auflage 2014, § 1252 Rz 1; M. Bydlinski in Rummel/Lukas, ABGB, 4. Auflage 2019, § 1253 Rz 2; Fischer-Czermak in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht und Vermögensnachfolge, 2. Auflage 2018, § 20 Rz 70, 83; Fritsch in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht, S. 257; Gschnitzer/Faistenberger, Erbrecht, 2. Auflage 1983, S. 49 (freilich mit Ausnahme bei Verfügungen zugunsten Dritter, die nach seiner Ansicht entgegen der hM in bindender Form zulässig sein soll)).

## 53

Somit ist dem österreichischen Recht in der vorliegenden Konstellation, in der die Ehegatten sich gegenseitig als Allein- (bzw. Vor-) und Dritte als Schluss- (bzw. Nach) erben eingesetzt haben, eine Bindungswirkung der Verfügungen zugunsten Dritter insbesondere über den Tod des Erstversterbenden hinaus fremd. Nach österreichischem Recht entfaltet das Testament vom 19.12.1996 keine Bindungswirkung, die dem Erblasser daran hindern hätte können, die Erbeinsetzung der Beteiligten ... durch spätere einzeltestamentarische Verfügung zu ersetzen.

III.

**54**

Die Beschwerdeführerin trägt gemäß § 22 GNotKG die Gerichtskosten ihrer erfolglosen

**55**

Beschwerde. Den Geschäftswert für das Beschwerdeverfahren hat der Senat gemäß §§ 36,40 GNotKG auf € 486.872,64 festgesetzt.

IV.

**56**

Die Rechtsbeschwerde ist nach § 70 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 FamFG zuzulassen. Ob Art. 83 Abs. 3 EuErbVO auch auf die Bindungswirkung eines Erbvertrages im unionsrechtlichen Sinn anzuwenden ist, ist in der Lehre umstritten und bisher nicht Gegenstand obergerichtlicher Rechtsprechung. Diese Frage hat über den hier entschiedenen Einzelfall hinaus allgemeine Bedeutung, weil sie in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen auftreten kann und deshalb ein abstraktes Interesse an der einheitlichen Behandlung durch die Rechtsprechung besteht. Diese Frage ist außerdem entscheidungserheblich. Würde nämlich Art. 83 Abs. 3 EuErbVO auch auf die Bindungswirkung Anwendung finden, wäre auf die Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments vom 19.12.1996 nach Art. 25 Abs. 2 iVm Art. 21 Abs. 1 EuErbVO rückwirkend deutsches Recht anwendbar mit der Folge, dass die Alleinerbeinsetzung der Beteiligten ... nach § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB vollumfänglich unwirksam wäre.