

# DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

19. Jahrgang  
Mai 2011  
ISSN 1434-3460

9/2011

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 2325 – Anlauf der 10-Jahres-Frist bei Vorbehalt eines tatbestandlich eingeschränkten Rückforderungsrechts

EGBGB Art. 15 – Volksrepublik China: gesetzlicher Güterstand in Deutschland lebender Eheleute mit chinesischer Staatsangehörigkeit

### Gutachten im Abruf-Dienst

#### Rechtsprechung

InsO § 295 Abs. 1 Nr. 2; BGB §§ 1953 Abs. 1, 2180 Abs. 3 – Keine Obliegenheit zur Geltendmachung des Vermächtnisses in Wohlverhaltensperiode

#### Literatur

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### BGB § 2325

#### Anlauf der 10-Jahres-Frist bei Vorbehalt eines tatbestandlich eingeschränkten Rückforderungsrechts

##### I. Sachverhalt

Ein bebautes Grundstück (Zweifamilienhaus) wurde vom Vater (V) in Wohnungs- und Teileigentum aufgeteilt. V übertrug im Jahre 1995 zunächst eine Wohnung an seinen Sohn S. Gegenleistungen brauchte S nicht zu erbringen, jedoch behielt sich V für den Fall des kinderlosen Vorversterbens von S und für den Fall der Veräußerung oder Belastung zu seinen Lebzeiten und ohne seine Zustimmung ein Rückforderungsrecht vor. Das Rückforderungsrecht wurde im Grundbuch durch Vormerkung gesichert. Im Jahr 2008 übertrug V auch die zweite Wohnung in dem Objekt zu den vorgenannten Bedingungen an S. Weitere Rechte, insbesondere Nutzungsrechte, behielt sich V an den Wohnungen nicht zurück.

##### II. Frage

Steht das beschränkte vormerkungsgesicherte Rückforderungsrecht des V dem Anlauf der 10-Jahres-Frist nach § 2325 Abs. 3 S. 2 BGB entgegen?

##### III. Zur Rechtslage

#### 1. 10-Jahres-Frist und Abschmelzungsmodell (§ 2325 Abs. 3 S. 1, 2 BGB)

Lebzeitige unentgeltliche Zuwendungen des späteren Erblassers vermindern zwar die Bemessungsgrundlage des

ordentlichen Pflichtteilsanspruchs i. S. v. § 2311 BGB, lösen jedoch einen Pflichtteilsergänzungsanspruch gem. § 2325 BGB aus. Sofern seit der Schenkung, genauer seit „Leistung“ des verschenkten Gegenstandes, **zehn Jahre** verstrichen sind, wird die Schenkung gem. § 2325 Abs. 3 S. 2 BGB bei der Bemessung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs nicht mehr berücksichtigt. Die vormals starre 10-Jahres-Frist wurde im Zuge der am 1.1.2010 in Kraft getretenen Reform des Erb- und Verjährungsrechts insoweit gelockert, als der ergänzungspflichtige Wert der Schenkung mit jedem seit der „Leistung“ verstrichenen vollen Jahr um 1/10 reduziert wird (vgl. § 2325 Abs. 3 S. 1 BGB, sog. **Abschmelzungsmodell**). Dies gilt auch für Schenkungen vor Inkrafttreten der Erbrechtsreform, solange nur der Erbfall ab dem 1.1.2010 eingetreten ist (vgl. Art. 229 § 23 Abs. 4 S. 2 EGBGB). Zudem kommt dem Erben als dem grundsätzlichen Schuldner des Pflichtteilsergänzungsanspruchs das sog. **Niederstwertprinzip** zugute (§ 2325 Abs. 2 S. 2 BGB).

Durch die Abschaffung der „Alles-oder-Nichts“-Regelung hat das Gestaltungsmittel der lebzeitigen Vermögensübertragung an Bedeutung gewonnen, da bei Eintritt des Erbfalls nach Ablauf von wenigstens einem Jahr seit der Leistung des verschenkten Gegenstandes eine über das Niederstwertprinzip hinausgehende Reduzierung der Ergänzungspflicht eintritt. Wie bisher kommt es allerdings entscheidend darauf an, dass der Zuwendungsgegenstand auch tatsächlich i. S. v. § 2325 Abs. 3 S. 2 BGB „**geleistet**“ wurde (vgl. G. Müller, ZNotP 2007, 444, 447; Schaal/Grigas, BWNZ 2008, 3, 13; Herzog, ErbR 2008, 206, 208; Horn, ZFE 2009, 364, 368; Holtmeyer, ErbR 2009, 298, 300; Keim, ZEV 2008, 161, 166 f.).

## 2. Kein Anlauf der 10-Jahres-Frist bei fehlender wirtschaftlicher Ausgliederung des Zuwendungsgegenstandes

### a) Eintritt des Leistungserfolgs

Für die „Leistung“ i. S. v. § 2325 Abs. 3 S. 2 BGB ist zunächst auf den **Eintritt des Leistungserfolgs** abzustellen. Die Frist beginnt also bei Grundstücksschenkungen frühestens mit Eigentumsumschreibung im Grundbuch gem. § 873 Abs. 1 BGB zu laufen (BGHZ 102, 289 = DNotZ 1988, 441; Palandt/Weidlich, BGB, 70. Aufl. 2011, § 2325 Rn. 25).

### b) Erfordernis einer „wirtschaftlichen Ausgliederung“

Allerdings hat der IV. Zivilsenat in der Leitscheidung vom 27.4.1994 (IV ZR 132/93, BGHZ 125, 395 = DNotZ 1994, 784) festgestellt, dass eine Leistung nicht schon dann zu bejahen ist, wenn der spätere Erblasser die Rechtsinhaberschaft auf den Erwerber übertragen hat. Nach dem BGH (BGHZ 125, 395 = DNotZ 1994, 784) liegt eine „Leistung i. S. von § 2325 Abs. 3 Halbs. 1 BGB [neu § 2325 Abs. 3 S. 2 BGB] [...] [dann] vor, wenn der Erblasser nicht nur seine Rechtsstellung als Eigentümer endgültig aufgibt, sondern auch darauf verzichtet, den verschenkten Gegenstand – sei es aufgrund vorbehaltenen dinglicher Rechte oder durch Vereinbarung schuldrechtlicher Ansprüche – im wesentlichen weiterhin zu nutzen.“

Der BGH stellt insoweit maßgeblich auf den Schutzzweck des § 2325 BGB ab. Von der pflichtteilsrechtlichen Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen ist im Interesse eines wirkungsvollen Schutzes des Pflichtteilsrechts nur dann eine Ausnahme zu machen, wenn der Erblasser „den ‚Genuß‘ des verschenkten Gegenstands [...] tatsächlich entbehren“ musste. Dadurch soll verhindert werden, dass durch eine rein rechtliche Ausgliederung von Vermögensgegenständen aus dem Erblasservermögen Pflichtteilergänzungsansprüche missliebiger Abkömmlinge vereitelt werden. Erst ab dem Zeitpunkt, ab dem der spätere Erblasser darauf verzichtet, den Zuwendungsgegenstand im Wesentlichen weiterhin zu nutzen, läuft die Frist an (**wirtschaftliche Ausgliederung** aus dem Vermögen des späteren Erblassers).

Demzufolge liegt **keine Leistung** i. S. d. § 2325 Abs. 3 S. 1, 2 BGB vor, wenn der Übergeber sich einen **umfassenden Nießbrauch** vorbehält, da er in diesem Fall den „Genuss“ des verschenkten Gegenstandes nicht aufgeben und er daher keinen spürbaren Vermögensverlust erlitten habe (BGHZ 125, 395 = DNotZ 1994, 784). Ob bzw. u. U. inwieweit die 10-Jahres-Frist bei einem Vorbehalt bzw. der Vereinbarung von Rechten „unterhalb“ eines Totalnießbrauchs zu laufen beginnt, ist nach wie vor nicht abschließend geklärt (vgl. Gehse, RNotZ 2009, 361; Herrler, ZEV 2008, 461).

## 3. Anlauf der 10-Jahres-Frist bei Vorbehalt von Rückforderungsrechten

### a) Gesamtbetrachtung bei vorbehaltenen Nutzungs- und Rückforderungsrechten

In der Praxis behält sich der Übergeber häufig neben einem (teilweisen) Nutzungsrecht ein in der Regel beschränktes Rückforderungsrecht vor, so z.B. in dem der Entscheidung des OLG Düsseldorf zugrunde liegenden Sachverhalt (FamRZ 1999, 1546 = MittBayNot 2000, 120) – enumerative Rückforderungsgründe sowie teilweises Wohnungsrecht und Pflegeverpflichtung. Insoweit besteht in Rechtsprechung und Literatur weitgehend Einvernehmen, dass im Wege einer **Gesamtschau der vor-**

**behaltenen Rechte** darüber zu entscheiden ist, ob ein spürbares Vermögensopfer seitens des Übergebers und damit eine wirtschaftliche Ausgliederung i. S. v. § 2325 Abs. 3 S. 2 BGB zu bejahen ist (Herrler, ZEV 2008, 461, 463; BeckOKBGB/J. Mayer, Stand 1.8.2010, § 2325 Rn. 34; G. Müller, in: Burandt/Rojahn, Erbrecht, 2011, § 2325 BGB Rn. 95; vgl. auch OLG Düsseldorf FamRZ 1999, 1546 = MittBayNot 2000, 120; OLG Celle OLG 2003, 370 = NotBZ 2003, 475; OLG Oldenburg ZEV 2006, 80; OLG München ZEV 2008, 480 = MittBayNot 2009, 158).

### b) Behandlung eines isolierten Rückforderungsrechts

Zur Rechtslage bei **Vereinbarung eines „isolierten“ Rückforderungsrechts** (ohne Vorbehalt eines Nutzungsrechts) fehlt nach wie vor höchstgerichtliche Rechtsprechung. Der BGH hat hierzu in seiner Grundsatzentscheidung vom 27.4.1994 (BGHZ 125, 395 = DNotZ 1994, 784) nicht Stellung genommen, obwohl dem Urteil ein Fall zugrunde lag, in dem neben dem (Total-)Nießbrauch auch ein Rückforderungsrecht vorbehalten war. Da bereits aufgrund des vorbehaltenen Nießbrauchs die wirtschaftliche Ausgliederung zu verneinen war, kam es auf das Rückforderungsrecht nicht mehr an. Vorliegend wurde aber kein Nutzungsrecht, sondern allein ein Rückforderungsrecht vorbehalten. Im Unterschied zu Nutzungsrechten behält sich der Veräußerer hier – in gewissem Umfang – den **Zugriff auf den Substanzwert** des Gegenstandes vor. Es stellt sich mithin die Frage, ob bzw. wenn ja, unter welchen Voraussetzungen ein vertraglich vereinbartes Rückforderungsrecht einem spürbaren Vermögensopfer bzw. einer wirtschaftlichen Ausgliederung des Zuwendungsgegenstandes auf Seiten des Übergebers entgegenstehen kann, mit der Folge, dass die 10-Jahres-Frist nicht anläuft.

### aa) M.M.: Rückforderungsrechte niemals fristhemmend

Eine Ansicht in der Literatur vertritt, dass Rückforderungsrechte – unabhängig von ihrer Ausgestaltung im Einzelnen – **generell nicht dem Fristlauf entgegenstünden**. Denn mache der Schenker von seinem Rückforderungsrecht Gebrauch und würde der Gegenstand an den späteren Erblasser zurückübertragen, bestünde für eine Pflichtteilergänzung kein Anlass, da der Gegenstand dem ordentlichen Pflichtteil unterfalle. Werde das Rückforderungsrecht hingegen nicht ausgeübt, bleibe die außerhalb der 10-Jahres-Frist vollzogene Schenkung ergänzungsfest (vgl. Ellenbeck, MittRhNotK 1997, 41, 53; Heinrich, MittRhNotK 1995, 157, 165; Staudinger/Olshausen, BGB, Neubearb. 2006, § 2325 Rn. 59; Pawlytta, in: Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, 2. Aufl. 2010, § 7 Rn. 171 f.; Rösler, in: Groll, Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung, 3. Aufl. 2010, C VI Rn. 235).

### bb) H.M.: (Nur) Rückforderungsgründe außerhalb des Einflussbereichs des Übergebers nicht fristhemmend

(1) Überwiegend wird allerdings ein **freies Rück-erwerbsrecht** für **fristschädlich** gehalten, da es an der erforderlichen Ausgliederung aus dem Vermögen des Schenkers fehle. Gleiches gelte für **Rückforderungsgründe, deren Eintritt allein im Einflussbereich des Übergebers** liege. Denn unter diesen Umständen könne der Erwerber seine Eigentümerrechte nur „unter dem Damoklesschwert der Rückforderungsmöglichkeit“ ausüben, deren Aktualisierung jederzeit drohe. Der Übergeber könne den Substanzwert beliebig aktivieren und dadurch – zumindest faktisch – Einfluss auf die Nutzung des Zuwendungsgegenstandes

nehmen (Cornelius, Der Pflichtteilergänzungsanspruch, 2004, Rn. 744 ff.; N. Mayer, ZEV 1994, 325, 329; Herrler, ZEV 2008, 461, 463 f.; Kerscher/Riedel/Lenz, Pflichtteilsrecht, 3. Aufl. 2002, § 9 Rn. 108; Kollhosser, AcP 194 (1994), 231, 264; BeckOKBGB/J. Mayer, Stand 1.8.2010, § 2325 Rn. 35; Schindler, ZEV 2005, 290, 294; Diehn, DNotZ 2009, 68, 70; MünchKommBGB/Lange, 5. Aufl. 2010, § 2325 Rn. 63; G. Müller, in: Burandt/Rojahn, Erbrecht, § 2325 BGB Rn. 102; Schlitt, in: Schlitt/Müller, Handbuch Pflichtteilsrecht, 2010, § 6 Rn. 51; Palandt/Weidlich, § 2325 BGB Rn. 28).

Für diese Auffassung spricht auch die Entscheidung des BGH zur Pfändung des freien Rückforderungsrechts (vgl. BGH DNotZ 2004, 298 = DNotI-Report 2003, 84). Dort hat der BGH zur Begründung u. a. ausgeführt:

„Das Recht des Schuldners, nach freiem Belieben einen Gegenstand seinem Vermögen (wieder-)einzuverleiben, hat Vermögenswert. Da dieser Vermögenswert bei der Grundstücksübertragung ausgeklammert worden ist, hat sich der Schuldner des Grundstücks nicht vollständig (vgl. auch den Nießbrauchsvorbehalt), zumindest nicht endgültig entäußert.“

Diese Aussage stützt u. E. die oben stehende Argumentation: Wenn der BGH in der Nießbrauchsentscheidung aus dem Jahr 1994 (BGHZ 125, 395 = DNotZ 1994, 784) den fehlenden Fristanlauf schon aus dem Fehlen des Nutzungsübergangs gefolgert hat, dürfte Gleiches wohl für die fehlende Verfügungsbefugnis gelten, die das Eigentum noch mehr kennzeichnet.

(2) Demgegenüber bejaht die – soweit ersichtlich – einhellige Literaturlage einen **Anlauf der 10-Jahres-Frist**, wenn die **Rückforderungsgründe außerhalb des Einflussbereichs des Übergebers** im Verhalten oder den Verhältnissen des Erwerbers begründet liegen. Kennzeichnend ist insoweit, dass der Schenkende den Rückerwerbsfall **nicht willkürlich herbeiführen** kann. Mangels Einfluss des Übergebers auf den Eintritt des Rückforderungsfalls kann er weder selbstbestimmt auf den Substanzwert des Zuwendungsgegenstandes zugreifen noch dessen Nutzung in seinem Sinne beeinflussen (Herrler, ZEV 2008, 461, 464; MünchKommBGB/Lange, § 2325 Rn. 63; BeckOKBGB/J. Mayer, Stand 1.8.2010, § 2325 Rn. 35; G. Müller, in: Burandt/Rojahn, Erbrecht, § 2325 BGB Rn. 102; Palandt/Weidlich, § 2325 Rn. 28; Abele/Klinger/Maulbetsch, Pflichtteilsansprüche reduzieren und vermeiden, 2010, § 2 Rn. 61; Schlitt, § 6 Rn. 51; in der Tendenz ebenso N. Mayer, ZEV 1994, 325, 329 f.; ders., FamRZ 1994, 739, 745 f.; Winkler, ZEV 2005, 89, 94).

Hierunter fallen u.a. das Rückforderungsrecht bei **Vorversterben** oder **Insolvenz** des Erwerbers, im Falle von **Zwangsvollstreckungsmaßnahmen** in das übergebene Objekt, bei **Veräußerung** oder **Belastung** des Zuwendungsgegenstands ohne Zustimmung des Übergebers sowie bei Heirat des Erwerbers ohne Abschluss eines Ehevertrages oder Scheidung der Ehe.

#### cc) OLG Düsseldorf: Rückforderungsrechte bei Veräußerung oder Belastung fristhemmend

Demgegenüber hat das **OLG Düsseldorf** in seiner **Entscheidung vom 11.4.2008** (VII U 70/07, ZEV 2008, 525 m. abl. Anm. Herrler = DNotZ 2009, 67 m. abl. Anm. Diehn) vertreten, dass die **10-Jahres-Frist** trotz Eigen-

tumsbeschreibung **nicht in Gang gesetzt** wird, wenn sich der Übergeber ein **Rückforderungsrecht** für den Fall der **Weiterveräußerung oder Belastung** ohne Zustimmung des Übergebers vorbehalten hat. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf hindert ein derartiges Rückforderungsrecht den Anlauf der 10-Jahres-Frist des § 2325 Abs. 3 BGB, da die Eigentümerposition des Erwerbers dadurch erheblich beeinträchtigt werde und darin die Absicht der Übergeberin zum Ausdruck komme, den wirtschaftlichen Wert der Grundstücke zu ihrer Verfügbarkeit zu halten.

#### dd) Stellungnahme

Aus unserer Sicht ist die durch die Vereinbarung eines **Rückforderungsrechts** für den Fall der **unberechtigten Veräußerung oder Belastung** bewirkte Beschränkung der Eigentümerbefugnisse des Erwerbers **für den Fristanlauf ohne Bedeutung**. Vom Normzweck des § 2325 Abs. 3 BGB her kommt es allein darauf an, dass der Veräußerer den Zuwendungsgegenstand im Wesentlichen aus seinem Vermögen ausgegliedert hat. Durch dieses Erfordernis wird eine Vereitelung von Pflichtteilsansprüchen verhindert. Zudem bleibt u. E. unklar, weshalb dem Veräußerer der Wert der Grundstücke bis an sein Lebensende erhalten bleiben soll. Im Regelfall kann er nämlich weder auf die Nutzungen noch auf die Substanz zugreifen. Überträgt man das vom BGH zum vorbehaltenen Nießbrauch entwickelte Kriterium des „im Wesentlichen weiterhin Nutzens“ auf den vorliegenden Sachverhalt, wird man kaum sagen können, dass das vorliegend beschränkte Rückforderungsrecht dem Veräußerer einen weitgehenden Zugriff auf den Substanzwert verschafft. Dem Anlauf der 10-Jahres-Frist des § 2325 Abs. 3 BGB steht u. E. das vorbehaltene Rückforderungsrecht daher nicht entgegen. Mangels höchstrichterlicher Rechtsprechung ist die Rechtslage insoweit allerdings nicht abschließend geklärt.

---

## EGBGB Art. 15

### Volksrepublik China: gesetzlicher Güterstand in Deutschland lebender Eheleute mit chinesischer Staatsangehörigkeit

#### I. Sachverhalt

Ein verheirateter chinesischer Staatsangehöriger möchte Wohnungseigentum zu Alleineigentum erwerben. Seine Ehefrau wohnt mit ihm in Deutschland.

#### II. Fragen

1. Gestattet der gesetzliche chinesische Güterstand den Erwerb von Wohnungseigentum durch den Ehemann zu Alleineigentum?

2. Welches Güterrecht gelangt im vorliegenden Fall zur Anwendung?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Zum gesetzlichen Güterstand nach chinesischem Recht

Gesetzlicher Güterstand ist nach dem Ehegesetz der Volksrepublik China in der Neufassung vom 28.4.2001 (im Folgenden kurz: EheG) eine **Art der Errungenschaftsgemeinschaft**. In den Sonderverwaltungszonen Hongkong und Macau gelten autonome eherechtliche Normen. Diese sehen jeweils als gesetzlichen Güterstand eine Gütertrennung mit Zugewinnausgleich vor.

a) Gem. **Art. 17 EheG** fällt grundsätzlich das gesamte während der Dauer der Ehebeziehung erworbene Vermögen in das **gemeinsame Eigentum der Eheleute**, u.a. Löhne, Erträge aus geistigen Schutzrechten sowie grundsätzlich auch das durch Schenkung oder Erbfolge erworbene Vermögen. Demgegenüber gehören das von den Eheleuten in die Ehe eingebrachte Vermögen sowie Gebrauchsgegenstände des täglichen Lebens, die ausschließlich von einem der Ehegatten benutzt werden, gem. Art. 18 EheG zum **Eigengut eines Ehegatten**. Gleiches gilt für dasjenige durch Schenkung oder Testament erworbene Vermögen, bei welchem im Schenkungsvertrag oder in der letztwilligen Verfügung angeordnet wurde, dass es nur einem der Eheleute zugute kommen soll. Über das gemeinsame Vermögen verfügen Ehemann und Ehefrau gem. Art. 17 Abs. 2 EheG gleichberechtigt. Eine **Verfügung** ist somit **nur einvernehmlich möglich**.

b) Allerdings kann sich der Ehemann bei Geltung chinesischen Güterrechts ohne Mitwirkung seiner Ehefrau vertraglich **verpflichten und sämtliche Erwerbsvoraussetzungen alleine setzen**. Hierdurch würde er aber freilich nicht Alleineigentümer einer Eigentumswohnung. Vielmehr wären in diesem Fall die Eheleute als gemeinschaftliche Eigentümer im Grundbuch einzutragen. Dies gilt selbst dann, wenn die Auflassung an den Ehemann allein erfolgt ist (vgl. insoweit nur Schönher/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 761). Der gesetzliche chinesische Güterstand steht somit einem Grundstückserwerb ohne Mitwirkung der Ehefrau nicht entgegen. Der Antrag auf Eintragung des Erwerbers im Grundbuch müsste allerdings vorsehen, dass beide Ehegatten als Eigentümer im gesetzlichen Güterstand des Rechts der Volksrepublik China eingetragen werden.

## 2. Ermittlung des ehelichen Güterstatuts

### a) Verweisung durch das deutsche Recht

Fraglich ist jedoch, ob im vorliegenden Fall überhaupt chinesisches Güterrecht anzuwenden ist. Soweit die **Eheschließung ab dem 9.4.1983** stattgefunden hat (vgl. insoweit Art. 220 Abs. 3 EGBGB), ist das auf die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe anwendbare Recht aus deutscher Sicht nach Art. 15 EGBGB zu bestimmen. Vorbehaltlich einer abweichenden ehevertraglichen Vereinbarung der Eheleute gem. Art. 15 Abs. 2 EGBGB gilt dabei gem. **Art. 15 Abs. 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Ziff. 1 EGBGB** für die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe das Recht des Staates, dem beide Eheleute zum Zeitpunkt der Eheschließung angehört haben. Insoweit käme es also zur Geltung chinesischen Rechts, sollten die Eheleute schon zum Zeitpunkt der Eheschließung beide Staatsangehörige der Volksrepublik China gewesen sein.

Bei unterschiedlicher Staatsangehörigkeit im Zeitpunkt der Eheschließung wäre das Recht der Volksrepublik China dann anzuwenden, wenn beide Eheleute zu diesem Zeitpunkt ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Volksrepublik China gehabt haben sollten, **Art. 15 Abs. 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Ziff. 2 EGBGB**. Ein späterer Umzug nach Deutschland wäre aus deutscher Sicht unbeachtlich. Deutsches Güterrecht würde bei unterschiedlicher Staatsangehörigkeit gelten, wenn die Eheleute bei Eheschließung schon in Deutschland gelebt hätten.

Bei dieser Verweisung auf das Recht der Volksrepublik China wäre zu beachten, dass China kein einheitliches Rechtsgebiet darstellt, sondern in den Gebieten

Festlandchina, Macau und Hongkong unterschiedliches Recht gilt. Insoweit wäre daher mangels eines einheitlichen interlokalen Kollisionsrechts in der Volksrepublik China gem. Art. 4 Abs. 3 S. 2 EGBGB zu ermitteln, mit welchem dieser Rechtsgebiete die Beteiligten am engsten verbunden waren. Soweit im vorliegenden Fall keine Beziehungen nach Macau oder Hongkong bestanden, wäre dieses das in Festlandchina geltende Recht.

### b) Rückverweisung?

Das materielle Güterrecht der Volksrepublik China gelangt aufgrund dieser Verweisung allerdings nur dann zur Anwendung, wenn das Internationale Privatrecht der Volksrepublik China nicht gem. Art. 4 Abs. 1 S. 2 EGBGB auf deutsches Recht zurück verweist.

#### aa) Bisherige Rechtslage

Das **Internationale Privatrecht der Volksrepublik China** (Festlandchina) war **bisher nur unvollständig kodifiziert**. Weder die international-privatrechtlichen gesetzlichen Bestimmungen im 8. Kapitel der „Allgemeinen Regeln des Zivilrechts der Volksrepublik China“ vom 12.4.1986 noch die dazu ergangenen „Versuchsweise durchgeführten Ansichten des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen der Anwendung der Allgemeinen Regeln des Zivilrechts der Volksrepublik China“ vom 26.1.1988 (deutsche Übersetzung beider Texte in: Kropholler/Krüger/Riering/Samtleben/Siehr, Außereuropäische IPR-Gesetze, 1999, S. 188 ff.) enthalten eine Regelung, welche das auf die Ehwirkungen anwendbare Recht ausdrücklich bestimmt. Allerdings ergibt sich aus Ziff. 188 der „Ansichten“ des Obersten Volksgerichts, dass in Ehescheidungsfällen mit Auslandsberührung, die von chinesischen Gerichten angenommen werden, auf die Scheidung und die von der Scheidung herbeigeführte Vermögensteilung das **chinesische Recht anzuwenden** ist. Hieraus lässt sich folgern, dass **chinesische Gerichte** nicht nur bei Scheidungen, sondern auch in anderen Verfahren zur Beurteilung güterrechtlicher Fragen **chinesisches Recht anwenden, soweit** nur die **internationale Zuständigkeit** chinesischer Gerichte **gegeben** ist (vgl. Rieck/Süß, Ausländisches Familienrecht, Länderbericht China [Stand: November 2006] Rn. 39).

(1) Nach der chinesischen Rechtsprechung sollen sich im Ausland ansässige chinesische Staatsangehörige für die Scheidung ihrer Ehe grundsätzlich an die Gerichte ihres Ansässigkeitsstaates wenden, selbst dann, wenn beide Ehepartner chinesische Staatsangehörige sind. Eine subsidiäre Zuständigkeit der chinesischen Gerichte wird nur ausnahmsweise angenommen, wenn sich die Gerichte des Ansässigkeitsstaates für die Scheidung aufgrund der chinesischen Staatsangehörigkeit der Ehegatten bzw. der Eheschließung in China für unzuständig erklären (vgl. v. Senger, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht der Volksrepublik China, Zürich 1994, Bd. 1, S. 367; Süß, Grundzüge des chinesischen Internationalen Privatrechts, 1991, S. 142). Dabei liegt eine Ansässigkeit in einem ausländischen Staat dann vor, wenn ein chinesischer Bürger in einem ausländischen Staat langfristig wohnt und dort das Aufenthaltsrecht erhalten hat. Langfristig bedeutet hier in der Regel mehr als drei Jahre. Vorübergehende Aufenthalte zur Arbeit oder zum Studium sind ausgenommen (Süß, S. 60).

(2) In der chinesischen international-privatrechtlichen Literatur nehmen dagegen viele Autoren zur Frage, welches Recht aus chinesischer Sicht auf die güterrechtlichen Beziehungen anzuwenden ist, gar keine Stellung (vgl. z. B.

Li Shuangyuan, Shewai hunyinjingchengfa [Internationales Ehe- und Erbrecht], Peking 1989, S. 78 ff.; ebenso ders. (Hrsg.), Private International Law, 2. Aufl. Peking 2007, S. 439 ff.). Ein anderer Teil der Autoren geht davon aus, dass sich die persönlichen und güterrechtlichen Beziehungen von Ehegatten, die sich beide in China aufhalten, auch dann nach chinesischem Recht richten, wenn die Beteiligten Ausländer sind. Grund hierfür sei die Geltung chinesischen Rechts als Ausdruck der staatlichen Souveränität (vgl. die Nachweise bei Münzel, IPRax 1988, 46, 52; Chen Chunlong, in: Juris-Classeur droit comparé, Chine, 1993, Anm. 150). In konsequenter Weiterentwicklung dieser vom Territorialitätsprinzip geprägten Anknüpfung ist für Ehegatten, die beide im Ausland leben, das dort geltende nationale Güterrecht anzuwenden – wobei einzelne Autoren jedoch in einer Art verstärkten *ordre-public*-Vorbehalts zusätzlich die Beachtung grundlegender Prinzipien des chinesischen Rechts verlangen (vgl. v. Senger, in Bergmann/Ferid, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, China, 1990, S. 46; Chen Chunlong, Anm. 150; Süß, S. 144). In jüngeren Stellungnahmen wird für eine Anknüpfungsleiter plädiert, die zunächst das gemeinsame Heimatrecht, hilfsweise das gemeinsame Wohnsitzrecht, höchst hilfsweise das Recht des Eheschließungsortes oder die *lex fori* zur Anwendung bringt. Vorrangig sei aber für Immobilien das Belegenheitsrecht und im Falle von Vereinbarungen das gewählte Recht zu beachten (vgl. Lin Yanping, Private International Law Cases Analysis, Peking 2007, S. 141 unter Hinweis auf einen Entwurf für ein IPR-Gesetz).

#### bb) Rechtslage ab dem 1.4.2011

Am 1.4.2011 ist in der Volksrepublik China das Gesetz der Volksrepublik China über die Rechtsanwendung in Zivilsachen mit Auslandsberührung vom 1.11.2010 (im Folgenden kurz: RAG) in Kraft getreten, welches in Art. 24 RAG das auf die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe anwendbare Recht wie folgt bestimmt:

#### „§ 24 RAG

<sup>1</sup>Die Parteien können für die Vermögensbeziehungen der Eheleute das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts einer Partei, das Recht ihrer Staatsangehörigkeit oder das Recht des Ortes, an dem das Vermögen im Wesentlichen belegen ist, einvernehmlich wählen. <sup>2</sup>Haben die Parteien nicht gewählt, wird das Recht des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts angewandt; gibt es keinen gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt, wird das Recht der gemeinsamen Staatsangehörigkeit angewandt.“

Hieraus ergibt sich zunächst, dass die Eheleute eine **ehevertragliche Rechtswahl** treffen können. Haben sie keine Rechtswahl getroffen, so gilt das Recht des Staates, in dem sie beide ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben. Im Gegensatz zu Art. 15 EGBGB wird der Anknüpfungspunkt für das Güterstatut hierbei nicht auf einen bestimmten Zeitpunkt fixiert (Unwandelbarkeitsgrundsatz). Vielmehr wird insoweit auf das Recht des Staates verwiesen, in welchem die Eheleute jeweils aktuell ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben (**wandelbare Anknüpfung**).

Sollten die Eheleute im vorliegenden Fall beide chinesische Staatsangehörige sein bzw. zum Zeitpunkt der Eheschließung ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Volksrepublik China gehabt haben, ergäbe sich aus § 24 S. 2 Hs. 1 RAG dann eine **Rückverweisung** auf das deutsche Güterrecht, wenn die Eheleute zwischenzeitlich ihren Lebensmittelpunkt und damit ihren gewöhnlichen Aufenthalt i. S. v. Art. 24 S. 2 RAG nach Deutschland verlegt haben. Dies voraus-

gesetzt, würde gem. **Art. 4 Abs. 1 S. 2 EGBGB** deutsches materielles Güterrecht zur Anwendung gelangen, mit der Folge, dass die Eheleute im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft deutschen Rechts leben und der Ehemann das Grundstück allein erwerben kann sowie als alleiniger Eigentümer in das Grundbuch einzutragen wäre.

#### 3. Fazit

Im vorliegenden Fall ist somit zunächst die Staatsangehörigkeit der Ehefrau zum Zeitpunkt der Eheschließung zu ermitteln (Art. 15 Abs. 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Ziff. 1 EGBGB). Bei nicht chinesischer Staatsangehörigkeit der Ehefrau wäre des Weiteren festzustellen, wo die Eheleute zum Zeitpunkt der Eheschließung beide ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten (Art. 15 Abs. 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Ziff. 2 EGBGB).

Bei chinesischer Staatsangehörigkeit der Ehefrau oder gewöhnlichem Aufenthalt der Ehegatten bei Eheschließung in der Volksrepublik China würde § 24 S. 2 RAG (Inkrafttreten 1.4.2011) zur Anwendung gelangen, der auf das deutsche materielle Güterrecht zurück verweist, da beide Eheleute aktuell ihren Lebensmittelpunkt in Deutschland haben. U. E. könnte in der erstmaligen gesetzlichen Regelung des ehelichen Güterstatuts durch das RAG auch eine Klarstellung in Bezug auf den davor liegenden Zeitraum zu sehen sein.

## Gutachten im Abruf-Dienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abruf-Dienst im Internet unter:

<http://faxabruf.dnoti-online-plus.de>

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

#### BGB §§ 1018, 874

**Erschließungsdienstbarkeit; schlagwortartige Bezeichnung im Grundbuch; ausreichende Bestimmtheit**  
Abruf-Nr.: 107461

#### BGB §§ 1184, 1115, 873; GBO §§ 29, 19

**Divergenz zwischen Zinssatz der Hypothek und Zinssatz der gesicherten Forderung; Akzessorietätsgrundsatz bei der Sicherungshypothek**  
Abruf-Nr.: 104838

#### BGB §§ 1629, 1643, 1795; KSÜ Art. 7; MSA Art. 2

**Schweiz: Gesellschaft bürgerlichen Rechts; Grundbuchberichtigung im Todesfall; Liquidationsgesellschaft; Erfordernis einer gerichtlichen Genehmigung nach schweizerischem Recht; Ausschluss der elterlichen Vertretungsmacht bei Interessenkollision**  
Abruf-Nr.: 107916

#### InsO §§ 36, 83, 203, 295; ZPO § 852

**Ausschlagungsrecht des Erben in der Insolvenz; Verpflichtung zur Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen; Obliegenheitsverletzung des Insolvenzschuldners durch Nichtgeltendmachung eines entstandenen Pflichtteilsanspruchs**  
Abruf-Nr.: 107908

**InsO § 295 Abs. 1 Nr. 2; BGB §§ 1953 Abs. 1, 2180 Abs. 3**

**Keine Obliegenheit zur Geltendmachung des Vermächtnisses in Wohlverhaltensperiode**

**Tritt der Erbfall in der Wohlverhaltensphase ein, entsteht die Obliegenheit des Schuldners, die Hälfte des Wertes des Vermächtnisses an den Treuhänder abzuführen, erst mit der Annahme des Vermächtnisses (Ergänzung von BGH WM 2009, 1517).**

BGH, Beschl. v. 10.3.2011 – IX ZB 168/09  
Abruf-Nr.: 10970

### Problem

Das am 24.5.2002 auf eigenen Antrag eröffnete Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners wurde nach Ankündigung der Restschuldbefreiung am 19.8.2004 aufgehoben. Am 6.4.2005 verstarb die Mutter des Schuldners. Sie hatte den Schuldner letztwillig nicht zum Erben eingesetzt, ihm aber vermächtnisweise den Teil eines Grundstücks zugewandt. Der Treuhänder erfuhr erst im Januar 2008 von dieser vermächtnisweisen Zuwendung. Daraufhin angesprochen erklärte der Schuldner, er habe weder den Pflichtteil noch das Vermächtnis geltend gemacht; von dem Vermächtnis habe er erst durch den Treuhänder erfahren. Auf Antrag der weiteren Beteiligten versagte das Insolvenzgericht dem Schuldner die Restschuldbefreiung.

Dessen sofortige Beschwerde blieb ohne Erfolg. Nach Auffassung des Beschwerdegerichts hat der Schuldner seine Obliegenheit nach § 295 Abs. 1 Nr. 3 InsO verletzt, weil er dem Treuhänder den Anfall des Vermächtnisses verheimlicht habe. Der Schuldner habe selbst eingeräumt, bereits im Jahr 2005 vom Nachlassgericht darüber informiert worden zu sein, dass ihm nach dem Tod seiner Mutter ein Pflichtteilsanspruch zustehe. Er habe es unterlassen, den Treuhänder über den jedenfalls bestehenden Pflichtteilsanspruch zu informieren. Auch nach Kenntniserlangung vom Vermächtnis habe er es unterlassen, sich gegenüber dem Treuhänder hierzu zu erklären. Ferner liege ein Verstoß gegen die Obliegenheit nach § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO vor, da der Schuldner durch Nichtausübung seines werthaltigen Vermächtnisanspruchs seine Gläubiger benachteiligt habe.

Mit der Rechtsbeschwerde erstrebt der Schuldner weiterhin die Aufhebung der Versagung der Restschuldbefreiung.

### Entscheidung

Nach Auffassung des BGH liegt weder ein Obliegenheitsverstoß nach § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO noch nach § 295 Abs. 1 Nr. 3 InsO vor, sodass die **Versagung der Restschuldbefreiung** gem. § 296 Abs. 1 S. 1 InsO **nicht gerechtfertigt** ist. Zunächst stellt der BGH klar, dass der Verzicht auf die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs ebenso wie die Ausschlagung einer Erbschaft oder der Verzicht auf ein Vermächtnis keine Obliegenheitsverletzung i. S. v. § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO begründet, da die **Entscheidung über die Ausschlagung einer Erbschaft bzw. die Geltendmachung des Pflichtteils höchstpersönlicher Natur** sei (vgl. § 83 Abs. 1 S. 1 InsO). Dieser höchstpersönliche Charakter sei **auch in der Wohlverhaltensperiode zu beachten** und dürfe nicht durch einen mittelbaren Zwang

zur Annahme der Erbschaft oder zur Geltendmachung des Pflichtteils unterlaufen werden. Die Untätigkeit des Schuldners hinsichtlich seines Pflichtteilsanspruchs, die einem Verzicht auf den Pflichtteilsanspruch gleichzubehandeln sei, weil sie noch vor der Entscheidung über die Restschuldbefreiung zur Verjährung des Anspruchs führte, rechtfertige deren Versagung deshalb nicht.

Für das Vermächtnis könne im Ergebnis nichts anderes gelten. **Erst mit Annahme des Vermächtnisses entstehe die Obliegenheit** des Schuldners aus § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO, die Hälfte des Wertes des Vermächtnisses an den Treuhänder abzuführen. Die dadurch für den Schuldner bestehende Möglichkeit, den Halbteilungsgrundsatz zu umgehen, indem er das Vermächtnis erst nach Ablauf der Wohlverhaltensperiode annimmt, müsse in Kauf genommen werden. Mache der Schuldner den Pflichtteil erst nach diesem Zeitpunkt geltend, trete diese Folge ebenfalls ein (vgl. BGH, Beschl. v. 16.7.2009 – IX ZB 72/09, ZInsO 2009, 1831 Tz. 10). Ein anderes Ergebnis folge auch nicht aus den bis zum 31.12.2009 geltenden unterschiedlichen Verjährungsfristen für Vermächtnis- und Pflichtteilsansprüche (einerseits 30 Jahre gem. § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB a. F., andererseits 3 Jahre gem. § 2332 BGB a. F.).

Die Restschuldbefreiung sei auch nicht wegen eines Verstoßes des Schuldners gegen seine Obliegenheit nach § 295 Abs. 1 Nr. 3 InsO zu versagen. Ein schlichtes Verschweigen stelle nur dann ein Verheimlichen i. S. v. § 295 Abs. 1 Nr. 3 InsO dar, wenn eine Rechtspflicht zur Offenbarung des Vermögensgegenstandes bestand. Die Pflicht, einen in der Wohlverhaltensperiode eingetretenen Erbfall unaufgefordert schon zu einem Zeitpunkt anzuzeigen, zu dem die Erbschaft oder ein Vermächtnis noch ausgeschlagen werden kann oder noch nicht feststeht, ob ein Pflichtteilsanspruch geltend gemacht wird, sieht die InsO nicht vor. Im Übrigen scheitere die Versagung der Restschuldbefreiung nach § 296 Abs. 1 S. 1 InsO schon an der fehlenden Beeinträchtigung der Befriedigung der Insolvenzgläubiger, solange der Schuldner die Möglichkeit hat, durch Ausübung der ihm persönlich zustehenden Rechte den Vermögenserwerb rückgängig zu machen (§§ 2180 Abs. 3, 1953 Abs. 1 BGB) oder ihn – im Fall eines Pflichtteilsanspruchs – nicht geltend zu machen.



**Postvertriebsstück: B 08129**

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

---

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu 2 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. Sebastian Herrler, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

**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  
Haugerpfargasse 9, 97070 Würzburg