

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

EuErbVO Art. 21; EGBGB Art. 15, 14; BGB § 1931 Abs. 4 – Österreich: gesetzliche Erbfolge nach deutschem Erbrecht bei Anwendbarkeit österreichischen Güterrechts

BGB §§ 2271, 2296, 2258, 2265 – Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments durch Beurkundung in Anwesenheit des anderen Ehegatten; gemeinschaftliches Testament bei Errichtung der Testamente in verschiedenen Niederschriften

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB § 1371 Abs. 1; EuErbVO Art. 1 Abs. 1 – Erbrechtliche Qualifikation des zusätzlichen Erbteils des überlebenden Ehegatten aus § 1371 Abs. 1 BGB

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

EuErbVO Art. 21; EGBGB Art. 15, 14; BGB § 1931 Abs. 4

Österreich: gesetzliche Erbfolge nach deutschem Erbrecht bei Anwendbarkeit österreichischen Güterrechts

I. Sachverhalt

Die Erblasserin war deutsche Staatsangehörige. Sie verstarb am 16.6.2017 mit letztem Wohnsitz und Lebensmittelpunkt in Gelsenkirchen. Der Ehemann der Erblasserin ist österreichischer Staatsangehöriger. Zum Zeitpunkt der Eheschließung im Jahre 2000 lebten beide Eheleute in Österreich. Hier haben sie geheiratet und wohnten sie bis 2013, als sie nach Deutschland umgezogen sind.

Die Eheleute haben keinen Ehevertrag abgeschlossen. Auch hat die Erblasserin keine Verfügung von To-

des wegen errichtet. Sie hinterlässt neben ihrem österreichischen Ehemann drei Kinder.

II. Frage

Wie lauten die Erbquoten?

III. Zur Rechtslage

1. Erbstatut

Die Erblasserin ist nach dem 16.8.2015 verstorben. Das anwendbare Erbrecht bestimmt sich somit nach den Kollisionsnormen der EuErbVO (vgl. Art. 83 Abs. 1 EuErbVO).

Für das auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendende Recht verweist Art. 21 Abs. 1 EuErbVO auf das Recht des Staates, in dem der Erblasser seinen **letzten gewöhnlichen Aufenthalt** hatte. Der gewöhnliche Aufenthalt stellt den **Lebensmittelpunkt** einer Person dar. Er ist unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls zu ermitteln (vgl. Erwägungsgrund 23, 24 EuErbVO). Da die Erblasserin ihren Lebensmittelpunkt und ihren Wohnsitz zum Zeitpunkt des Erbfalls in Deutschland hatte, dürfte sie ihren letzten gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland gehabt haben.

Somit ist deutsches Erbrecht anwendbar.

2. Güterstatut

Nach § 1931 BGB hängt die Höhe der gesetzlichen Erbquote des überlebenden Ehegatten von dem Güterstand der Eheleute ab. So ist danach zu differenzieren, ob diese in Gütertrennung (§ 1931 Abs. 4 BGB), in Zugewinnsgemeinschaft (§ 1931 Abs. 3 BGB) oder in einem sonstigen Güterstand gelebt haben (§ 1931 Abs. 1 BGB).

Zur Bestimmung des Güterstands ist im vorliegenden Fall aufgrund der unterschiedlichen Staatsangehörigkeit der Eheleute zunächst das auf **die güterrechtlichen Wirkungen** der Ehe **anwendbare Recht** zu ermitteln. Das auf die güterrechtlichen Wirkungen anwendbare Recht bestimmt sich aus deutscher Sicht nach Art. 15 Abs. 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 EGBGB. Die Europäische Ehegüterrechtsverordnung vom 24.6.2016 (EuGüVO) findet aber gem. Art. 69 Abs. 3 nur für Ehegatten Anwendung, die ab dem 29.1.2009 die Ehe eingegangen sind oder eine Rechtswahl des auf den Güterstand anzuwendenden Rechts getroffen haben.

Gem. Art. 15 Abs. 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Ziff. 1 EGBGB ist dabei vorrangig auf eine gemeinsame Staatsangehörigkeit der Eheleute bei Eheschließung abzustellen. Da diese zum Zeitpunkt der Heirat keine gemeinsame Staatsangehörigkeit gehabt haben, gilt gem. Art. 15 Abs. 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Ziff. 2 EGBGB ersatzweise das Recht des Staates, in dem beide Eheleute zum **Zeitpunkt der Eheschließung ihren gewöhnlichen Aufenthalt** gehabt haben. Auf der Basis des uns mitgeteilten Sachverhalts gehen wir davon aus, dass die Eheleute zum Zeitpunkt der Heirat beide ihren Lebensmittelpunkt und damit ihren gewöhnlichen Aufenthalt i. S. v. Art. 14 Abs. 1 Ziff. 2 EGBGB in Österreich hatten. Die spätere **Verlegung des Lebensmittelpunkts** durch beide Eheleute nach Deutschland wirkt sich auf die Verweisung des deutschen Rechts nicht aus, weil insoweit aus **deutscher Sicht unwandelbar** an die Verhältnisse zum Zeitpunkt der Eheschließung angeknüpft wird.

Im Hinblick auf diese Verweisung auf das österreichische Recht ist auch das österreichische internationale Güterrecht zu beachten. Insbesondere wäre gem. Art 4 Abs. 1 S. 2 EGBGB eine Rückverweisung auf das deutsche Recht zu berücksichtigen.

In **Österreich** bestimmt § 19 des österreichischen Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht vom 15.6.1978 (IPRG, öst. BGBl I 1978/304), dass das Ehegüterrecht nach dem Recht zu beurteilen ist, dass die Parteien ausdrücklich bestimmen. Mangels einer solchen Rechtswahl gilt das zur Zeit der Eheschließung für

die persönlichen Rechtswirkungen maßgebende Recht. Für die persönlichen Rechtswirkungen der Ehe gilt gem. § 18 Abs. 1 Ziff. 1 österreichisches IPRG das gemeinsame Personalstatut der Ehegatten. Personalstatut wiederum ist gem. § 9 Abs. 1 IPRG bei einer natürlichen Person das Recht des Staates, dem die Person angehört. Insoweit ist also auch aus österreichischer Sicht vorrangig eine **gemeinsame Staatsangehörigkeit** der Eheleute bei Eheschließung zur Bestimmung des Ehegüterstatuts maßgeblich. Mangels einer solchen gilt gem. § 19 i. V. m. § 18 Abs. 1 Ziff. 2 IPRG das Recht des Staates, in dem **beide Ehegatten zur Zeit der Eheschließung ihren gewöhnlichen Aufenthalt** hatten. Auch das österreichische Recht knüpft unwandelbar an die Verhältnisse zum Zeitpunkt der Eheschließung an (vgl. insoweit nur Ferrari/Koch-Hipp, in: Süß/Ring, Eherecht in Europa, 3. Aufl. 2017, Länderbericht Österreich, Rn. 70; Nademleinsky/Neumayr, Internationales Familienrecht, 2007, Rn. 04.18).

Mithin nimmt das österreichische Recht die Verweisung an. Für die Eheleute gilt also das österreichische Güterrecht.

3. Einordnung des österreichischen gesetzlichen Güterstands in § 1931 BGB

Es stellt sich nun die Frage, welche Folgerungen sich aus der Geltung des österreichischen gesetzlichen Güterrechts für die Anwendung von § 1931 BGB ergeben. Der EuGH hat in seiner Entscheidung vom 1.3.2018 (EuGH, Urt. v. 1.3.2018 – C-558/16, in diesem Heft) § 1371 Abs. 1 BGB als erbrechtliche Vorschrift qualifiziert. Damit ist im vorliegenden Fall aufgrund Geltung deutschen Erbrechts auch § 1371 Abs. 1 BGB zur Anwendung berufen.

Fraglich ist allein, ob der gesetzliche Güterstand des österreichischen Rechts als „Zugewinnsgemeinschaft“ i. S. d. §§ 1931 Abs. 3, 1371 Abs. 1 BGB eingeordnet werden kann. Das ist eine Frage der „Substitution“ (vgl. Fornasier, in: Dutta/Weber, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 63 EuErbVO Rn. 32). Der gesetzliche Güterstand des österreichischen Rechts wird in der deutschen Literatur regelmäßig als „Gütertrennung“ bezeichnet (vgl. insoweit nur Hertel, in: Würzburger Notarhandbuch, 5. Aufl. 2018, Teil 7 Kap. 4 Rn. 42; so auch Ferrari/Koch-Hipp, Eherecht in Europa, Länderbericht Österreich, Rn. 16 unter Verweisung auf §§ 1233, 1237 ABGB). Allerdings ist hier zu berücksichtigen, dass im Rahmen einer Beendigung der Ehe **durch Scheidung** gem. §§ 81 ff. öst. Ehegesetz eine Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens und der ehelichen Ersparnisse erfolgt. Eheliche Ersparnisse sind dabei die während der Ehe angesammelten Wertanlagen, die üblicherweise zur Verwertung bestimmt sind. Eheliches Ge-

brauchsvermögen sind insbesondere die Ehewohnung, das Grundstückseigentum und der Hausrat (ausführlich dazu Ferrari/Koch-Hipp, Rn. 119 ff.). Aufgrund dieser im Jahr 1978 eingeführten Reform des Eherechts ist daher der im ABGB als Gütertrennung eingeführte Güterstand **effektiv in eine Zugewinnsgemeinschaft** i. S. d. deutschen Rechts **umgewandelt** worden (so Hertel, Teil 7 Kap. 4 Rn. 43). Allerdings ist – wie im deutschen Recht – im Rahmen der Beendigung durch Tod eines der Ehegatten eine Aufteilung der ehelichen Ersparnisse und des Hausrats nicht vorgesehen. Vielmehr erhält der überlebende Ehegatte in diesem Fall neben Abkömmlingen eine gesetzliche Erbquote in Höhe von 1/3 (§ 744 ABGB) und als gesetzliches Vorausvermächtnis das Recht, in der ehelichen Wohnung weiterhin zu wohnen sowie den beweglichen Hausrat zu nutzen, § 745 ABGB (jeweils in der Fassung durch das Erbrechtsneuregelungsgesetz von 2015 öst. BGBL I 2015/87).

Insoweit ähnelt das eheliche Recht in Österreich der Gütertrennung, sodass eine Bestimmung der Erbquoten gem. § 1931 Abs. 4 BGB in Betracht käme. Hierbei muss man zugleich aber auch berücksichtigen, dass das österreichische Recht der absoluten Gütertrennung nicht mehr folgt, sondern von einer **gleichberechtigten Teilhabe der Eheleute am ehelichen Zugewinn** ausgeht. Da dieser ausschließlich im Scheidungsfall ausgeglichen wird, geht das österreichische Recht offenbar davon aus, dass diese Teilhabe im Erbfall durch die gesetzliche Erbquote des überlebenden Ehegatten verwirklicht wird. Insoweit entspricht das österreichische Recht also dem System der deutschen Zugewinnsgemeinschaft (auch wenn im Einzelnen insoweit eine Abweichung besteht, als sich die Ehegattenerbquote nach deutschem Recht dann gem. § 1931 Abs. 1 i. V. m. § 1371 Abs. 1 BGB auf 1/2 beläuft). Man könnte daher im Rahmen des § 1931 BGB den gesetzlichen Güterstand österreichischen Rechts als „Zugewinnsgemeinschaft“ behandeln. Der überlebende Ehegatte erhält dann im vorliegenden Fall eine gesetzliche Erbquote von 1/2, jedes Kind eine gesetzliche Erbquote in Höhe von 1/6. Ebenso wäre aber auch eine strengere Auffassung denkbar, die eine Substitution nur bejaht, sofern die auf die güterrechtlichen Verhältnisse anwendbare Rechtsordnung den güterrechtlichen Ausgleich ebenfalls durch eine güterstandsabhängige Erbteilerhöhung verwirklicht. Dies ist im österreichischen Recht nicht der Fall, da die Erbquote unabhängig vom Güterstand 1/3 beträgt. Die Frage ist derzeit noch offen.

Geht man wegen der fehlenden güterrechtlichen Auseinandersetzung im Fall der Beendigung der Ehe durch Tod eines der Ehegatten davon aus, dass der Güterstand der Eheleute als „**Gütertrennung**“ i. S. v. § 1931 Abs. 4

BGB zu qualifizieren ist, so würde der überlebende Ehemann eine gesetzliche Erbquote von 1/4 erhalten, da der Erblasser mehr als zwei Kinder hinterlassen hat.

Dabei ist u. E. allerdings zu berücksichtigen, dass er bei Geltung ausschließlich deutschen Rechts für die erb- und güterrechtlichen Verhältnisse gem. § 1931 Abs. 3 BGB die Hälfte, bei Geltung ausschließlich österreichischen Rechts gem. § 744 ABGB 1/3 erhalte. Keine der beiden beteiligten Rechtsordnungen hingegen hält es für gerechtfertigt, ihn auf 1/4 des Nachlasses zu beschränken. Erst die Kombination von deutschem Erb- und österreichischem Güterstatut führt dazu, dass der überlebende Ehegatte unter das von beiden Rechtsordnungen vorgesehene Maß fällt. Insoweit liegt daher ein **beiderseitiger Widerspruch** vor, der u. E. eine **Anpassung** erforderlich macht. Eindeutige Regeln dazu, wie eine derartige Anpassung erfolgen kann, gibt es nicht. Denkbar wäre eine kollisionsrechtliche Regelung (also eine Korrektur dahingehend, dass sich auch die güterrechtlichen Folgen nach dem Erbstatut bzw. auch die erbrechtlichen Folgen nach dem Güterstatut richten). Letztere Lösung wäre allerdings auf Basis der Entscheidung des EuGH vom 1.3.2018 ausgeschlossen.

Daher wäre in dieser Konstellation eine Anpassung wohl **auf materiell-rechtlicher Ebene** vorzunehmen (vgl. MünchKommBGB/v. Hein, 7. Aufl. 2018, Einleitung IPR Rn. 263). Dies könnte in der Weise erfolgen, dass man auf die Mindestquote abstellt, die in beiden Rechtsordnungen vorgesehen ist (von Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht I, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 256), im vorliegenden Fall also 1/3 (vgl. zum umgekehrten Fall der Anpassung im Rahmen der Anwendung des § 1371 Abs. 1 BGB bei Geltung des italienischen Güterstatuts die Entscheidung OLG Düsseldorf FamRZ 2015, 1238 m. Anm. Dutta).

BGB §§ 2271, 2296, 2258, 2265

Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments durch Beurkundung in Anwesenheit des anderen Ehegatten; gemeinschaftliches Testament bei Errichtung der Testamente in verschiedenen Niederschriften

I. Sachverhalt

Ehegatten haben im Jahre 1973 ein gemeinschaftliches Testament errichtet und sich hierin wechselseitig zu Alleinerben eingesetzt. Im Jahre 2003 haben sie vor dem Notar jeweils ein Einzeltestament errichtet. Beide Eheleute waren zu diesem Zeitpunkt gleichzeitig bei dem Notar zugegen und haben in Gegenwart des ande-

ren Ehegatten in dem Einzeltestament u. a. Folgendes protokollieren lassen:

„Ich widerrufe hiermit alle früheren letztwilligen Verfügungen von Todes wegen“.

Der jeweils andere Ehegatte hat diesen Widerruf gehört und in Kenntnis dieses Widerrufs sein Einzeltestament errichtet und jeweils den gemeinsamen Sohn als Erben eingesetzt. Förmlich beteiligt an der jeweils anderen Urkunde waren die Ehegatten nicht.

II. Frage

Handelt es sich hierbei um einen formgerechten Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments, sodass jeder Ehegatte wirksam neu einzeln testieren konnte?

III. Zur Rechtslage

1. Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen

Nach § 2271 Abs. 1 S. 1 BGB erfolgt der Widerruf einer letztwilligen wechselbezüglichen Verfügung eines gemeinschaftlichen Testaments zu Lebzeiten des anderen Ehegatten nach der Vorschrift über den Rücktritt bei Erbverträgen. Durch ein späteres Testament kann ein Ehegatte die Verfügung nicht einseitig aufheben (§ 2271 Abs. 1 S. 2 BGB). Demzufolge kann die Errichtung eines Einzeltestaments nichts an der Wirksamkeit des gemeinschaftlichen Testaments mit den wechselbezüglichen Verfügungen ändern. Das Testament kann nur Wirksamkeit erlangen, wenn dem anderen Ehegatten **gegenüber formwirksam ein Widerruf** des gemeinschaftlichen Testaments erklärt worden ist.

2. Form und Zugang

Der Widerruf erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Vertragsteil. Er bedarf der notariellen Beurkundung (§ 2296 Abs. 2 S. 1 BGB).

Im vorliegenden Fall ist das Testament zwar notariell beurkundet worden. Fraglich ist jedoch, ob die Widerrufserklärung dem anderen Ehegatten wirksam zugegangen ist. Nach ständiger BGH-Rechtsprechung setzt dies voraus, dass dem Empfänger-Ehegatten die Widerrufserklärung **in Ausfertigungsform zugeht**; der Zugang einer einfachen oder beglaubigten Abschrift ist nicht ausreichend (BGHZ 48, 374; 36, 201; 31, 5).

a) Formelle Beteiligung an der Urkunde

War der Ehegatte an der **Beurkundung formell beteiligt**, dürfte dies für einen wirksamen Zugang der Erklärung ausreichen. Hier geht die Erklärung **jedem Urkundsbeteiligten mit der Unterschrift** zu. Die zusätzliche Aushändigung einer Ausfertigung dürfte nicht erforderlich sein (vgl. BeckOGK-BGB/Braun, Std.: 1.3.2018, § 2271 Rn. 43; Staudinger/Hertel,

BGB, 2017, § 128 Rn. 26; Brockmann, MittBayNot 2015, 101, 105; jurisPK-BGB/Reymann, 8. Aufl. 2017, § 2271 Rn. 17.1; so auch OLG Hamm FGPrax 2014, 71, 72).

b) Bloße Anwesenheit während der Beurkundungsverhandlung

Zweifelhaft ist demgegenüber, ob ein wirksamer Zugang vorliegt, wenn der Empfänger-Ehegatte bei der **Beurkundung lediglich anwesend** war und die Erklärungen zur Kenntnis genommen hat, **ohne** an der Urkunde **formell beteiligt** zu sein.

Das **OLG Hamm** hat hierzu in einer Entscheidung vom 5.11.2013 ausgeführt (FGPrax 2014, 71, 72):

„Dadurch, dass der Widerruf in Anwesenheit der Betreuerin erklärt und dieser darüber hinaus direkt eine Ausfertigung der Urkunde überreicht wurde, ist das Zugangserfordernis in zweifacher Weise gewahrt (§ 130 BGB).“

Im Fall des OLG Hamm war die Betreuerin des Ehegatten an der Urkunde **formell beteiligt**. Ob das Gericht auch in dem Fall einer bloß physischen Präsenz zu demselben Ergebnis gelangt wäre, ist nicht eindeutig.

Litzenburger lässt demgegenüber die bloß physische Präsenz genügen, wenn er unter Ablehnung der abweichenden Auffassung des OLG Frankfurt (hierzu sogleich) festhält (BeckOK-BGB/Litzenburger, Std.: 1.11.2017, § 2271 Rn. 11):

„Ist der andere Ehegatte während der Beurkundungsverhandlung vor dem Notar anwesend, so wird sie mit deren Abschluss durch Zugang gegenüber einem Anwesenden wirksam.“

Andere Stimmen sind der Auffassung, dass es sich bei der Widerrufserklärung zwingend um eine verkörperte Erklärung handele und daher die **bloße Anwesenheit nicht genüge** (BeckOGK-BGB/Braun, § 2271 Rn. 42; auch Staudinger/Kanzleiter, BGB, 2014, § 2296 Rn. 9, verlangt, dass man beide Sätze des § 2296 Abs. 2 BGB zusammen lesen müsse und das Vorlesen der Rücktrittserklärung nicht genüge; offen lassend jurisPK-BGB/Reymann, § 2271 Rn. 43). Diese Auffassung hat auch das **OLG Frankfurt** vertreten (ZEV 2009, 516, 518). In dem zugrunde liegenden Fall war der Ehegatte während der im Wohnzimmer stattfindenden Beurkundung des Widerrufs anwesend. Das OLG ließ dies für einen wirksamen Zugang nicht ausreichen. Zwar könne ein Zugang gegeben sein, wenn die Erklärung dem anderen Ehegatten auf den gemeinsamen Wohnzimmertisch gelegt werde (vgl. bereits BGH NJW-RR 1996, 641, 642). Davon sei jedoch nicht auszugehen, wenn der Notar die

Erklärung zur Verwahrung an sich nehme (OLG Frankfurt ZEV 2009, 516, 518).

Wie die höchstrichterliche Rechtsprechung die Frage entscheiden wird, ist noch offen. Für einen Zugang könnte sprechen, dass der andere Ehegatte während der Beurkundung anwesend war und vom Inhalt der Urkunde Kenntnis nehmen konnte. Hiergegen könnte man wiederum anführen, dass der Widerruf erst mit dem Abschluss der Beurkundungsverhandlung und damit erst zu einem Zeitpunkt wirksam wird, nachdem der am Tisch sitzende andere Ehegatte von der Erklärung Kenntnis erlangt hat. In der Literatur wird deshalb vertreten, dass verkörperte Erklärungen gegenüber einem Anwesenden so wie verkörperte Willenserklärungen unter Abwesenden zugehen müssten (MünchKommBGB/Einsele, 7. Aufl. 2015, § 130 Rn. 27). Hier sind gerade nicht beide Parteien an der Urkunde formell beteiligt.

Mit einer ähnlichen Problematik hat sich der **BGH** im Zusammenhang mit § 15 Abs. 4 GmbHG auseinandergesetzt (NJW-RR 2015, 735). In dem zugrundeliegenden Sachverhalt wurde eine Angebotserklärung des Anbietenden beurkundet; der Angebotsempfänger war während der Beurkundungsverhandlung anwesend. Eine Ausfertigung des Angebots wurde ihm nicht ausgehändigt. Der BGH ließ die **bloße Anwesenheit** des Angebotsempfängers bei der Beurkundung offenbar **nicht für den formgerechten Zugang genügen** (so auch Staudinger/Hertel, § 128 Rn. 26). Der Empfänger müsse eine Ausfertigung erhalten (BGH NJW-RR 2015, 735 Rn. 11). Das Erfordernis des Zugangs sei bei § 15 Abs. 4 GmbHG jedoch **dispositiv** (s. bereits BGH NJW 1995, 2217). Der BGH teilte daher die Würdigung der Vorinstanz, es sei im konkreten Fall eine Zugangserleichterung vereinbart worden. Der BGH stützte sich insbesondere auf den Vortrag des Notars, der Angebotsempfänger habe den **Notar angewiesen**, die **Ausfertigung für ihn zu verwahren** und der Anbietende sei hiermit einverstanden gewesen. Hierin könne ein Zugang liegen (BGH NJW-RR 2015, 735 Rn. 14).

Ob das Zugangserfordernis auch bei § 2296 Abs. 2 BGB abdingbar ist, ist nicht geklärt. Hiergegen spricht, dass sich die Mitwirkung des Erklärungsempfängers lediglich auf die Entgegennahme der Erklärung beschränkt, wohingegen der Empfänger eines Angebots durch die Abgabe der Annahmeerklärung vor dem Notar noch über den Eintritt der rechtsgeschäftlichen Wirkungen des Angebots entscheidet. Das OLG Frankfurt hat jedoch eine Zugangsvereinbarung im Rahmen von § 2296 BGB für möglich erachtet (OLG Frankfurt ZEV 2009, 516, 518; so auch Brockmann, MittBayNot 2015, 101, 105). Allerdings setze eine solche Zugangsvereinba-

rung voraus, dass sich die Eheleute der Notwendigkeit des Zugangs der Willenserklärung bewusst seien, da ansonsten **kein rechtsgeschäftlicher Wille** bestehe, eine Vereinbarung zu treffen (OLG Frankfurt ZEV 2009, 516, 518).

Ein Zugang könnte außerdem anzunehmen sein, wenn der Erklärungsempfänger den Notar angewiesen hätte, eine Ausfertigung für ihn zu verwahren, wenn also der Notar gewissermaßen als im Machtbereich des Erklärungsempfängers stehende Empfangsperson anzusehen wäre. Ob die Beteiligten (evtl. auch konkludent) dem Notar eine entsprechende Weisung erteilt haben, ist Tatfrage und wäre näher zu prüfen.

Ob der Widerruf gegenüber dem anderen Ehegatten wirksam geworden ist, ist daher **zweifelhaft**.

3. Widerruf durch gemeinschaftliches Testament

Ein wirksamer Widerruf könnte jedoch vorliegen, wenn es sich bei den Testamenten der Ehegatten vor dem Notar um ein **gemeinschaftliches Testament** gehandelt haben sollte (§ 2258 BGB; vgl. nur Palandt/Weidlich, BGB, 77. Aufl. 2018, § 2271 Rn. 2). Anerkannt ist, dass ein gemeinschaftliches Testament im Ganzen **nur von beiden Ehepartnern zusammen** aufgehoben werden kann, und zwar durch ein gemeinschaftliches Widerrufstestament (§ 2254 BGB), ein neues widersprechendes Testament (§ 2258 BGB), einen entsprechenden Ehegattenerbvertrag (§ 2289 Abs. 1 S. 1 BGB), die vom Willen beider Ehepartner getragene Vernichtung der Testamentsurkunde (§ 2255 BGB), die gemeinsame Rücknahme eines öffentlichen gemeinschaftlichen Testaments aus der besonderen amtlichen Verwahrung (§§ 2256, 2272 BGB; hierzu Gutachten DNotI-Report 2012, 165) oder durch einen Prozessvergleich zwischen den Ehepartnern (vgl. BeckOK-BGB/Litzenburger, § 2271 Rn. 3).

Ob es sich bei den Einzeltestamenten um ein gemeinschaftliches Testament handelt, erscheint aber **ungewiss**. Nach der h. M. kann ein gemeinschaftliches Testament i. S. v. § 2265 BGB auch dann vorliegen, wenn die letztwillige Verfügung aus einem „gemeinsamen Entschluss“ der Beteiligten hervorgegangen ist, wobei jeder der Beteiligten die Erklärungen des anderen kennen und billigen muss (vgl. BGH NJW 1977, 1728).

Die überwiegende Auffassung verlangt aus Gründen der Rechtssicherheit (in Anlehnung an die sog. Andeutungstheorie), es müsse **aus der Testamentsurkunde selbst erkennbar** sein, dass es sich um eine **gemeinschaftliche Erklärung der Ehegatten** handle (vgl. BayObLG FamRZ 2001, 1563, 1564; FamRZ 1993, 240; KG ZEV 2000, 512; J. Mayer, in: Reimann/Ben-

gel/J. Mayer, Testament und Erbvertrag, 6. Aufl. 2015, Vor § 2265 Rn. 24; Palandt/Weidlich, Vor § 2265 Rn. 2 m. w. N.). Der Errichtungszusammenhang muss demnach in den formgerechten Erklärungen irgendwie zum Ausdruck kommen.

Die **Rechtsprechung** verfolgt hierbei überwiegend eine **strenge Linie** (vgl. zum Ganzen eingehend Gutachten DNotI-Report 2014, 41 ff.). Nehmen Ehegatten zeit- und wortlautgleich in getrennten Urkunden eine gegenseitige Erbeinsetzung vor, lassen die Urkunden aber selbst keinen gemeinsamen Bezug erkennen (etwa durch die Formulierung „wir“), liegt kein gemeinschaftliches Testament vor (BayObLG FamRZ 1993, 240; ähnlich auch KG ZEV 2000, 512 und OLG München MittBayNot 2009, 55: Es reicht nicht aus, wenn beide Testamente am selben Tag und Ort errichtet worden sind und sich nach Inhalt und Fassung im Wesentlichen gleichen; großzügiger LG München II BeckRS 2008, 04855 [gemeinschaftliches Testament bei exakt übereinstimmender Gestaltung und Verwendung übereinstimmenden Briefpapiers, das bis auf den Vornamen übereinstimmt]). Dabei soll es nicht einmal ausreichen, wenn die Ehegatten in „Ich-Form“ testieren und über „unser gesamtes Hab und Gut“ verfügen (BayObLG FamRZ 1991, 1485, 1486; ablehnend insoweit die Lit. J. Mayer, Vor §§ 2265 ff. BGB Rn. 26 m. w. N.).

Ausreichend für eine Andeutung soll es demgegenüber sein, wenn die Ehegatten in den Einzeltestamenten erwähnen, dass es sich um einen „**Zusatz zum Testament**“ und „**Nachtrag zum Testament**“ handelt (OLG München MittBayNot 2009, 55) oder wenn die getrennten, aber gleichlautenden Erklärungen vom gleichen Tag die Formulierungen „wir“, „uns“ und „beiderseitiger Nachlass“ enthalten (BayObLG FamRZ 1995, 1447; ähnl. LG Mainz MittRhNotK 2000, 347, bei inhaltlicher Abstimmung auf demselben Bogen Papier).

Legt man diese Kriterien zugrunde, genügt es für die Annahme eines gemeinschaftlichen Testaments auch im vorliegenden Fall nicht, dass die Ehegatten in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang inhaltsgleiche Verfügungen getroffen haben. Erforderlich wäre die Andeutung einer Bezugnahme auf die Verfügung des jeweils anderen Testaments mit Worten wie „wir“, „gemeinsamer Nachlass“ oder dergleichen. Eine abschließende Würdigung ist allerdings dem zur Entscheidung berufenen Gericht vorbehalten.

Gutachten im Abrufdienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

<http://www.dnoti.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abrufnummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Faxabruf-Gutachten.

ZPO §§ 726,767, 794

Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung hinsichtlich eines Räumungsanspruchs; eingeschränkter Nachweisverzicht; mögliche Unwirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung; Verbrauch der vollstreckbaren Ausfertigung

Abruf-Nr.:

HGB § 48

Erteilung einer Prokura bei Vor-GmbH; Erteilung durch den Geschäftsführer; Vertretungsmacht des Geschäftsführers bei Vor-Gesellschaft

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB § 1371 Abs. 1; EuErbVO Art. 1 Abs. 1

Erbrechtliche Qualifikation des zusätzlichen Erbteils des überlebenden Ehegatten aus § 1371 Abs. 1 BGB

Art. 1 Abs. 1 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 ist dahin auszulegen, dass eine nationale Bestimmung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende, wonach beim Tod eines Ehegatten ein pauschaler Zugewinnausgleich durch Erhöhung des Erbteils des überlebenden Ehegatten vorzunehmen ist, in den Anwendungsbereich der Verordnung fällt.

EuGH, Urt. 1.3.2018 – C-558/16

Problem

Der Erblasser war deutscher Staatsangehöriger und verstarb am 29.8.2015. Er hinterließ seine Ehefrau, ebenfalls deutsche Staatsangehörige, und einen gemeinsamen Sohn. Alle Beteiligten lebten in Berlin. Der Erblasser

hatte kein Testament errichtet und wurde daher nach den gesetzlichen Regeln beerbt.

Zur Umschreibung eines in Schweden belegenen Grundstücks beantragte die Witwe ein Europäisches Nachlasszeugnis. Der Antrag wurde insoweit zurückgewiesen, als der von der Witwe behauptete Erbteil auf § 1371 Abs. 1 BGB beruhte. Diese Vorschrift gehöre zum ehelichen Güterrecht und falle daher nicht in den Anwendungsbereich der Europäischen Erbrechtsverordnung (EuErbVO). Das Kammergericht war der Ansicht, das Viertel sei güterrechtlich zu qualifizieren, da Zweck des § 1371 Abs. 1 BGB der Ausgleich des ehelichen Zugewinns nach Beendigung der Gütergemeinschaft durch Tod eines der Ehegatten sei. Aufgrund güterrechtlicher Qualifikation dürfe das Viertel nicht – auch nicht zu rein informatorischen Zwecken – im Europäischen Nachlasszeugnis ausgewiesen werden. Es legte die Frage dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) zur Vorabentscheidung vor.

Entscheidung

Der EuGH ist der Auffassung, die aus § 1371 Abs. 1 BGB folgende zusätzliche Erbquote zugunsten des überlebenden Ehegatten stelle keine Aufteilung des Vermögens aufgrund Beendigung des Güterstands dar, sondern bestimme die **Erbquote** des überlebenden Ehegatten **im Verhältnis zu den übrigen Erben**. Damit betreffe diese Vorschrift in erster Linie die Rechtsnachfolge von Todes wegen und nicht das eheliche Güterrecht. Es handele sich um eine erbrechtliche Vorschrift i. S. v. Art. 1 Abs. 1 EuErbVO mit der Folge, dass das zusätzliche Viertel im **Europäischen Nachlasszeugnis ausgewiesen** werden müsse.

Praxishinweis

In den Fällen der gesetzlichen Erbfolge nach einem in Zugewinnsgemeinschaft lebenden Erblasser kann bei Anwendbarkeit des deutschen Erbrechts nun ein vollständiges ENZ ausgestellt werden, ein gesonderter Ausweis des güterrechtlichen Viertels muss nicht erfolgen. Damit ist gesichert, dass immer ein ENZ ausgestellt werden kann, das die Erbquoten vollständig ausweist.

Andererseits hat die erbrechtliche Qualifikation des erbrechtlichen Zugewinnausgleichs Auswirkungen auf die Bestimmung der gesetzlichen Erbquoten in allen Fällen, in denen Güterstatut und Erbstatut nicht übereinstimmen. Lebte der Erblasser mit seiner Ehefrau im Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft deutschen Rechts und kommt ausländisches Erbrecht zur Anwendung, so ist mangels Geltung deutschen Erbrechts § 1371 Abs. 1 BGB nicht anwendbar (erbrechtliche Qualifikation). Das bedeutet, dass in diesen Fällen der Zugewinnausgleich allein auf güterrechtlichem Wege

durchgeführt werden kann. Die noch unter Geltung von Art 25 EGBGB a. F. im letzten Jahr ergangene Entscheidung, mit der der BGH die güterrechtliche Qualifikation befürwortet hat (BGH Beschl. v. 13.5.2015 – IV ZB 30/14, DNotI-Report 2015, 85), gilt damit unter der EuErbVO nicht mehr fort.

Die erbrechtliche Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB bewirkt zudem, dass die Vorschrift bei Geltung deutschen Rechts als Erbstatut aufgrund gewöhnlichen Aufenthalts des Erblassers in Deutschland bzw. aufgrund Rechtswahl gem. Art. 22 EuErbVO auch dann zur Anwendung kommt, wenn die Eheleute in einem Güterstand ausländischen Rechts gelebt haben. Es stellt sich dann die Frage, welche Güterstände des ausländischen Rechts als „Zugewinnsgemeinschaft“ i. S. v. §§ 1931 Abs. 3, 1371 Abs. 1 BGB zu qualifizieren sind. Hierbei handelt es sich um eine **sog. Substitutionsfrage**.

Dieses Problem ist bislang in der deutschen Literatur nur vereinzelt thematisiert worden, weil überwiegend von der güterrechtlichen Qualifikation ausgegangen wurde (vgl. Fornasier, in: Dutta/Weber/Fornasier, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 63 EuErbVO Rn. 32; Sakka, MittBayNot 2018, 4, 7). Die Lösung dieser Frage wird daher Aufgabe der Rechtsprechung und Lehre der nächsten Zeit sein. Ein Lösungsansatz wäre, das Vorliegen einer Zugewinnsgemeinschaft immer dann anzunehmen, wenn nach dem geltenden Güterstand im Rahmen der Scheidung der Ehe ein güterrechtlicher Ausgleich erfolgt, im Fall der Beendigung des Güterstandes durch Tod eines der Ehegatten aber nicht, sondern stattdessen nach den erbrechtlichen Bestimmungen des Güterstatuts der überlebende Ehegatte relativ großzügig erbrechtlich bedacht wird. Das wäre zum Beispiel bei den Zugewinnsgemeinschaften des griechischen, türkischen und Schweizer Rechts nicht der Fall, weil dort bei Auflösung der Ehe durch Tod eines der Ehegatten ein güterrechtlicher Ausgleich durchgeführt wird. Im österreichischen und englischen Recht dagegen wird, wie im deutschen Recht, im Erbfall kein Zugewinnausgleich durchgeführt, wohl aber bei Scheidung eine Teilung der ehelichen Ersparnisse. In diesen Fällen käme daher bei Geltung deutschen Erbrechts eine Erhöhung der Ehegattenerbquote gem. §§ 1931 Abs. 3, 1371 Abs. 1 BGB in Betracht. Denkbar wäre aber auch eine strengere Auffassung, die von einer Substitution nur ausgeht, wenn der Ausgleich nach dem ausländischen Güterstand durch eine Erbquotenerhöhung erfolgt.

Postvertriebsstück: B 08129

Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg
Postvertriebsstück, Deutsche Post AG, „Entgelt bezahlt“

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter
www.dnoti.de

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Dr. Johannes Weber

Redaktion: Notarassessorin Karin Raude

Bezugsbedingungen:

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

Bezugspreis:

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden. Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

Verlag:

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Druck:

Druckerei Franz Scheiner
Mainleite 5, 97340 Marktbreit