

Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer

Standesinternes Mitteilungsblatt (Teil 1)
Herausgeber: Rheinische Notarkammer, Burgmauer 53, 5 Köln 1

Nr. 3

MittRhNotK

März 1984

Die Auswirkungen des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 22.2.1983 zu Art. 15 EGBGB

(von Notar Dr. Günther Schotten, Köln)

1. Ausgangslage

Das Bundesverfassungsgericht hat durch Beschluß vom 22.2.1983 Art. 15 Abs. 1 und Abs. 2 1. Halbsatz EGBGB wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 2 GG für nichtig erklärt¹. Die Entscheidungsformel hat gemäß § 31 Abs. 2 BVerfGG Gesetzeskraft.

Mit diesem Beschluß hat eine jahrzehntelange Diskussion über die Frage, ob die Normen des Internationalen Privatrechts nur wertneutrale Ordnungsvorschriften² oder aber in vollem Umfang an den Grundrechten zu messen seien,³ ein Ende gefunden. Das Bundesverfassungsgericht hat mit seinem Beschluß zu Art. 15 EGBGB entschieden, daß auch die Normen des Internationalen Privatrechts in vollem Umfang an den Grundrechten zu messen sind. Das hat zur Folge, daß all diejenigen Gesetzesbestimmungen wegen Verstoßes gegen den Gleichberechtigungsgrundsatz verfassungswidrig sind, in denen für die Regelung der Rechtsbeziehungen zwischen Mann und Frau oder für die Regelung der Rechtsbeziehungen zwischen den Eltern und ihren Kindern allein an die Staatsangehörigkeit des Mannes oder des Vaters angeknüpft wird. Insoweit handelt es sich um Bestimmungen in den Art. 15, 17 und 19 EGBGB⁴.

So gut es auf der einen Seite ist, daß jetzt endlich Klarheit darüber besteht, daß auch die Normen des Internationalen Privatrechts dem durch das Grundgesetz als Grundrecht ausgestalteten Grundsatz der Gleichberechtigung zwischen Mann und Frau entsprechen müssen, so schlecht ist es auf der anderen Seite, daß an die Stelle der bisherigen klaren und eindeutigen gesetzlichen Regelung eine weitgehende Rechtsunsicherheit, ja vielleicht sogar ein Chaos getreten ist⁵.

Welche Folgen hat nun dieser Beschluß des Bundesverfassungsgerichts? Um diese Frage zu beantworten, muß man sich zunächst noch einmal die bisherige verfassungswidrige gesetzliche Regelung vor Augen führen.

Nach Art. 15 Abs. 1 EGBGB wurde das eheliche Güterrecht nach den deutschen Gesetzen beurteilt, wenn der Ehemann zur Zeit der Eheschließung ein Deutscher war. Bei dieser Vorschrift handelte es sich um eine unvollständige Kollisionsnorm, die von der Rechtsprechung und der Lehre zu einer vollständigen Kollisionsnorm ausgebaut wurde. Das hieß: Das eheliche Güterrecht wurde nach den Gesetzen des Staates

beurteilt, dem der Ehemann zur Zeit der Eheschließung angehörte⁶.

Aus diesem Satz folgten drei wichtige Grundsätze:

a) Das eheliche Güterrecht wurde durch das Heimatrecht des Ehemannes bestimmt. Art. 15 EGBGB ging also vom Personalstatut aus, und zwar vom Personalstatut nur eines der Ehegatten. Entscheidend war die Staatsangehörigkeit des Ehemannes; auf die Staatsangehörigkeit der Ehefrau kam es nicht an⁶.

b) Das Güterrechtsstatut war unwandelbar. Dieser Grundsatz ergab sich eindeutig aus dem Wortlaut des Art. 15 EGBGB. Das eheliche Güterrecht wurde nämlich nach den Gesetzen des Staates beurteilt, dem der Ehemann zur Zeit der Eheschließung angehörte. Maßgebend war also immer das Heimatrecht des Ehemannes bei Heirat. Ein späterer Wechsel der Staatsangehörigkeit war ohne Einfluß auf den Güterstand⁷.

c) Das Güterrechtsstatut war einheitlich. Das eheliche Güterrecht bezog sich also in der Regel auf ein Vermögen, also auf eine Vielzahl von Gegenständen. Alle zum Vermögen der Ehegatten gehörenden Gegenstände unterlagen demnach dem Güterrecht, das durch Art. 15 EGBGB bestimmt wurde, und zwar unabhängig davon, wo sich diese Gegenstände im einzelnen befanden⁸. Vom Grundsatz der Einheitlichkeit des Güterrechtsstatus gab es jedoch eine wichtige Ausnahme, nämlich in den Fällen, in denen es auf Grund einer teilweisen Rück- oder Weiterverweisung zu einer Güterrechtsspaltung kam⁹.

Der erste dieser drei Grundsätze – also die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit des Ehemannes – ist nun durch den Beschluß des Bundesverfassungsgerichts gegenstandslos geworden. An die Stelle einer Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit des Ehemannes muß folglich eine andere verfassungskonforme Anknüpfung treten. Bei den beiden übrigen Grundsätzen, die aus Art. 15 EGBGB abgeleitet wurden, nämlich der Unwandelbarkeit des Güterrechtsstatus und der Einheitlichkeit des Güterrechtsstatus, handelt es sich dagegen um Normen, die in keinem inneren Zusammenhang mit der verfassungswidrigen Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit des Ehemannes stehen und die deshalb zum verfassungskonformen Restbestand der Vorschrift gehören. Diese beiden Grundsätze werden also durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts überhaupt nicht berührt¹⁰.

1 BGBl 1983 I, 525 = DNotZ 1983, 356

2 So BGH NJW 1971, 1521

3 So im Anschluß an die Entscheidung des BVerfGE 31, 58 ff (Spanier-Entscheidung) insbesondere KG NJW 1979, 1786; OLG Stuttgart FamRZ 1979, 934; Staudinger/v. Bar, 12. Aufl., Vorbem. 140 zu Art. 13 EGBGB; MünchKomm/Siehr, Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 13–15

4 So Lichtenberger, DNotZ 1983, 394

5 BGH NJW 1989, 369 = DNotZ 1989, 368; Palandt/Heldrich, 43. Aufl., Art. 15 EGBGB, Anm. 2a; Soergel/Kegel, 10. Aufl., Art. 15 EGBGB, Bern. 1; MünchKomm/Siehr, Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 13

6 Soergel/Kegel, 10. Aufl., Art. 15 EGBGB, Bern. 1; MünchKomm/Siehr, Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 12

7 Staudinger/v. Bar, 12. Aufl., Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 28; MünchKomm/Siehr, Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 10; Soergel/Kegel, 10. Aufl., Art. 15 EGBGB, Bern. 4

8 BGH NJW 1969, 369 = DNotZ 1969, 368; Palandt/Heldrich, 43. Aufl., Art. 15 EGBGB, Anm. 3b; Staudinger/v. Bar, 12. Aufl., Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 56

9 Staudinger/v. Bar, 12. Aufl., Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 58; Niewöhner, Mitt-RhNotK 1981, 219

10 v. Bar, NJW 1983, 1935; Staudinger/v. Bar, 12. Aufl., Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 16

2. Verfassungskonforme Anknüpfungsregeln

An die Stelle der verfassungswidrigen Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit des Ehemannes zur Zeit der Eheschließung muß eine Anknüpfung treten, die sich an den Strukturen des geltenden Kollisionsrechts und an dem verfassungskonformen Restbestand der Vorschrift des Art. 15 EGBGB zu orientieren hat¹¹. Zu den Strukturen des geltenden Kollisionsrechts und zum verfassungskonformen Restbestand der Vorschrift gehören zwei wichtige Grundsätze, und zwar einmal die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit und nur hilfsweise an den Aufenthalt und das andere Mal die unwandelbare Bestimmung der für das Güterrecht maßgebenden Rechtsordnung zum Zeitpunkt der Eheschließung¹². Diesen Erfordernissen wird die sog. Kegel'sche Leiter¹³, die in ihren Grundzügen inzwischen allgemein anerkannt wird¹⁴ und die auch dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des Internationalen Privatrechts zugrundeliegt¹⁵, am ehesten gerecht.

Danach gilt, daß der Reihe nach das Recht des Staates berufen ist,

- a) dem beide Ehegatten zum Zeitpunkt der Eheschließung angehörten¹⁶, hilfsweise
- b) in dem beide Ehegatten ihren ersten gemeinschaftlichen ehelichen Wohnsitz begründet haben, sofern ein Ehegatte diesem Staat im Zeitpunkt der Eheschließung oder im Zeitpunkt der Wohnsitzbegründung angehörte¹⁷, hilfsweise
- c) mit dem die Ehegatten gemeinsam am engsten verbunden sind, insbesondere durch den Beginn der ehelichen Lebensgemeinschaft oder durch den Ort der Eheschließung¹⁸.

3. Das Haager Ehwirkungsabkommen

Im Haager Ehwirkungsabkommen vom 17.7.1905¹⁹, das heute nur noch im Verhältnis zu Italien gilt²⁰, das aber früher auch im Verhältnis zu Schweden, Polen und den Niederlanden galt²¹, wird wie in Art. 15 EGBGB die maßgebende Rechtsordnung für das eheliche Güterrecht durch die Staatsangehörigkeit des Ehemannes zur Zeit der Eheschließung bestimmt. Diese Regelung verstößt ebenso wie die entsprechende gesetzliche Bestimmung des Art. 15 EGBGB gegen Art. 3 Abs. 2 GG²². Welche Folgerungen daraus zu ziehen sind, hängt von der Rangordnung ab, in welcher das Völkervertragsrecht und das Grundgesetz zueinander stehen. Und das wiederum ist eine Frage der Auslegung des Art. 25 GG. In Art. 25 GG wird bestimmt, daß die allgemeinen Regeln des Völkerrechts Bestandteil des Bundesrechts sind, den Geset-

zen vorgehen und unmittelbar Rechte und Pflichten für die Bewohner des Bundesgebietes erzeugen. Geht man nun davon aus, daß das gesamte Völkervertragsrecht über den im Völkerrecht verankerten Grundsatz „pacta sunt servanda“ zu den allgemeinen Regeln des Völkerrechts zählt und damit durch Art. 25 GG eine unmittelbare Rechtswirkung mit Rang vor den Gesetzen erzeugt, so müßte konsequenterweise auch ein Verfassungsverstoß einer staatsvertraglichen Regelung die Gültigkeit dieser Regelung für das innerstaatliche Recht unberührt lassen²³. Dagegen spricht jedoch, daß auf diese Art und Weise nicht nur – wie in Art. 25 GG ausdrücklich bestimmt – die allgemeinen Regeln des Völkerrechts, sondern das gesamte Völkervertragsrecht Bestandteil des Bundesrechts würde²⁴. Darüber hinaus ist aber auch aus Art. 25 GG kein innerstaatlicher Vorrang der allgemeinen Regeln des Völkerrechts vor den Grundrechten zu entnehmen, da durch Art. 25 GG lediglich die Völkerrechtssubjekte dahingehend gebunden werden, das Verfassungsrecht und das sonstige Recht den allgemeinen Regeln des Völkerrechts anzupassen²⁵. Daraus folgt, daß die im Haager Ehwirkungsabkommen vorgesehene Anknüpfung allein an die Staatsangehörigkeit des Ehemannes zur Zeit der Eheschließung immer dann wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 2 GG auszuschließen hat, wenn die Eheleute eine unterschiedliche Staatsangehörigkeit besitzen²⁶. In diesen Fällen kann das Haager Ehwirkungsabkommen also keine Anwendung mehr finden²⁷.

4. Rück- oder Weiterverweisung auf Mannesrecht

Soweit die Kegel'sche Anknüpfungsleiter zur Anwendung einer ausländischen Rechtsordnung führt, unser eigenes Internationales Privatrecht also auf ein fremdes Recht verweist, kann sich – wie bei jeder Verweisung auf eine fremde Rechtsordnung – die Frage stellen, ob unsere Rechtsordnung nur auf die Sachnormen des ausländischen Rechts oder auch auf die Kollisionsnormen des betreffenden ausländischen Rechts verweist. Die Rechtsprechung²⁸ und die herrschende Meinung in der Literatur²⁹ gehen vom Grundsatz der Gesamtverweisung aus, sehen also in der Verweisung der deutschen Kollisionsnormen auf das ausländische Recht grundsätzlich eine Verweisung auch auf die Kollisionsnormen dieses ausländischen Rechts, so daß es im Einzelfall zu einer Rückverweisung auf unsere eigene Rechtsordnung oder gegebenenfalls auch zu einer Weiterverweisung auf ein anderes ausländisches Recht kommen kann. Eine Rückverweisung liegt also in den Fällen vor, in denen die durch unsere Kollisionsnormen berufene fremde Rechtsordnung auf Grund der in dieser fremden Rechtsordnung geltenden Kollisionsnormen auf unsere eigene Rechtsordnung zurückverweist³⁰.

11 BGH NJW 1983, 1261 = DNotZ 1983, 357 im Anschluß an Müller-Freienfels, JZ 1967, 144 und Berkemann, FamRZ 1977, 300;
12 Henrich, IPRax 1983, 209; Heldrich, FamRZ 1983, 1084; Lichtenberger, DNotZ 1983, 405
13 Kegel, Internationales Privatrecht, 4. Aufl., S. 369
14 v. Bar, NJW 1983, 1934; Heldrich, FamRZ 1983, 1084; Krzywon, BWNNotZ 1983, 98
15 BT-Drucks. 10/504 Art. 14 und 15.
16 Heldrich, FamRZ 1983, 1084; v. Bar, NJW 1983, 1934; Lichtenberger, DNotZ 1983, 405–406; bei Mehrstaaten kommt es auf die effektive Staatsangehörigkeit an, so daß der Erwerb der gemeinsamen Staatsangehörigkeit allein durch die Eheschließung in der Regel nicht ausreicht, Heldrich, FamRZ 1983, 1084; Henrich, IPRax 1983, 209; Lichtenberger, DNotZ 1983, 405–406; Krzywon BWNNotZ 1983, 98–99; a.A. CLG Karlsruhe FamRZ 1983, 1125 = MittRhNotK 1984 (in diesem Heft)
17 KG NJW 1979, 1786; Heldrich, FamRZ 1983, 1084–1085; Henrich, IPRax 1983, 209; Krzywon, BWNNotZ 1983; a.A. Staudinger/v. Bar, 12. Aufl., Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 16; der Gesetzentwurf der Bundesregierung verzichtet auf die Einschränkung, daß ein Ehegatte dem betreffenden Staat im Zeitpunkt der Eheschließung oder im Zeitpunkt der Wohnsitzbegründung angehören muß,
18 v. Bar, NJW 1983, 1934; Henrich, IPRax 1983, 209; Heldrich, FamRZ 1983, 1084
19 Auszug aus dem Amtlichen Übersetzungstext bei Palandt/Heldrich, 43. Aufl., Anhang zu Art. 15 EGBGB, Anm. I.4)
20 Palandt/Heldrich, 43. Aufl., Anhang zu Art. 15 EGBGB, Anm. I.1)
21 Schweden ist mit Wirkung vom 23.8.1972, Polen mit Wirkung vom 23.8.1972 und die Niederlande mit Wirkung vom 23.8.1977 ausgeschlossen, vgl. Palandt/Heldrich, 43. Aufl., Anhang zu Art. 15 EGBGB, Anm. I.1). Falls man das Haager Ehwirkungsabkommen trotz der verfassungswidrigen An-

knüpfung an die Staatsangehörigkeit des Ehemannes auch in diesem Punkte – entgegen der hier vertretenen Ansicht – nach wie vor für anwendbar hält, ist der jeweilige Zeitpunkt des Ausscheidens des betreffenden Staates für diejenigen Ehen von Bedeutung, die in der Zeit vor dem Tage des Ausscheidens des betreffenden Staates geschlossen wurden, vgl. Klink, IPRax 1983, 136.
22 Heldrich, FamRZ 1983, 1085
23 So Jayme/Meessen, Staatsverträge zum internationalen Privatrecht, 1975, S. 41.
24 Staudinger/v. Bar, 12. Aufl., Vorbem. zu Art. 13 EGBGB, Rd.-Nr. 125; Heldrich, FamRZ 1983, 1085
25 Maunz in Maunz/Dürlg/Herzog, Komm. z. GG, Art. 25 GG, Rd.-Nr. 25
26 Heldrich, FamRZ 1983, 1085; Staudinger/v. Bar, 12. Aufl., Vorbem. zu Art. 13 EGBGB, Rd.-Nr. 124; MünchKomm/Siehr, Nach Art. 16 EGBGB, Anh. I, Rd.-Nr. 39; Lichtenberger, DNotZ 1983, 396–397
27 Das Haager Ehwirkungsabkommen als solches bleibt aber als völkerrechtlicher Vertrag wirksam, so daß sich die Bundesrepublik Deutschland durch die Nichtanwendung des Haager Abkommens in diesem Punkt vertragswidrig verhält. Um diese Folgen zu vermeiden, müßte die Bundesrepublik Deutschland entweder eine Änderung des Haager Abkommens im Sinne einer verfassungskonformen Anknüpfung anstreben oder aber das Abkommen kündigen, vgl. Heldrich, FamRZ 1983, 1085; Kegel, Internationales Privatrecht, 4. Aufl., S. 340; MünchKomm/Siehr, Nach Art. 16 EGBGB, Anh. I, Rd.-Nr. 39.
28 RGZ 78, 236; BGHZ 45, 356
29 Soergel/Kegel, 10. Aufl., Art. 27 EGBGB, Bem. 27; MünchKomm/Sonnenberger, Art. 27 EGBGB, Rd.-Nr. 23; Staudinger/Graue, 12. Aufl., Art. 27 EGBGB, Rd.-Nr. 3
30 Kegel, Internationales Privatrecht, 4. Aufl., S. 163

Eine solche Rückverweisung nehmen wir, wie sich aus Art. 27 EGBGB ergibt, grundsätzlich an, so daß es alsdann bei der Anwendung der deutschen Sachnormen bleibt³¹.

Eine Weiterverweisung liegt in den Fällen vor, in denen die durch unsere Kollisionsnormen berufene fremde Rechtsordnung auf Grund der in dieser fremden Rechtsordnung geltenden Kollisionsnormen auf eine andere fremde Rechtsordnung verweist³². Eine solche Weiterverweisung nehmen wir ebenfalls grundsätzlich an, so daß es alsdann zur Anwendung der Sachnormen des dritten ausländischen Staates kommt, sofern nicht die Kollisionsnormen dieses dritten ausländischen Staates ihrerseits wiederum zurückverweisen oder weiterverweisen³³.

In dem hier interessierenden Zusammenhang fragt es sich jedoch, ob auch eine Rück- oder Weiterverweisung in den Fällen zu beachten ist, in denen die Rück- oder Weiterverweisung auf einer Anknüpfung der ausländischen Rechtsordnung an die Staatsangehörigkeit des Ehemannes zur Zeit der Eheschließung beruht. Gegen die Annahme einer solchen Rück- oder Weiterverweisung könnte vor allem sprechen, daß auf diese Art und Weise auf dem Umwege über die ausländische Rechtsordnung doch wieder die verfassungswidrige Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit des Ehemannes zum Zuge käme, so daß die Annahme einer solchen Rück- oder Weiterverweisung wiederum gegen Art. 3 Abs. 2 GG verstieße. Für die Annahme der Rück- oder Weiterverweisung auch in diesen Fällen sprechen jedoch zwei ins Gewicht fallende Argumente, und zwar folgende:

a) Die Rück- beziehungsweise Weiterverweisung folgt aus der Anwendung der ausländischen Kollisionsnormen und nicht etwa aus dem deutschen Recht. Die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit des Ehemannes in unserer eigenen Rechtsordnung verstößt zwar gegen Art. 3 Abs. 2 GG, die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit des Ehemannes auf Grund einer ausländischen Rechtsordnung beeinträchtigt die deutschen Grundrechte selbst aber nicht, zumal durch die Annahme der Rückverweisung ein Güterrecht – nämlich deutsches Güterrecht – zur Anwendung kommt, das im Gegensatz zu manchen ausländischen Güterrechten dem Grundsatz der Gleichberechtigung zwischen Mann und Frau gerecht wird.

b) Die Ablehnung der Annahme der Rück- beziehungsweise Weiterverweisung hätte in mehr oder weniger zahlreichen Fällen zur Folge, daß unsere eigene Rechtsordnung ein ausländisches Güterrecht, dagegen die betreffende ausländische Rechtsordnung – bei Rückverweisung – deutsches Güterrecht oder – bei Weiterverweisung – ein anderes ausländisches Güterrecht für maßgebend hielte. Eine solche Verkehrung der maßgebenden Rechtsordnungen ginge über den bei hinkenden Rechtsverhältnissen üblicherweise in Kauf zu nehmenden Entscheidungsmißklang bei weitem hinaus.

Aus diesen beiden meines Erachtens ganz entscheidenden Gründen sollte eine Rück- oder Weiterverweisung auch in den Fällen angenommen werden, in denen die Rück- oder Weiterverweisung auf einer aus der ausländischen Rechtsordnung folgenden Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit des Ehemannes beruht³⁴.

5. Zeitliche Rückwirkung

Der Wegfall der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit des Ehemannes und die Notwendigkeit einer verfassungskonformen Ersatzanknüpfung gelten nun zweifellos für alle Ehen, die nach dem 5.5.1983, dem Tag der Verkündung der Entscheidungsformel im Bundesgesetzblatt, geschlossen worden sind oder die in Zukunft noch geschlossen werden. Zweifelhaft könnte aber sein, welche Auswirkungen die Entscheidung für diejenigen Ehen hat, die vor dem 5.5.1983 geschlossen worden sind. In diesem Zusammenhang müssen zwei verschiedene Zeiträume unterschieden werden, und zwar einmal die Zeit bis zum 31.3.1953 und das andere Mal die Zeit ab 1.4.1953. Für alle Ehen, die bis zum 31.3.1953 geschlossen worden sind, bleibt es bei der bisherigen gesetzlichen Regelung des Art. 15 EGBGB³⁵. Dies ergibt sich aus der Vorschrift des Art. 117 Abs. 1 GG. In Art. 117 Abs. 1 GG wird nämlich ausdrücklich bestimmt, daß das dem Art. 3 Abs. 2 GG entgegenstehende Recht bis zu seiner Anpassung an diese Bestimmung des Grundgesetzes in Kraft bleibt, jedoch nicht länger als bis zum 31.3.1953. Mit Rücksicht auf den Grundsatz der Unwandelbarkeit des Güterrechtsstatus ist also für diese sogenannten Altehen durch den Beschluß des Bundesverfassungsgerichts keine Veränderung eingetreten³⁶.

Fraglich ist, ob der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts für das Güterrecht derjenigen Eheleute Auswirkungen haben kann, die in der Zeitspanne vom 1.4.1953 bis zum 5.5.1983 geheiratet haben. Lichtenberger³⁸ geht davon aus, daß der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts nur für diejenigen Ehen praktische Bedeutung habe, die nach dem 5.5.1983 geschlossen worden sind oder die in Zukunft noch geschlossen werden.

Lichtenberger³⁷ stützt sich dabei auf den aus § 79 BVerfGG abzuleitenden allgemeinen Grundsatz, nach dem eine vom Bundesverfassungsgericht erkannte Nichtigkeit einer Norm sich grundsätzlich nicht auf abgewinkelte Rechtsbeziehungen auswirken soll³⁹. Und zu diesen abgewinkelten Rechtsbeziehungen rechnet Lichtenberger auch die durch die Eheschließung erfolgte unveränderliche Festlegung des Güterrechts selbst. Gegen die Argumentation von Lichtenberger spricht jedoch, daß es sich auch bei dem vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen Fall um die rechtliche Beurteilung eines solchen abgewinkelten Rechtsverhältnisses gehandelt hat. Wäre das Argument von Lichtenberger richtig, so hätte das Bundesverfassungsgericht nicht in ein solches abgewinkeltes Rechtsverhältnis hineinurteilen dürfen, die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 15 EGBGB hätte dann zumindest nicht mit der Entscheidungsformel und mit der Begründung des Beschlusses vom 22. Februar 1983 ergehen dürfen. Allein schon aus diesem Grund ist davon auszugehen, daß auch für die Bestimmung des Güterrechts derjenigen Eheleute, die in der Zeit zwischen dem 1.4.1953 bis zum 5.5.1983 geheiratet haben, an die Stelle einer Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit des Ehemannes zur Zeit der Eheschließung eine andere verfassungskonforme Anknüpfung treten muß³⁹.

6. Versteinerung des Güterstands

Der Grundsatz der Unwandelbarkeit des Güterrechtsstatus besagt, daß das eheliche Güterrecht durch die zum Zeitpunkt

31 Palandt/Heldrich, 43. Aufl., Art. 27 EGBGB, Anm. 2; Auf die Problematik, ob das fremde Recht nur eine Sachnormrückverweisung oder auch eine Kollisionsnormrückverweisung enthält und welche Folgerungen daraus zu ziehen sind, kann hier nicht näher eingegangen werden, vgl. hierzu Münch-Komm-Sonnenberger, Art. 27 EGBGB, Rd.-Nr. 23 ff.

32 Kegel, Internationales Privatrecht, 4. Aufl., S. 164

33 MünchKomm/Sonnenberger, Art. 27 EGBGB, Rd.-Nr. 26

34 Krzywon, BVerfGE 1983, 99–100 a.A. wohl Raape/Sturm, Internationales Privatrecht Band I, 6. Aufl., S. 165, der bei gemischt-nationalen Ehen in der Verweisung auf das Recht des Wohnsitzes eine Sachnormverweisung sieht.

35 v. Bar, NJW 1983, 1935; Heldrich, FamRZ 1983, 1085; Henrich, IPPrax 1983, 209; MünchKomm/Siehr, Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 16; Eickmann, Pflieger 1983, 472; eine noch weitergehende Rückwirkung scheint das BVerfG in seinem Beschluß vom 23. 6. 1983, FamRZ 1983, 1211 anzunehmen.

36 Lichtenberger, DNotZ 1983, 404

37 Lichtenberger, DNotZ 1983, 399 ff.

38 Lichtenberger, DNotZ 1983, 399

39 Heldrich, FamRZ 1983, 1085; Henrich IPPrax 1983, 209; v. Bar, NJW 1983, 1935; Eickmann, Pflieger 1983, 472 a.A. lediglich Lichtenberger, DNotZ 1983, 399 ff.

der Eheschließung maßgebende Rechtsordnung bestimmt wird und daß ein späterer Wechsel der ursprünglichen Anknüpfungsmerkmale nicht dazu führt, daß an die Stelle der einmal festgelegten Rechtsordnung eine andere Rechtsordnung tritt⁴⁰. Der Grundsatz der Unwandelbarkeit bezieht sich aber nur auf die Bestimmung der für das eheliche Güterrecht maßgebenden Rechtsordnung und nicht etwa auf den Güterstand selbst, so daß die materiellrechtliche Weiterentwicklung der betreffenden Rechtsordnung im allgemeinen zu beachten ist⁴¹. In diesem Zusammenhang stellt sich aber die Frage, ob die materiellrechtliche Weiterentwicklung der betreffenden Rechtsordnung auch dann noch zu beachten ist, wenn in der Zwischenzeit ein Wechsel der ursprünglichen Anknüpfungsmerkmale eingetreten ist. Verneint man diese Frage, so führt dies zur sogenannten Versteinerung des Güterstands: Maßgebend ist dann das in der betreffenden Rechtsordnung geltende Güterrecht in der Form, in der es zur Zeit des Wechsels der Anknüpfungsmerkmale bestand, während alle nach diesem Zeitpunkt eingetretenen Änderungen des Güterrechts unberücksichtigt bleiben⁴². Die Versteinerungstheorie, die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung dem Grundsatz nach⁴³ einhellig vertreten wird,⁴⁴ während das Schrifttum geteilter Meinung ist⁴⁵, wird vor allem damit gerechtfertigt, daß mit dem Statutenwechsel in der Regel die Beziehung zu dem bisherigen Heimatstaat gelöst worden sei und daß es nicht dem Sinn des Grundsatzes der Unwandelbarkeit des Güterrechtsstatuts entsprechen könne, die betreffenden Eheleute auch noch allen nachträglichen Änderungen der Rechtsordnung ihres alten Heimatstaats zu unterwerfen⁴⁶. Demgegenüber besteht das Hauptargument der Kritiker der Versteinerungstheorie darin, daß durch diese Theorie die Ehefrau von den Vorteilen aller gesetzlichen Reformen sowohl des alten als auch des neuen Heimatrechts ausgeschlossen werde⁴⁷, was gerade auf dem Gebiet des ehelichen Güterrechts, dessen Reformen in den letzten Jahrzehnten nahezu überall auf eine Gleichberechtigung der Frau ausgerichtet gewesen sein, zu einer Unterdrückung des Fortschritts führe⁴⁸.

Unabhängig davon, ob man der Versteinerungstheorie in der Vergangenheit folgen wollte oder nicht, stellt sich aber die Frage, ob nicht dadurch, daß jetzt an die Stelle einer Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit des Ehemannes eine verfassungskonforme Ersatzanknüpfung mit relativ flexiblen Anknüpfungsmerkmalen treten muß, die bisherige Grundlage der Versteinerungstheorie erschüttert wird. Bei unterschiedlicher Staatsangehörigkeit der Eheleute führt bereits ein Wohnsitzwechsel vom Heimatstaat des einen Ehegatten in den Heimatstaat des anderen Ehegatten zu einem Wechsel des entscheidenden Anknüpfungsmerkmals⁴⁹. Bei einer konsequenten Anwendung der Versteinerungstheorie müßte auch in diesen Fällen eine Versteinerung des Güterstands eintreten⁵⁰. Dies hätte unter anderem zur Folge, daß alle ausländisch-deutschen Eheleute, die in der Zeit vom 1. 4. 1953 bis zum 30. 6. 1958 mit erstem Wohnsitz in der Bundesrepublik Deutschland geheiratet und die ihren Wohnsitz vor dem 1. 7. 1958, dem Tage des Inkrafttretens des gesetzlichen Güterstands der Zugewinnngemeinschaft, in den Hei-

matstaat des ausländischen Ehemannes verlegt haben, nach wie vor in dem bis zum 30. 6. 1958 geltenden gesetzlichen Güterstand der Gütertrennung des deutschen Rechts lebten, obwohl dieser Güterstand inzwischen als gesetzlicher Güterstand durch den Güterstand der Zugewinnngemeinschaft ersetzt worden ist. Die konsequente Anwendung der Versteinerungstheorie hätte ferner zur Folge, daß alle ausländisch-deutschen Eheleute, die nach dem 31. 3. 1953 mit erstem Wohnsitz im Ausland geheiratet und die ihren Wohnsitz irgendwann in der Folgezeit in die Bundesrepublik Deutschland verlegt haben, nach wie vor in dem im Zeitpunkt des Wohnsitzwechsels geltenden gesetzlichen Güterstand der betreffenden ausländischen Rechtsordnung lebten, und zwar selbst in den Fällen, in denen das ausländische Güterrecht zum Zeitpunkt des Wohnsitzwechsels noch patriarchalisch geprägt war und der ausländische Staat in der Zwischenzeit sein Güterrecht den Erfordernissen der Gleichberechtigung von Mann und Frau angepaßt hat. In den weitaus meisten dieser Fälle kann überhaupt keine Rede davon sein, daß durch den Wohnsitzwechsel über die Staatsgrenzen hinweg, der bei der heutigen Freizügigkeit vieler Länder – man denke nur an die Bestimmungen des EG-Vertrages – nichts außergewöhnliches ist, die Beziehungen der Eheleute zu der bisher maßgebenden Rechtsordnung gelöst worden seien. Einer konsequenten Anwendung der Versteinerungstheorie ist damit der Boden entzogen. Auch eine Beschränkung der Theorie auf diejenigen Fälle, in denen der Statutenwechsel durch einen Staatsangehörigkeitswechsel eingetreten ist, scheidet m. E. schon deshalb aus, weil im Rahmen der jetzt geltenden verfassungskonformen Anknüpfungsregeln die Staatsangehörigkeit allein oftmals gar keine ausreichende Grundlage für die Bestimmung der maßgebenden Rechtsordnung bildet. Die Gründe, die für die Versteinerung des Güterstands sprechen, sind also spätestens durch den Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 15 Abs. 1 und 2 1. Halbsatz EGBGB und die dadurch notwendig gewordene verfassungskonforme Ersatzanknüpfung in sich zusammengebrochen, während die Argumente der Kritiker der Versteinerungstheorie bei der heutigen Rechtslage, die ganz durch die Gleichberechtigung von Mann und Frau bis in die feinsten Verästelungen der Rechtsordnung geprägt ist, stärker denn je ins Gewicht fallen. Es wäre deshalb m. E. selbst aus der Sicht der bisherigen Vertreter der Versteinerungstheorie folgerichtig, diese Theorie, die – bei einer anderen rechtlichen Ausgangslage – ihre Aufgabe zur Bewältigung der rechtlichen Probleme der Flüchtlinge und der Vertriebenen aus dem Osten erfüllt haben mag, im ganzen aufzugeben und die betreffenden Eheleute auch allen nach dem Zeitpunkt des Wechsels der ursprünglichen Anknüpfungsmerkmale eingetretenen Änderungen des Güterrechts der früher maßgebenden Rechtsordnung zu unterwerfen.

7. Materiellrechtliche Auswirkungen auf in der Vergangenheit liegende Sachverhalte

Die Notwendigkeit einer verfassungskonformen Ersatzanknüpfung auch für diejenigen Ehen, die in der Zeit zwischen dem 1. 4. 1953 und dem 5. 5. 1983 geschlossen worden sind,

40 BGHZ 40, 35 = DNotZ 1964, 28; OLG Hamm NJW 1977, 1592 = DNotZ 1978, 243; MünchKomm/Siehr, Art. 25 EGBGB, Rd.-Nr. 39; Palandt/Heldrich, 43. Aufl., Art. 15 EGBGB, Anm. 3a)

41 Palandt/Heldrich, 43. Aufl., Art. 15 EGBGB, Anm. 3a)

42 BGHZ 40, 35 = DNotZ 1964, 28; OLG Hamm NJW 1977, 1592 = DNotZ 1978, 243; Staudinger/v. Bar, 12. Aufl., Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 42; MünchKomm/Siehr, Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 44; Soergel/Kegel, 10. Aufl., Art. 15 EGBGB, Bem. 4; Krzywon, BWNöZ 1983, 100

43 BayObLG FamRZ 1959, 361 = DNotZ 1959, 407 und 1961, 320 = DNotZ 1961, 597 sowie OLG Hamm NJW 1977, 1591 = DNotZ 1978, 243 machen gewisse Einschränkungen, indem eine Versteinerung des Güterstandes zumindest in den Fällen angenommen wird, in denen die Ehegatten im Zusammenhang mit dem Staatsangehörigkeitswechsel auch ihre alte Heimat verlassen haben.

44 BGHZ 40, 35 = DNotZ 1964, 28 (obiter dictum); OLG Stuttgart NJW 1958, 1973; BayObLG FamRZ 1959, 361 = DNotZ 1959, 407; 1961, 320 = DNotZ 1961, 597; OLG Hamm NJW 1977, 1591 = DNotZ 1978, 243

45 Für die Versteinerungstheorie: u.a. Palandt/Heldrich, 43. Aufl., Art. 15 EGBGB, Anm. 3a); Heldrich, FamRZ 1959, 47; Firsching, Einführung in das Internationale Privatrecht, S. 165; gegen die Versteinerungstheorie u.a.: Soergel/Kegel, 10. Aufl., Art. 15 EGBGB, Bem. 4; MünchKomm/Siehr, Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 46; grundsätzlich auch Staudinger/v. Bar, 12. Aufl., Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 44

46 OLG Stuttgart NJW 1958, 1973; BayObLG FamRZ 1959, 361 = DNotZ 1959, 407; OLG Hamm NJW 1977, 1592 = DNotZ 1978, 243; Heldrich, FamRZ 1959, 47

47 Staudinger/v. Bar, 12. Aufl., Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 43 im Anschluß an Neuhäus; MünchKomm/Siehr, Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 46; Soergel/Kegel, 10. Aufl., Art. 15 EGBGB, Bem. 4

48 Soergel/Kegel, 10. Aufl., Art. 15 EGBGB, Bem. 4; Reithmann, FamRZ 1959, 310

49 Vgl. oben zu 2.

50 Vgl. insoweit die Argumentation des BGH in BGHZ 40, 35 = DNotZ 1964, 28; Krzywon, BWNöZ 1983, 100 läßt es offen, ob gegebenenfalls schon ein Wohnsitzwechsel zur Versteinerung des Güterstandes führt

wird in mehr oder weniger zahlreichen Fällen dazu führen, daß an die Stelle der bisherigen durch Art. 15 EGBGB bestimmten Rechtsordnung eine andere Rechtsordnung mit einem anders ausgestalteten ehelichen Güterrecht getreten ist. Die sich daraus ergebenden materiellrechtlichen Auswirkungen sind zur Zeit noch unübersehbar. Die wichtigsten Konsequenzen sind folgende:

a) In Fällen, in denen man bisher irrigerweise davon ausging, daß Eheleute in einem Güterstand der Gütergemeinschaft lebten – z. B. in einer niederländisch (Ehemann) – deutschen (Ehefrau) oder in einer italienisch-deutschen Ehe – sind viele Grundbucheintragungen, die die Eheleute als Eigentümer in Gütergemeinschaft ausweisen, falsch⁵¹.

b) In Fällen, in denen man bisher irrigerweise davon ausging, daß Eheleute im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft lebten – z. B. in einer deutsch-französischen Ehe mit erstem ehelichem Wohnsitz in Frankreich⁵² – können Grundbucheintragungen, die die Eheleute als Miteigentümer in Bruchteilsgemeinschaft oder einen der Eheleute als Alleineigentümer ausweisen, falsch sein⁵³.

c) In Fällen, in denen man bisher irrigerweise davon ausging, daß Eheleute im Güterstand der Gütertrennung lebten – z. B. in einer Ehe zwischen einem Ehemann aus einem islamischen Staat und einer deutschen Ehefrau – hätten insbesondere die Verfügungsbeschränkungen des § 1365 BGB beachtet werden müssen⁵⁴.

d) In Fällen, in denen man bisher irrigerweise davon ausging, daß Eheleute in einem anderen Güterstand als dem Güterstand der Zugewinnngemeinschaft lebten, könnte, falls die Ehe geschieden worden ist, auch noch nachträglich der Zugewinnausgleichanspruch geltend gemacht werden⁵⁴.

e) Der sich aus § 1371 Abs. 1 BGB ergebende Ausgleich des Zugewinns durch Erhöhung des gesetzlichen Erbteils des überlebenden Ehegatten um ein Viertel kann in den Fällen, in denen an die Stelle eines anderen Güterstandes der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft getreten ist, dazu führen, daß der überlebende Ehegatte auch noch nachträglich die Erhöhung des Erbteils um ein Viertel beanspruchen kann⁵⁴. Dies gilt zumindest immer dann, wenn der verstorbene Ehegatte nach deutschem Erbrecht beerbt wurde. Ob eine Erhöhung des gesetzlichen Erbteils um ein Viertel auch in Betracht kommt, wenn der verstorbene Ehegatte zwar im gesetzlichen Güterstand des deutschen Rechts lebte, aber nach einem ausländischen Erbrecht beerbt wurde, ist äußerst umstritten⁵⁵. Die Beantwortung der Frage hängt davon ab, ob der sich aus § 1371 Abs. 1 BGB ergebende Ausgleich des Zugewinns durch Erhöhung des gesetzlichen Erbteils des überlebenden Ehegatten „güterrechtlich“ oder „erbrechtlich“ oder „sowohl güterrechtlich als auch erbrechtlich“ zu qualifizieren ist. Bei der „güterrechtlichen Lösung“ wird der gesetzliche Erbteil auch dann um ein Viertel erhöht, wenn § 1371 Abs. 1 BGB mit einem ausländischen Erbsatut zusammenfällt⁵⁶, der verstorbene Ehegatte also nach ausländischem Erbrecht beerbt wurde, während bei einer „erbrechtlichen“ oder bei einer „sowohl güterrechtlichen als auch erb-

rechtlichen“ Qualifizierung nur dann eine Erhöhung des gesetzlichen Erbteils um ein Viertel eintritt, wenn sowohl deutsches Güterrecht als auch deutsches Erbrecht maßgebend sind⁵⁷. Dieser letzten Meinung, die gerade im neuen Schrifttum immer mehr an Boden gewinnt, so daß man zur Zeit weder die eine noch die andere Ansicht als herrschende Meinung bezeichnen kann⁵⁸, ist m. E. der Vorzug zu geben, da nur eine „sowohl güterrechtliche als auch erbrechtliche“ Qualifizierung die starke Verklammerung güter- und erbrechtlicher Elemente in § 1371 Abs. 1 BGB genügend berücksichtigt⁵⁹.

In den Fällen, in denen der überlebende Ehegatte die Erhöhung des gesetzlichen Erbteils um ein Viertel beanspruchen kann – nach der hier vertretenen Ansicht also nur bei Zusammentreffen von deutschem Güterrecht mit deutschem Erbrecht – sind also Erbscheine, bei denen dies nicht beachtet worden ist, weil man einen gesetzlichen Güterstand eines ausländischen Rechts zugrundegelegt hat, unrichtig⁶⁰.

Es fragt sich aber, ob nicht im Interesse des Vertrauensschutzes der rückwirkenden Änderung des Güterrechtsstatuts irgendwo Grenzen gezogen sind⁶¹.

Eine Grenze wird vom Gesetz selbst gezogen, und zwar in § 79 Abs. 2 BVerfGG. Danach bleiben nicht mehr anfechtbare Entscheidungen, die auf einer für nichtig erklärten Norm beruhen, unberührt; Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung sind kraft der ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift ausgeschlossen. Aus der Regelung des § 79 Abs. 2 BVerfGG hat das Bundesverfassungsgericht selbst den allgemeinen Rechtsgrundsatz entnommen, daß eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, mit der eine Vorschrift für nichtig erklärt wird, grundsätzlich keine Auswirkungen auf abgewinkelte Rechtsbeziehungen haben soll⁶². Das Bundesverfassungsgericht hat deshalb auch in seiner Entscheidung aus dem Jahre 1972 ausdrücklich festgestellt, daß es dem Sinn dieser Regelung widerspräche, wenn eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungswidrigkeit einer gesetzlichen Bestimmung auf bereits vollständig abgewinkelte bürgerlich-rechtliche Vertragsbeziehungen einwirkte und etwa über den Gedanken des Wegfalls oder des Fehlens der Geschäftsgrundlage zu einem neuen Anspruch führte; wegen der unabsehbaren Folgen für den Rechtsverkehr gebühre deshalb dem Gedanken der Rechtssicherheit der Vorrang vor der Berücksichtigung der Einzelfallgerechtigkeit⁶³.

§ 79 BVerfGG und der vom Bundesverfassungsgericht selbst herausgearbeitete allgemeine Grundsatz führen nun zu einer gewissen Einschränkung der Auswirkungen der rückwirkenden Änderung des Güterrechtsstatuts, und zwar in folgenden Punkten:

a) Soweit in einem Ehescheidungsverfahren hinsichtlich der Abwicklung des ehelichen Güterstands eine unanfechtbare gerichtliche Entscheidung ergangen ist, bleibt die Entscheidung von der Nichtigkeit des Art. 15 Abs. 1 und 2 1. Halbsatz EGBGB unberührt. Dies folgt bereits unmittelbar aus der gesetzlichen Bestimmung des § 79 Abs. 2 BVerfGG. Soweit je-

51 v. Bar, NJW 1983, 1936; Henrich, IPRax 1983, 209; Heldrich, FamRZ 1983, 1085

52 In Frankreich wird das eheliche Güterrecht nicht durch die Staatsangehörigkeit, sondern durch den ersten ehelichen Wohnsitz bestimmt, so daß im Beispielfall keine Rückverweisung eintritt, vgl. Grams, DNotZ 1966, 217; gesetzlicher Güterstand ist jetzt der Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft, vgl. Grams, DNotZ 1966, 201 ff

53 Wenn man – wie hier vertreten – die Rück- oder Weiterverweisung der Kollisionsnormen der ausländischen Rechtsordnung auf das Heimatrecht des Ehemanns zur Zeit der Eheschließung annimmt, werden die Fälle, in denen an die Stelle des Güterstands der Zugewinnngemeinschaft ein ausländisches Güterrecht getreten ist, ausgesprochen selten sein, so auch Krzywon, BWNNotZ 1983, 102

54 Henrich, IPRax 1983, 209–210; Heldrich, FamRZ 1983, 1085

55 Vgl. zum Meinungsstand Palandt/Heldrich, 43. Aufl., Art. 15 EGBGB, Anm. 4b)

56 So Soergel/Kegel, 10. Aufl., Art. 15 EGBGB, Bem. 11; Staudinger/v. Bar, 12. Aufl., Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 101; Palandt/Heldrich, 43. Aufl., Art. 15 EGBGB, Anm. 4b)

57 So Staudinger/Firsching, 12. Aufl., Vorbem. zu Art. 24–26 EGBGB, Rd.-Nr. 227; MünchKomm/Siehr, Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 101; MünchKomm/Birk, vor Art. 24–26 EGBGB, Rd.-Nr. 109

58 Henrich, IPRax 1983, 210 ist der Ansicht, daß die herrschende Meinung den erbrechtlichen Ausgleich des Zugewinns güterrechtlich qualifiziere, während nach Staudinger/v. Bar, 12. Aufl., Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 103 die wohl verbreitetste Ansicht im heutigen Schrifttum diejenige sei, nach der eine Anwendung der Vorschrift des § 1371 Abs. 1 BGB nur dann in Betracht komme, wenn Güterrecht und Erbrecht deutschem Recht unterliegen

59 A. A. Staudinger/v. Bar, 12. Aufl., Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 13

60 Henrich, IPRax 1983, 210; Heldrich, FamRZ 1983, 1085; Palandt/Heldrich, 43. Aufl., Art. 15 EGBGB, Anm. 2c)

61 Für einen sehr weitgehenden Vertrauensschutz Krzywon, BWNNotZ 1983, 100–101

62 BVerfGE 32, 389–390

63 BVerfGE 32, 390; im Anschluß an BVerfGE 32, 387 ebenso v. Bar, NJW 1983, 1935; Heldrich, FamRZ 1983, 1085; Palandt/Heldrich, 43. Aufl., Art. 15 EGBGB, Anm. 2c; weitergehend Lichtenberger, DNotZ 1983, 399

doch im Scheidungsurteil eine Entscheidung über güterrechtliche Ansprüche fehlt, weil nach dem irrigerweise zugrundegelegten ausländischen Heimatrecht des Ehemannes keine Veranlassung für eine Regelung bestand, kann auch noch nachträglich der Zugewinnausgleichsanspruch geltend gemacht werden⁶⁴. Fraglich kann hier nur sein, ob der Zugewinnausgleichsanspruch im Einzelfall verjährt ist oder nicht. Die Verjährungsfrist beträgt nach § 1378 Abs. 4 BGB drei Jahre; die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Ehegatte erfährt, daß der Güterstand beendet ist. Solange der Ehegatte noch nicht einmal wissen konnte, daß er während seiner Ehe im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft des deutschen Rechts gelebt hat, konnte er auch nicht erfahren, daß der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft durch die Ehescheidung beendet worden ist⁶⁵. Die Verjährungsfrist kann deshalb frühestens am 5.5.1983, dem Tag der Verkündung des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts im Bundesgesetzblatt, begonnen haben⁶⁶.

b) Vereinbarungen hinsichtlich der Abwicklung des ehelichen Güterstands im Rahmen eines durch eine unanfechtbare gerichtliche Entscheidung abgeschlossenen Ehescheidungsverfahrens müßten ebenfalls von der Nichtigkeit des Art. 15 Abs. 1 und 2 1. Halbsatz EGBGB unberührt bleiben, und zwar gleichgültig, ob diese Vereinbarungen in einem gerichtlichen Vergleich protokolliert oder notariell beurkundet wurden. Dies folgt aus dem untrennbaren inneren Zusammenhang, in dem diese Vereinbarungen mit der unanfechtbaren gerichtlichen Entscheidung stehen.

c) Eheverträge, die auf der Grundlage eines früheren vermeintlichen Güterstands geschlossen wurden, müßten von der Nichtigkeit des Art. 15 Abs. 1 und 2 1. Halbsatz EGBGB unberührt bleiben, weil die güterrechtlichen Beziehungen der Eheleute mit Abschluß des Ehevertrages auf eine neue Rechtsgrundlage gestellt wurden und damit zugleich der frühere Güterstand beendet oder umgestaltet wurde. Gleiches gilt für Verträge, die im Anschluß an einen Ehevertrag zur Abwicklung des früheren vermeintlichen Güterstands geschlossen wurden, sofern die entsprechenden Verträge vollständig abgewickelt sind⁶⁷.

d) Ein Erbschein, der auf der Grundlage eines falschen Güterrechts falsche Erbquoten ausweist, ist und bleibt unrichtig, so daß ein solcher Erbschein gemäß § 2361 BGB einzuziehen ist⁶⁸. Dies folgt bereits unmittelbar aus der gesetzlichen Bestimmung des § 79 Abs. 2 BVerfGG, da die Erteilung des Erbscheins – wie § 2361 BGB zeigt – eben keine unanfechtbare gerichtliche Entscheidung beinhaltet⁶⁹.

e) Ein Erbauseinandersetzungsvertrag, der auf der Grundlage eines falschen Erbscheins geschlossen wurde, bleibt von der Nichtigkeit des Art. 15 Abs. 1 und 2 1. Halbsatz EGBGB unberührt, sofern der Erbauseinandersetzungsvertrag vollständig abgewickelt war. Keine Vertragspartei kann sich hier auf den Grundsatz des Wegfalls oder des Fehlens der Geschäftsgrundlage berufen. Fraglich kann nur sein, von welchem Zeitpunkt an ein Erbauseinandersetzungsvertrag vollständig abgewickelt ist. Eine vollständige Abwicklung liegt zweifellos dann vor, wenn alle im Erbauseinandersetzungsvertrag übernommenen Verpflichtungen erfüllt wurden, also nach der Legaldefinition des § 362 Abs. 1 BGB die geschuldeten Leistungen an den jeweiligen Gläubiger bewirkt wurden. Da in § 362 Abs. 1 BGB unter Leistung nicht die Leistungshandlung, sondern der Leistungserfolg zu verstehen ist⁷⁰, gehört zur Erfüllung auch die Verschaffung des Eigentums oder des Rechts, bei Grundstücken also die Eintra-

gung im Grundbuch. Aus der Sicht der Beteiligten ist aber ein Erbauseinandersetzungsvertrag auch dann schon vollständig abgewickelt, wenn alle zur Erbauseinandersetzung erforderlichen Erklärungen in ordnungsgemäßer Form abgegeben und entgegengenommen worden sind, so daß der Leistungserfolg auf Grund dieser Erklärungen ohne weiteres Zutun der Beteiligten eintritt. Meines Erachtens gibt es keinen sachlichen Grund, einen solchen Sachverhalt anders zu behandeln als die Fälle, in denen der Leistungserfolg schon eingetreten ist, zumal der genaue Zeitpunkt des Eintritts des Leistungserfolgs – wie z. B. die Eintragung im Grundbuch – von Zufälligkeiten abhängen kann und von den Beteiligten kaum zu beeinflussen ist. Aus diesem Grunde müßte es genügen, daß alle zur Herbeiführung des Leistungserfolgs erforderlichen Erklärungen in ordnungsgemäßer Form abgegeben und entgegengenommen worden sind – bei einer Erbauseinandersetzung über Grundbesitz also Beurkundung des schuldrechtlichen Erbauseinandersetzungsvertrages und Erklärung der Auflassung –, um eine vollständige Abwicklung des Vertragsverhältnisses anzunehmen. Der Abschluß nur des schuldrechtlichen Erbauseinandersetzungsvertrages ohne Erklärung der Auflassung dürfte dagegen nicht ausreichen, da in diesen Fällen der geschuldete Leistungserfolg nur durch eine weitere Mitwirkung der Beteiligten eintreten kann.

Fraglich könnte sein, ob und inwieweit ein Teilerbauseinandersetzungsvertrag, der vollständig abgewickelt war, von der Nichtigkeit des Art. 15 Abs. 1 und 2 1. Halbsatz EGBGB berührt wird. Aus dem Umstand, daß die Erben einen Teilerbauseinandersetzungsvertrag vereinbart haben, kann man in der Regel schließen, daß dieser Vertrag nach dem Willen der Beteiligten in jedem Fall und unabhängig von der weiteren Abwicklung des übrigen Nachlasses bestehen bleiben soll. Dann ist es aber auch folgerichtig, einen vollständig abgewickelten Teilerbauseinandersetzungsvertrag als selbständigen Vertrag ebenso zu bewerten wie einen Erbauseinandersetzungsvertrag über den gesamten Nachlaß. Ein Ausgleich zugunsten oder zu Lasten des überlebenden Ehegatten kann jedoch anläßlich der Auseinandersetzung über den verbliebenen Restnachlaß verlangt werden, wenn und soweit der noch nicht geteilte Nachlaß hierzu ausreicht.

Der Erbschein als solcher ist und bleibt aber falsch und muß als unrichtig eingezogen werden⁷¹.

f) Fraglich und bereits umstritten ist, ob Grundstücksgeschäfte, die auf der Grundlage des nach dem Heimatrecht des Ehemannes geltenden Güterstands vereinbart und abgewickelt wurden, auch dann rechtsbeständig sind, wenn nach dem in Wirklichkeit maßgeblichen Güterrecht eine Verfügungsbeschränkung bestand. Zweifel könnten hier im Hinblick auf § 1365 BGB bestehen, da in § 1365 BGB nicht nur die Rechtswirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts, sondern – falls das Verpflichtungsgeschäft ohne Zustimmung des anderen Ehegatten erfolgte – auch die Rechtswirksamkeit des Verfügungsgeschäfts von der Einwilligung des anderen Ehegatten abhängt. Liegen im übrigen die Voraussetzungen des § 1365 BGB vor, so wäre das Verfügungsgeschäft unwirksam, so daß – da es insoweit keinen Schutz des guten Glaubens gibt⁷² – das Eigentum noch gar nicht auf den Erwerber übergegangen wäre und deshalb eine vollständige Abwicklung des Vertragsverhältnisses aus rechtsdogmatischen Gründen überhaupt nicht vorliegen könnte.

Der Zweck des vom Bundesverfassungsgericht entwickelten allgemeinen Rechtsgrundsatzes, wonach eine Entscheidung

64 Heldrich, FamRZ 1983, 1085; Henrich, IPRax 1983, 210

65 Henrich, IPRax 1983, 210;

66 Henrich, IPRax 1983, 210; a. A. Heldrich, FamRZ 1983, 1085; Palandt/Heldrich, 43. Aufl., Art. 15 EGBGB, Anm. 2c)

67 v. Bar, NJW 1983, 1936

68 Henrich, IPRax 1983, 210; Heldrich, FamRZ 1983, 1085; Palandt/Heldrich, 43. Aufl., Art. 15 EGBGB, Anm. 2c)

69 Palandt/Heldrich, 43. Aufl., Art. 15 EGBGB, Anm. 2c

70 BGHZ 12, 268; MünchKomm/Heinrichs, § 362 BGB, Rd.-Nr. 2

71 Heldrich, FamRZ 1983, 1085; Palandt/Heldrich, 43. Aufl., Art. 15 EGBGB, Anm. 2c); Henrich, IPRax 1983, 210

72 Soergel/Lange, 11. Aufl., § 1365 BGB, Rd.-Nr. 58; Palandt/Diederichsen, 43. Aufl., § 1365 BGB, Anm. 3

des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungswidrigkeit einer gesetzlichen Bestimmung keinen Einfluß auf vollständig abgewickelte bürgerlich-rechtliche Vertragsbeziehungen haben soll, müßte jedoch gebieten, auch die Fälle zu erfassen, die aus der bisherigen rechtlichen Sicht als vollständig abgewickelt angesehen werden mußten. Das hat zur Folge, daß Grundstücksgeschäfte, die auf der Grundlage des nach dem Heimatrecht des Ehemannes geltenden Güterstands vereinbart und vollständig abgewickelt wurden, trotz einer sich aus dem tatsächlich maßgebenden Güterstand ergebenden Verfügungsbeschränkung rechtsbeständig bleiben⁷³.

g) Grundbucheintragungen, die Eheleute, die in Wirklichkeit im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft leben, als Miteigentümer in einem Güterstand der Gütergemeinschaft eines ausländischen Rechts ausweisen, und umgekehrt Grundbucheintragungen, die Eheleute, die in Wirklichkeit in einem Güterstand der Gütergemeinschaft eines ausländischen Rechts leben, als Miteigentümer in Bruchteilsgemeinschaft oder einen der Ehegatten als Alleineigentümer ausweisen, sind und bleiben in der Regel falsch. Hier kann es im allgemeinen keinen Schutz aus dem aus § 79 Abs. 2 BVerfGG entwickelten Rechtsgrundsatz geben, da der eheliche Güterstand bis in die Gegenwart fortwirkt und deshalb kein abgewickelter Vertragsverhältnis sein kann⁷⁴.

Die falschen Grundbucheintragungen können aber auf Grund eines entsprechenden Antrags der Eigentümer berichtigt werden. Die Auflassung selbst ist nämlich trotz der Angabe eines falschen Beteiligungsverhältnisses wirksam, so daß es einer neuen Auflassung selbst dann nicht bedarf, wenn die Eintragung im Grundbuch noch nicht vollzogen ist⁷⁵. Dies ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung inzwischen anerkannt, und zwar sowohl für den Fall, daß ein Grundstück an Eheleute, die in Gütergemeinschaft leben, in Bruchteilsgemeinschaft aufgelassen wurde⁷⁶, als auch für den Fall, daß ein Grundstück an Eheleute, die nicht in einem Güterstand der Gütergemeinschaft leben, zum Gesamtgut aufgelassen wurde⁷⁷. Ist ein Grundstück an Eheleute, die nicht in einem Güterstand der Gütergemeinschaft leben, zum Gesamtgut aufgelassen worden – dies dürfte auf Grund der Nichtigkeit des Art. 15 Abs. 1 und 2 1. Halbsatz EGBGB besonders häufig der Fall sein – kann im allgemeinen angenommen werden, daß die Eheleute den Grundbesitz zu Miteigentum zu je 1/2 Anteil erworben haben⁷⁷.

Der Antrag auf Grundbuchberichtigung kann formlos gestellt werden, sofern die Unrichtigkeit des Grundbuches durch öffentliche oder durch öffentlich beglaubigte Urkunden wie zum Beispiel durch Staatsangehörigkeitszeugnisse, Heiratsurkunden, Personalausweise oder Meldebescheinigungen nachgewiesen wird (§§ 22 Abs. 1, 29 Abs. 1 GBO).

8. Auswirkungen auf Art. 15 Abs. 2 2. Halbsatz EGBGB

Art. 15 Abs. 2 2. Halbsatz EGBGB ermöglicht es, unter bestimmten Voraussetzungen auch dann einen Ehevertrag zu schließen, wenn der Ehevertrag nach den für das eheliche Güterrecht maßgebenden Gesetzen unzulässig sein würde. Diese Bestimmung wird – wie das BVerfG in seinem Beschluß vom 22. 2. 1983 ausdrücklich festgestellt hat⁷⁸ – von der Nichtigkeit des Art. 15 Abs. 1 und 2 1. Halbsatz EGBGB nicht erfaßt. Art. 15 Abs. 2 2. Halbsatz EGBGB knüpft aber in seinen Voraussetzungen an die Bestimmungen des Art. 15 Abs. 2 1. Halbsatz EGBGB an, so daß die Nichtigkeit des 1.

Halbsatzes notwendigerweise auch eine Auswirkung auf die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Vereinbarung eines Ehevertrages nach Art. 15 Abs. 2 2. Halbsatz EGBGB haben muß.

Art. 15 Abs. 2 2. Halbsatz EGBGB gibt Eheleuten mit einem ausländischen Güterrechtsstatut die Möglichkeit, ihr Güterrecht dem ehelichen Güterrecht ihres jetzigen Heimatstaats oder ihrer jetzigen Umgebung anzupassen⁷⁹. Art. 15 Abs. 2 2. Halbsatz EGBGB ist also letztlich eine Ausnahme vom Grundsatz der Unwandelbarkeit des Güterrechtsstatuts⁸⁰. Art. 15 Abs. 2 2. Halbsatz EGBGB gilt demgemäß dann nicht, wenn deutsches Recht Güterrechtsstatut ist. Soweit die verfassungskonforme Anknüpfung zur Anwendung deutschen Rechts führt, bestimmt einzig und allein unsere eigene Rechtsordnung, unter welchen Voraussetzungen und mit welchem Inhalt ein Ehevertrag geschlossen werden kann, und zwar unabhängig davon, welche Staatsangehörigkeiten die Eheleute im einzelnen besitzen und ob die Eheleute ihren Wohnsitz im Inland oder im Ausland haben. Der Wohnsitz im Inland oder im Ausland ist in diesem Zusammenhang nur für die Frage von Bedeutung, ob im Ehevertrag der Güterstand gemäß § 1409 Abs. 2 BGB durch Verweisung auf ein im Ausland geltendes Güterrecht (Stichwortvertrag) bestimmt werden kann oder nicht. Bei deutschem Güterrechtsstatut ist also ein Rückgriff auf Art. 15 Abs. 2 2. Halbsatz EGBGB nicht möglich, aber auch nicht erforderlich. Daneben läßt Art. 15 Abs. 2 2. Halbsatz EGBGB natürlich auch die Möglichkeit unberührt, einen Ehevertrag nach dem maßgebenden ausländischen Güterrechtsstatut zu schließen⁸¹. In diesem Falle müssen aber alle in der betreffenden ausländischen Rechtsordnung geltenden Vorschriften hinsichtlich der Zulässigkeit, der Gültigkeitsvoraussetzungen und des möglichen Inhalts des Ehevertrages beachtet werden.

Das entscheidende Kriterium des Art. 15 Abs. 2 2. Halbsatz EGBGB besteht demgemäß darin, daß Art. 15 Abs. 2 2. Halbsatz EGBGB trotz Vorliegen eines ausländischen Güterrechtsstatuts einen Ehevertrag nach deutschem Recht zuläßt, falls zur Zeit des Vertragsschlusses ausreichende Inlandsbeziehungen bestehen⁸². Nach dem Wortlaut des verfassungswidrigen Art. 15 Abs. 2 1. Halbsatz EGBGB ist dies dann der Fall, wenn der Ehemann nach der Eingehung der Ehe die deutsche Staatsangehörigkeit erworben hat oder wenn ausländische Ehegatten ihren Wohnsitz im Inland haben. Die Anknüpfung an den Wechsel der Staatsangehörigkeit allein des Ehemannes ist wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 2 GG weggefallen, während die übrigen Bestimmungen zum verfassungskonformen Restbestand der Vorschrift gehören. An die Stelle der verfassungswidrigen Anknüpfung an den Wechsel der Staatsangehörigkeit allein des Ehemannes muß folglich eine verfassungskonforme Ersatzanknüpfung treten. Eine solche verfassungskonforme Ersatzanknüpfung könnte entweder darin bestehen, daß nicht nur der Wechsel der Staatsangehörigkeit des Ehemannes, sondern der Wechsel der Staatsangehörigkeiten beider Eheleute beziehungsweise bei einer gemischt-nationalen Ehe mit Beteiligung eines deutschen Staatsangehörigen der Wechsel der Staatsangehörigkeit des ausländischen Ehegatten erforderlich ist, oder aber auch darin bestehen, daß der Wechsel der Staatsangehörigkeit eines der Ehegatten – gleichgültig, ob Ehemann oder Ehefrau – genügt⁸³. Da es der eindeutige Zweck des Art. 15 Abs. 2 2. Halbsatz EGBGB ist, bei ausreichenden Inlandsbeziehungen trotz Vorliegens eines ausländischen Güterrechtsstatuts einen Ehevertrag nach deut-

73 Heldrich, FamRZ 1983, 1085; Palandt/Heldrich, 43. Aufl., Art. 15 EGBGB, Anm. 2c); a.A. Henrich, IPPrax 1983, 209–210.

74 v. Bar, NJW 1983, 1936; Henrich, IPPrax 1983, 209; Heldrich, FamRZ 1983, 1085; a.A. Lichtenberger, DNotZ 1983, 399.

75 BGHZ 82, 346 = MitrRHNotK 1982, 60.

76 BayObLG MitrRHNotK 1983, 151–152.

77 BayObLG MitrRHNotK 1983, 152 für eine Auflassung an deutsche Eheleute, die irrtümlicherweise meinten, im Güterstand der Gütergemeinschaft des deutschen Rechts zu leben.

78 BVerfG FamRZ 1983, 566.

79 Staudinger/v. Bar, 12. Aufl., Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 142 u. 148; MünchKomm/Siehr, Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 74.

80 MünchKomm/Siehr, Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 49.

81 Staudinger/v. Bar, 12. Aufl., Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 142.

82 MünchKomm/Siehr, Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 70.

83 MünchKomm/Siehr, Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 49 u. 72; Palandt/Heldrich, 43. Aufl., Art. 15 EGBGB, Anm. 5.

schem Recht zu ermöglichen, und da bereits durch den Wechsel der Staatsangehörigkeit auch nur eines der Ehegatten eine weitgehende Inlandsbeziehung begründet wird, muß es für die Anwendung des Art. 15 Abs. 2 2. Halbsatz EGBGB genügen, daß ein Ehegatte – gleichgültig, ob Ehemann oder Ehefrau – die deutsche Staatsangehörigkeit erworben hat⁸⁴. Art. 15 Abs. 2 2. Halbsatz EGBGB ist demgemäß unter Berücksichtigung einer verfassungskonformen Anknüpfung in folgenden Fallgruppen anwendbar:

a) Ein Ehevertrag nach deutschem Recht kann vereinbart werden, wenn auch nur ein Ehegatte – gleichgültig, ob Ehemann oder Ehefrau – nach Eingehung der Ehe die deutsche Staatsangehörigkeit erworben hat⁸⁵. Auf den Wohnsitz im In- oder Ausland kommt es nach dem Gesetzestext nicht an. Wenn der nachträgliche Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit durch einen Ehegatten eine ausreichende Inlandsbeziehung für einen Ehevertrag nach deutschem Recht begründet, so muß eine ausreichende Inlandsbeziehung für die Anwendung des Art. 15 Abs. 2 2. Halbsatz EGBGB auch dann vorliegen, wenn einer der Ehegatten bereits im Zeitpunkt der Eheschließung die deutsche Staatsangehörigkeit besaß und er diese Staatsangehörigkeit bis zum Vertragsschluß beibehalten hat. Bei Mehrstaatern mit deutscher Staatsangehörigkeit müßte die deutsche Staatsangehörigkeit selbst in den Fällen, in denen die deutsche Staatsangehörigkeit nicht die effektive Staatsangehörigkeit ist, eine ausreichende Inlandsbeziehung für die Zulässigkeit eines Ehevertrages nach Art. 15 Abs. 2 2. Halbsatz EGBGB begründen. Das alles muß auch für Eheverträge gelten, die Verlobte für ihre zukünftige Ehe schließen⁸⁶. Erst recht muß es genügen, wenn beide Ehegatten nach Eingehung der Ehe die deutsche Staatsangehörigkeit erworben haben⁸⁷ oder wenn bei einer gemischt-nationalen Ehe mit Beteiligung eines deutschen Staatsangehörigen der ausländische Staatsangehörige die deutsche Staatsangehörigkeit erworben hat.

b) Ein Ehevertrag nach deutschem Recht kann ferner vereinbart werden, wenn beide ausländischen Ehegatten ihren Wohnsitz im Inland haben. Die Zulässigkeit eines Ehevertrages nach Art. 15 Abs. 2 2. Halbsatz EGBGB ergibt sich hier schon aus dem Gesetzestext. Bei einer gemischt-nationalen Ehe mit Beteiligung eines deutschen Staatsangehörigen und eines Wohnsitzes beider Ehegatten im Inland kann nichts anderes gelten⁸⁸. Dies wäre dann von Bedeutung, wenn man entgegen der bei Ziffer a) vertretenen Ansicht die deutsche Staatsangehörigkeit nur eines der Ehegatten nicht als ausreichende Inlandsbeziehung ansehen würde. Das alles muß schließlich auch für Eheverträge gelten, die vor der Heirat geschlossen werden, sofern die Eheleute nach der Heirat ihren ersten Wohnsitz in der Bundesrepublik Deutschland begründen⁸⁹. Nach dem eindeutigen Wortlaut des Art. 15 Abs. 2 1. Halbsatz EGBGB, der insoweit zum verfassungskonformen Restbestand dieser Vorschrift gehört, ist es aber nicht ausreichend, wenn nur einer der beiden ausländischen Ehegatten seinen Wohnsitz im Inland hat⁹⁰. Erst recht kann ein inländisches Grundstück allein keine genügende Inlandsbeziehung für die Zulässigkeit eines Ehevertrages nach Art. 15 Abs. 2 2. Halbsatz EGBGB begründen⁹¹.

Art. 15 Abs. 2 2. Halbsatz EGBGB ist allerdings in den Fällen

nicht anwendbar, in denen die Vorschrift des Art. 15 Abs. 2 2. Halbsatz EGBGB durch das Haager Ehwirkungsabkommen vom 17. 7. 1905, das heute nur noch im Verhältnis zu Italien gilt⁹², verdrängt wird⁹³.

9. Auswirkungen auf andere Kollisionsnormen

Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 22. 2. 1983 bezieht sich nur auf Art. 15 Abs. 1 und 2 1. Halbsatz EGBGB. So wie das Gesetz in Art. 15 EGBGB allein die Staatsangehörigkeit des Ehemannes für maßgebend erklärte, so finden sich auch in Art. 17 und 19 EGBGB Vorschriften, die für die Regelung der Rechtsbeziehungen zwischen Mann und Frau und für die Regelung der Rechtsbeziehungen zwischen den Eltern und ihren Kindern allein an die Staatsangehörigkeit des Mannes oder des Vaters anknüpfen. In Art. 17 Abs. 1 EGBGB wird nämlich bestimmt, daß für die Scheidung der Ehe die Gesetze des Staates maßgebend sind, dem der Ehemann zur Zeit der Erhebung der Klage angehört. Und in Art. 19 Satz 1 EGBGB wird bestimmt, daß das Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und einem ehelichen Kind nach den deutschen Gesetzen beurteilt wird, wenn der Vater die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt. Beide Bestimmungen verstoßen gegen den Gleichberechtigungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 2 GG und sind deshalb verfassungswidrig. Für Art. 17 Abs. 1 EGBGB ist dies bereits vor einigen Jahren von mehreren Oberlandesgerichten⁹⁴ und im Jahre 1982 auch vom BGH⁹⁵ so entschieden worden. Durch den Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 15 EGBGB ergibt sich jetzt aber für Art. 17 Abs. 1 EGBGB eine neue und überraschende Schwierigkeit. Das Bundesverfassungsgericht hat nämlich in seinem Beschluß vom 22. 2. 1983 seine Zuständigkeit damit begründet und auch nur damit begründen können, daß es sich bei Art. 15 EGBGB um nachkonstitutionelles Recht handele, da die gesetzliche Regelung des Art. 15 EGBGB anläßlich des Gesetzes über den ehelichen Güterstand von Vertriebenen und Flüchtlingen in den Willen des Gesetzgebers aufgenommen worden sei⁹⁶. Nur weil es sich bei Art. 15 EGBGB um nachkonstitutionelles Recht handelt, konnte das Bundesverfassungsgericht im konkreten Fall überhaupt entscheiden, andernfalls hätte die Entscheidung dem vorliegenden Gericht überlassen werden müssen.

Für Art. 17 Abs. 1 EGBGB stellt sich damit die Frage, ob es sich bei Art. 17 Abs. 1 EGBGB um vor- oder um nachkonstitutionelles Recht handelt. Handelt es sich um nachkonstitutionelles Recht, so hätte allein das Bundesverfassungsgericht die Verwerfungskompetenz. Dies folgt aus Art. 100 Abs. 1 GG⁹⁷. Die verschiedenen Oberlandesgerichte⁹⁸ und der BGH⁹⁹, die in den letzten Jahren schon entschieden haben, daß Art. 17 Abs. 1 EGBGB verfassungswidrig und deshalb nichtig sei, sind logischerweise davon ausgegangen, daß Art. 17 Abs. 1 EGBGB vorkonstitutionelles Recht sei. Art. 17 Abs. 3 EGBGB ist aber im Jahre 1976 durch das erste Eherechtsgesetz neugefaßt worden. Wenn aber schon Art. 15 EGBGB durch das Gesetz über den ehelichen Güterstand von Vertriebenen und Flüchtlingen in den Willen des Gesetzgebers aufgenommen und deshalb nachkonstitutionelles Recht ist – so das Bundesverfassungsgericht –¹⁰⁰, müßte es sich bei Art. 17 Abs. 1 EGBGB erst recht um nachkonstitution-

84 MünchKomm/Siehr, Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 49 u. 72; Palandt/Heldrich, Art. 15 EGBGB, Anm. 5

85 MünchKomm/Siehr, Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 49 u. 72; Palandt/Heldrich, 43. Aufl., Art. 15 EGBGB, Anm. 5

86 MünchKomm/Siehr, Art. 15 EGBGB, Fn. 104

87 MünchKomm/Siehr, Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 72; Palandt/Heldrich, 43. Aufl., Art. 15 EGBGB, Anm. 5

88 IPG 1972 Nr. 14 (Köln); MünchKomm/Siehr, Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 73; Palandt/Heldrich, 43. Aufl., Art. 15 EGBGB, Anm. 5; Staudinger/v. Bar, 12. Aufl., Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 149

89 Palandt/Heldrich, 43. Aufl., Art. 15 EGBGB, Anm. 5; Staudinger/v. Bar, 12. Aufl., Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 149

90 MünchKomm/Siehr, Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 73; Palandt/Heldrich, 43. Aufl.,

Art. 15 EGBGB, Anm. 5; a.A. Lichtenberger, DNotZ 1983, 407

91 Palandt/Heldrich, 43. Aufl., Art. 15 EGBGB, Anm. 5; a.A. Lichtenberger, DNotZ 1983, 407

92 Palandt/Heldrich, 43. Aufl., Anhang zu Art. 15 EGBGB, Anm. 1

93 MünchKomm/Siehr, 43. Aufl., Nach Art. 18 EGBGB, Anh. I, Rd.-Nr. 25; Palandt/Heldrich, 43. Aufl., Anhang zu Art. 15 EGBGB, Anm. 4

94 KG NJW 1979, 1786; OLG Stuttgart FamRZ 1979, 934;

95 BGH NJW 1983, 1259 ff

96 BVerfG FamRZ 1983, 565

97 BVerfGE 2, 128 ff

98 KG NJW 1979, 1786; OLG Stuttgart FamRZ 1979, 934

99 BGH NJW 1983, 1259 = DNotZ 1983, 357

100 BVerfG FamRZ 1983, 565

nelles Recht handeln¹⁰¹. Das heißt, daß Art. 17 Abs. 1 EGBGB einzig und allein durch einen Beschluß des Bundesverfassungsgerichts für nichtig erklärt werden kann¹⁰².

Anders ist dagegen die Rechtslage bei Art. 19 Satz 1 EGBGB. Bei dieser Regelung handelt es sich eindeutig um vorkonstitutionelles Recht¹⁰³. Art. 19 Satz 1 EGBGB ist also auch ohne eine entsprechende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nichtig, soweit für das Kindschaftstatut allein an die Staatsangehörigkeit des Vaters angeknüpft wird¹⁰³.

Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 22. 2. 1983 führt deshalb dazu, daß nicht nur bei Art. 15 EGBGB, sondern auch bei Art. 17 Abs. 1 EGBGB und bei Art. 19 Satz 1 EGBGB an die Stelle der verfassungswidrigen Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit des Ehemannes beziehungsweise Vaters eine Ersatzanknüpfung treten muß, die sich an den Strukturen des geltenden Kollisionsrechts und an dem verfassungskonformen Restbestand der jeweiligen Vorschrift zu orientieren hat.

Deutsch-niederländisches Ehegüterrecht im Wandel der Zeiten*

(von Dr. Ulrich Klinke, Luxemburg)

- I. Rückblick: Herkömmliches deutsches IPR
 1. Gesetzliches Ehegüterrecht
 2. Ehevertrag
- II. Niederländisches internationales Ehegüterrecht
 1. Gesetzlicher Güterstand
 2. Ehevertrag
- III. Zwischenergebnis
- IV. Ehegüterrechtsstatut, Gleichheitsgebot und das BVerfG
 1. Das Damoklesschwert
 2. Der Beschluß des BVerfG vom 22. 2. 1983
 3. Des Beschlusses Auswirkungen oder – „Was nun?“
 - a) Neues internationales Ehegüterrecht
 - b) Temporale Auswirkungen
 - c) Haager Ehevertragsabkommen und Verfassungsrecht
 - d) Exkurs über die Angst der Rechtsprechung vor dem Neuen
- V. Ergebnis

Im deutschen internationalen Ehegüterrecht geht es zu wie auf der Geisterbahn; man fühlt sich allein, hat Angst und weiß nicht, wo es hinget.

Wie schon zuvor im niederländischen Ehegüterkollisionsrecht ist die Gleichberechtigung von Mann und Frau auslösendes Moment für diese durch grundlegende Veränderungen hervorgerufenen Ängste. Die niederländische Entwicklung setzte allerdings früher ein: Der Hoge Raad fälltte die wegweisenden Entscheidungen bereits 1976¹ und 1981². Das BVerfG stellte erst mit Beschluß vom 22. 2. 1983 die Verfassungswidrigkeit des Art. 15 Abs. 1 und Abs. 2 1. HS EGBGB fest³. In beiden Rechtskreisen brachten die Entscheidungen den Betroffenen eher Verdruss als Freude. Mehr noch als für das niederländische Recht trifft für das deutsche IPR zu: Man weiß jetzt, was nicht gilt, nicht aber, woran man sich stattdessen zu halten hat⁴.

I.

Rückblick: Herkömmliches deutsches IPR

Vor dem Beschluß des BVerfG vom 22. 2. 1983 und ohne Rücksicht auf das Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG galt:

- 101 Heldrich, FamRZ 1983, 1082; a.A. v. Bar, NJW 1983, 1934.
102 Henrich, IPRax 1983, 210; Jayme, IPRax 1983, 223 Fn. 16; a.A. v. Bar, NJW 1983, 1934; zweifelnd Heldrich, FamRZ 1983, 1082; Palandt/Heldrich, 43. Aufl., Art. 17 EGBGB, Anm. 2a.
103 Heldrich, FamRZ 1983, 1086.

* Die Materialschlacht schlug ich nicht allein; Herr Dr. Krüger, Bundesstelle für Außenhandelsinformation, schickte manches.

- 1 Hoge Raad (H.R.), 10. 12. 1976, NJ (Niederländische Jurisprudenz) 1977 no. 275, S. 929 (S. 939 – 949 die „Conclusie“ von Generalanwalt Van Oosten; sog. Chelouche/Van Leer-Entscheidung); dazu Van der Ploeg (Brouwer-De Lange-Perrick), Pays-Bas (Länderberichte) in: Régimes matrimoniaux, successions et libéralités. Droit international privé et Droit comparé, Bd. 2, 1979, 177 (192 – 199 no. 12 – 23); Stellungnahme der Wissenschaft in: Veto over de lex fori, Symposium gehouden op 24 juni 1977, mit Beiträgen von Joppe, Lubbers, Jessurun d'Oliveira, Van der Ploeg (dazu Kronke, RabelsZ 45 (1981), 674); Haandrikman/Lubbers, Titel 7 ipr in: Personen- en familie-recht, Loseblattsammlung Stand 1979, no. 3b, 3c; De Boer, De vermaatschappelijke van het internationaal privaatrecht, NJB (Niederländische Juristenblätter) 1980, 785, 790, 791; ferner Klinke, Entwicklungen im niederländischen internationalen Ehegüterrecht, DNotZ 1981, 351 (m.w.N.); Boele-Woelki, Nochmals: Niederländisches internationales Ehegüterrecht, DNotZ 1981, 666.
- 2 H.R., 27. 3. 1981, NJ 1981 no. 335, S. 1123 (1126 – 1129 die „Conclusie“ von Generalanwalt Frank); Van der Ploeg, Het Haags Huwelijksgevolgenverdrag van 1905 en het Overgangsrecht, WPNR (Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en registratie) 1981 no. 5554, S. 133; ausf. De Boer/Kotting, De schijn van rechtszekerheid, WPNR 1982 no. 5607, S. 289 (Der Aufsatz ist ein „must“ zum intertemporalen internationalen Ehegüterrecht); Stille, Recente Rechtspraak, WPNR 1982 no. 5607, S. 299; Sauveplanne, Elementair internationaal Privaatrecht, 7. Aufl. 1982, 35 (zu beiden Entscheidungen); Klinke, Internationales und intertemporales internationales niederländisches Ehegüterrecht, IPRax 1983, 132.
- 3 BVerfG DNotZ 1983, 356 = NJW 1983, 1968 = JZ 1983, 386 = IPRax 1983, 223 = FamRZ 1983, 562 = DAVorm 1983, 493; gem. § 31 Abs. 2 BVerfG veröffentlicht in BGBl. 1983 I, 525 vom 5. 5. 1983; dazu Lichtenberger, Zur Verfassungswidrigkeit der Bestimmung des Ehegüterrechtsstatuts nach dem Heimatrecht des Ehemannes, DNotZ 1983, 394; von Bar, Das internationale Ehevertragsrecht auf dem Prüfstand der Verfassung, NJW 1983, 1929 (1933 – 1936);

ders., Neue Rechtsprechung zum Kollisionsrecht (Teil II), JZ 1984, 173, 175; Heldrich, Reform des internationalen Familienrechts durch Richterspruch, FamRZ 1983, 1079 (1083 – 1086); Henrich, Art. 15 EGBGB nichtig: Was nun?, IPRax 1983, 208; Krzywón, Güterstand und Ausländer – zur Nichtigkeit des Art. 15 I, II Halbs. 1 EGBGB, BWNotZ 1983, 97; Sonnenberger, IPR-Reform und Verfassungswidrigkeit von Art. 15 Abs. 1 EGBGB, IPRax 1984, 5; Palandt/Heldrich, 43. Aufl. 1984, Art. 15 EGBGB, Anm. 1; Rundschreiben des Präsidenten der Rheinischen Notarkammer Nr. 6/1983 vom 30. 12. 1983 (im folgenden: Rundschreiben Nr. 6/1983). Der BGH hatte in seinen Entscheidungen vom 9. 7. 1980 (NJW 1980, 2643 = FamRZ 1980, 1097 = IPRax 1981, 23) und vom 3. 2. 1982 (NJW 1982, 1937 = IPRax 1983, 40) eine mögliche Verfassungswidrigkeit des Art. 15 EGBGB eingeräumt, sie aber in beiden Einzelfällen dahinstehen lassen können. Zur ersten Entscheidung Otto, Güterrecht und IPR, IPRax 1981, 11; zur zweiten Magnus, Verfassungswidrige Kollisionsnorm und Vertrauensschutz, NJW 1982, 1922; Henrich, Nochmals: Staatsangehörigkeit und Güterstand deutsch-österreichischer Sowjetzonenflüchtlinge, IPRax 1983, 25.

- 4 Daß der BVerfG-Beschluß aber überfällig war, macht der (unveröffentlichte) Beschluß des LG Mönchengladbach, 4. 6. 1982 (5 T 172/82), deutlich: Es ging im Rahmen eines Grundstückskaufs um das Ehegüterrecht der Erwerber, eines Niederländers und einer Deutschen; sie hatten 1964 in der Bundesrepublik geheiratet. Anlässlich des Grundstückserwerbs (1982) vereinbarten die Eheleute in einem notariellen Vertrag: „Wir heben diesen Güterstand (gemeint war die von den Eheleuten als maßgeblich angesehene Gütergemeinschaft niederländischen Rechts) auf und vereinbaren, daß für unsere Ehe ab sofort der gesetzliche Güterstand der Zugewinnungsgemeinschaft nach deutschem Recht gelten soll.“ Das LG übergab diesen Vertrag, da es die Zugewinnungsgemeinschaft nach § 1363 Abs. 1 BGB für den ab Eheschließung maßgeblichen gesetzlichen Güterstand hielt: Das Gericht gelangte über die von ihm angenommene Verfassungswidrigkeit des Art. 15 EGBGB (wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 2 GG) und im Anschluß an die (im Schrifttum befürwortete) Anknüpfung an das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts zum deutschen Ehegüterrecht. Das war leider nach der zur Zeit der Entscheidung (1982) vertretenen überwiegenden Ansicht zumindest äußerst zweifelhaft. M.E. hätte sich das LG mit dem Ehegütervertrag anlässlich des Kaufs begnügen können; es ging schließlich nur um den beim Grundstückskauf zu berücksichtigenden Güterstand, der sich nach dem nach Art. 15 Abs. 2 2. HS. EGBGB gültigen Ehevertrag richtet: Auch so kommt man zu deutschem Recht.

1. Gesetzliches Ehegüterrecht

Das für den gesetzlichen Güterstand deutsch-niederländischer oder rein niederländischer Ehen in der Bundesrepublik maßgebliche Recht bestimmt die im Zeitpunkt der Eheschließung⁵ geltende Kollisionsnorm. Dies war und ist (mit Einschränkungen) im deutsch-niederländischen Verhältnis (vorrangig von Art. 15 EGBGB)⁶ Art. 2 Haager Ehevertragsabkommen vom 17. 7. 1905 (im folgenden: Haager Abk.)⁷, der an das Heimatrecht des Ehemannes anknüpft: Ist der Ehemann Deutscher, gilt deutsches Ehegüterrecht, ist er Niederländer, niederländisches Ehegüterrecht.

Das Haager Ehevertragsabkommen gilt ab dem 24. 8. 1912⁸ für deutsch-niederländische oder rein niederländische Ehen in Deutschland, von kriegsbedingten Ausnahmen im Zweiten Weltkrieg einmal abgesehen⁹.

Die Niederlande haben jedoch das Abkommen zum 23. 8. 1977 gekündigt^{10 11}: Für Altehen, d.h. für Ehen, die unter der Herrschaft des Abkommens geschlossen worden sind, ändert sich deswegen jedoch auch für die Zukunft nichts: nach dem Grundsatz der Unwandelbarkeit¹² des Ehegüterrechtsstatuts bleibt es bei dem vom Abkommen bestimmten Ehegüterrecht¹⁴. Dies hat die höchstrichterliche niederländische Rechtsprechung ausdrücklich entschieden¹⁵. Eine höchstrichterliche deutsche Entscheidung fehlt bisher.

Der Grundsatz der Unwandelbarkeit läßt sich zwar nicht dem Abkommen selbst entnehmen¹⁶: es regelt in Art. 14, 15 nur Anfang (Inkrafttreten) und Ende (Kündigung) seiner Geltung, schweigt aber zu den Folgen der Kündigung¹⁷. Die Unwandelbarkeit ergibt sich vielmehr aus Art. 200 Abs. 1 EGBGB¹⁸, da das deutsche Kollisionsrecht seine intertemporalen Regeln weitgehend den intertemporalen Vorschriften des mate-

riellen Rechts entlehnt¹⁹. Zwar wird die Unwandelbarkeit zunehmend befehdet²⁰. De lege lata bleibt es aber einstweilen noch bei diesem Prinzip, zumal auch der Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Internationalen Privatrechts²¹ der Bundesregierung vom 20. 5. 1983 an der Unwandelbarkeit festhält²².

Die Fortgeltung des von Art. 2 Haager Abk. berufenen Rechts und damit des Art. 2 selbst wird allerdings nunmehr nach dem Beschluß des BVerfG über die Verfassungswidrigkeit der einseitigen Anknüpfung an das Mannesrecht streitig²³. Diese Frage betrifft die Auswirkung des BVerfG-Beschlusses auf das staatsvertragliche Kollisionsrecht, letztlich also das Verhältnis von Verfassungsrecht und Staatsverträgen, ändert aber nichts an der Rechtsnatur des Grundsatzes der Unwandelbarkeit²⁴.

Deutsch-niederländische (bzw. rein niederländische) Ehen, die nach dem Zeitpunkt der Kündigung (23. 8. 1977) des Abkommens geschlossen worden sind, (sowie während der kriegsbedingten Aussetzung seiner Geltung²⁵ geschlossene Ehen) unterliegen allein dem von Art. 15 EGBGB berufenen²⁶ Recht: Ist der Ehemann Niederländer, gilt niederländisches Recht; ist er Deutscher, gilt deutsches Recht. Die Lösung ist also die gleiche wie bei Art. 2 Haager Abk., allerdings mit einer – im deutsch-niederländischen Verhältnis im Ergebnis oft entscheidenden – Ausnahme: Im Rahmen des Art. 15 EGBGB ist die Rückverweisung²⁷ des niederländischen Rechts nach Art. 27 EGBGB zu beachten.

2. Ehevertrag

Ehevertragsstatut ist nach dem auch hier vorrangigen Haager Ehevertragsabkommen von 1905 nach dessen Art. 5

5 Kegel, Internationales Privatrecht, 4. Aufl. 1977, 368; Soergel/Kegel, 10. Aufl. 1970, Art. 15 EGBGB Rd.-Nr. 27; Palandt/Heldrich, (Fn. 3) Art. 15 EGBGB, Anm. 3.

6 Zum Vorrang von Staatsverträgen Soergel/Kegel (Fn. 5) vor Art. 7 EGBGB, Rd.-Nr. 7; Staudinger/Gamillscheg, 10./11. Aufl. 1973, Anh. nach Art. 16 EGBGB, Rd.-Nr. 1; Ferid, Internationales Privatrecht, 2. (unveränd.) Aufl. 1982, Rd.-Nr. 1 – 8.

7 Text bei Jayme/Hausmann, Internationales Privat- und Verfahrensrecht, 2. Aufl. 1983, Nr. 18 S. 33; Palandt/Heldrich (Fn. 3), Anh. I zu Art. 15 EGBGB; Soergel/Kegel (Fn. 5), Anh. zu Art. 16 EGBGB.

8 Palandt/Heldrich (Fn. 3), Anh. I zu Art. 15 EGBGB, Anm. 1; Soergel/Kegel (Fn. 5), Anh. nach Art. 16 EGBGB, Rd.-Nr. 1.

9 Das Abkommen galt vom 24. 8. 1912 bis zum 10. 5. 1940, dem Kriegseintritt der Niederlande, nicht aber während des Krieges. Seine Weitergeltung nach dem Kriege im Verhältnis Bundesrepublik Deutschland – Niederlande wurde in der Erklärung der Bundesregierung vom 14. 12. 1954 (BGBl. 1955 II 1) festgestellt. Seine Geltung für zwischen dem 10. 5. 1940 und dem 14. 12. 1954 geschlossene Ehen ist umstritten: Im deutschen wie im niederländischen Schrifttum wird die Weitergeltung für diese Zeit abgelehnt, Einzelheiten bei Klinke (Fn. 2), IPRax 1983, 136 (m. w. N.); a. A. jetzt zurecht Stille (Fn. 2), WPnR 1982 no. 5607, S. 299 (er plädiert, S. 304 f., für Fortgeltung während des Kriegszustandes vom 11. 12. 1941 bis 17. 12. 1949 zwischen den Niederlanden und Deutschland).

10 Gesetz vom 10. 2. 1977 (Staatsblad – Stb. – 1977 no. 64); Einzelheiten bei Klinke (Fn. 1), DNotZ 1981, 352 Fn. 4; Palandt/Heldrich (Fn. 3) Anh. I zu Art. 15 EGBGB Anm. 1; MünchKomm/Siehr, nach Art. 16 EGBGB Anh. I Rn. 5 bis 7; das Abkommen gilt jetzt nur noch im Verhältnis zu Italien.

11 Das neue Haager Abkommen über das auf Ehegüterstände anwendbare Recht vom 14. 3. 1978 ist noch nicht in Kraft getreten, vgl. IPRax 1982, 263; NIPR (Niederlands Internationaal Privaatrecht – erscheint seit 1983 und ist im wesentlichen die Fortsetzung der vom T. M. C. Asser Instituut herausgegebenen Kartei der Rechtsprechung) 1983 no. 40, S. 35; Palandt/Heldrich (Fn. 3), Anh. I zu Art. 15 EGBGB, Anm. 1 a. E.; Einzelheiten bei Beitzke, Die 13. Haager Konferenz und der Abkommensentwurf zum ehelichen Güterrecht, RabelsZ 41 (1977), 457 (Text daselbst 553 – 569). Text ferner in Conférence de la Haye de Droit international privé, Recueil des Conventions (1951 – 1980), o. J., Nr. XXV, S. 228.

12 Dazu oben Fn. 10.

13 OLG Hamm NJW 1977, 1591 mit Anm. Reinartz (zu Art. 15 Abs. 2 1. HS.) = DNotZ 1978, 243; Kegel (Fn. 5), 396; Soergel/Kegel (Fn. 5), Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 4; Palandt/Heldrich (Fn. 3), 42. Aufl. 1983, Art. 15 EGBGB, Anm. 3; ausf. Staudinger/Gamillscheg (Fn. 6), Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 87.

14 Ausf. Courbe, Les objectifs temporels des règles de droit international privé, 1981, no. 428 bei Fn. 344; Battifol, Sur l'application des règles de conflit dans le temps du droit étranger, Festschrift Ferid, 1978, 25 bezieht sich nur auf die Frage, inwieweit neues oder altes Sachrecht des von der unveränderten Kollisionsnorm berufenen Rechts gilt.

15 H. R., 27. 3. 1981, NJ 1981 no. 335 = Stille (Fn. 2) WPnR 1982 no. 5607, S. 299; ausf. De Boer/Kotting (Fn. 2) WPnR 1982 no. 5607, S. 291; Van der Ploeg (Fn. 2) WPnR 1981 no. 5554, S. 133 (135); vgl. Klinke (Fn. 2), IPRax 1983, 132 (2); Boele-Woelk (Fn. 2), DNotZ 1981, 66.

16 Allerdings enthält Art. 2 Abs. 2 Haager Abk. den Grundsatz der Unwandelbarkeit, Staudinger/Gamillscheg (Fn. 6), Anh. nach Art. 16 EGBGB, Rd.-Nr. 21: Dieser gilt aber nur im Rahmen des Haager Abkommens, mithin also nur, solange das Abkommen gilt.

17 Klinke (Fn. 2), IPRax 1983, 135 Fn. 30 (m. w. N.).

18 Palandt/Heldrich (Fn. 3), 39. (Vor-)Aufl. 1981, S. 2197, ferner Staudinger/Gamillscheg (Fn. 6), Anh. nach Art. 16 EGBGB, Rd.-Nr. 6, 7; Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 91.

19 Kegel (Fn. 5), 20; Soergel/Kegel (Fn. 5), Vor Art. 7 EGBGB, Rd.-Nr. 129; Neuhäus, Die Grundbegriffe des IPR, 2. Aufl. 1976, 293; Bürglin, Das intertemporale Recht im Internationalen Privatrecht, 1965, 38 ff. (Diese Methode geht auf Affolter, Geschichte des intertemporalen Privatrechts, 1902, und Das intertemporale und internationale Recht der zeitlichen und örtlichen Kollisionsnormen des BGB, 1902, sowie auf Zitelmann zurück); vgl. zum niederländischen intertemporalen Recht Klinke (Fn. 1), DNotZ 1981, 360, 362 Fn. 57; ders. (Fn. 2) IPRax 1983, 135 Fn. 31, 32. Das Institut de Droit international hat auf seiner Sitzung vom 25. 8. – 3. 9. 1981 eine Resolution zum „Problem of Choice of time in private international law“ verabschiedet. Auch danach soll das kollisionsrechtlich maßgebliche Recht über das intertemporale Recht entscheiden.

20 Insbes. Raape/Sturm, Internationales Privatrecht, Band 1: Allgemeine Lehren, 1977, 262; Kegel (Fn. 5), 369 (de lege ferenda); Beitzke, Wandelbarkeit des Güterrechtsstatuts?, Festschrift Bosch, 1978, 65, 66; vgl. ferner Überblick in: Kodifikation des deutschen Internationalen Privatrechts – Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für ausländisches und Internationales Privatrecht zum Regierungsentwurf von 1983 – , RabelsZ 47 (1983), 631; weitere Nachw. bei Firsching, Einführung in das internationale Privatrecht, 2. Aufl. 1981, 190 Fn. 65; gegen Wandelbarkeit z. B. Ferid (Fn. 6), Rd.-Nr. 8 ff.

21 BR-Drucks. 222/83 vom 20. 5. 1983 (im folgenden: EGBGB – Reg. E); Text in IPRax 1983, 254; RabelsZ 47 (1983), 691 (mit Gegenüberstellung der eigenen Vorschläge des Max-Planck-Instituts); StAZ 1983, 240; jetzt auch BT-Drucks. 10/504 vom 20. 10. 1983 mit Text und Begründung des Entwurfs sowie der Stellungnahme des Bundesrats und der Gegenüberstellung der Bundesregierung. Wesentlicher Inhalt davon in: IPRax 1984, 54. Zu dem diesem Entwurf zugrundeliegenden unveröffentlichten Referentenentwurf, Schwilman, Zum aktuellen Reformstand im internationalen Familienrecht, StAZ 1983, 67 (62); ferner Pirrung, Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des internationalen Privatrechts, IPRax 1983, 201, 202 f.

22 Kodifikation (Fn. 20), 630; hingegen sieht der Entwurf des neuen Haager Ehevertragsabkommens vom 14. 3. 1978 in Art. 7 Wandelbarkeit vor, Beitzke (Fn. 1), RabelsZ 41 (1977), 457, 470 ff.

23 Statt vieler hier nur Heldrich (Fn. 3), FamRZ 1983, 1085.

24 Einzelheiten dazu unten IV 3 c.

25 Dazu oben Fn. 9.

26 Das Haager Ehevertragsabk. von 1905 gilt zwar für die Bundesrepublik noch (oben Fn. 10), kann aber wegen seines Art. 10 nicht mehr gegenüber den Niederlanden angewendet werden, Soergel/Kegel (Fn. 5) Anh. zu Art. 16 EGBGB, Rd.-Nr. 20: Da es keine loi uniforme ist, gilt es nur gegenüber Mitgliedsstaaten.

27 Palandt/Heldrich (Fn. 3), Art. 15 EGBGB, Anm. 1b a. E.; Soergel/Kegel (Fn. 5), Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 41. Einzelheiten zur Rückverweisung unten II 1.

(i.V.m. Art. 9) das gemeinsame Heimatrecht der Ehegatten²⁸; ansonsten gilt nach Art. 15 EGBGB grundsätzlich wiederum das Heimatrecht des Ehemannes; wobei allerdings Art. 15 Abs. 2, 2. HS EGBGB den Ehegatten den Rückgriff auf deutsches Recht und damit einen Ehevertrag nach deutschem Recht erlaubt, soweit der Ehevertrag ausländischem (hier: niederländischem) Recht unterliegt²⁹. Die Ehegatten sollen mit Hilfe von Art. 15 Abs. 2, 2. HS EGBGB Ehevertragshindernisse des niederländischen Rechts überwinden und sich ihrer Umgebung anpassen können. Keinesfalls aber eröffnet diese Ausnahme von der Regel allgemein das Tor zur Privatautonomie³⁰ im internationalen Ehevertragsrecht.

Im Ergebnis wird der Ehevertrag kollisionsrechtlich nur bei rein niederländischen Ehen unter das Haager Abkommen fallen: Bei unterschiedlicher Staatsangehörigkeit der Ehegatten ist das Abkommen unanwendbar³¹. Ursprünglich (d.h. vor Eheschließung) gemischt-nationale Ehegatten behalten aber heute in der Regel ihre Staatsangehörigkeit: Auch die Deutsche, die einen Niederländer heiratet, wird nicht mehr ex lege Niederländerin³².

Ferner dürfte Art. 5 Haager Abk. auch bei Ehen, die unter der Herrschaft des Abkommens geschlossen wurden, für nach Kündigung des Abkommens eingegangene Eheverträge, also für nach dem 23. 8. 1977 zustandgekommene Verträge, nicht mehr gelten³³.

II.

Niederländisches internationales Ehegüterrecht

1. Gesetzlicher Güterstand

Das niederländische Kollisionsgüterrecht ist ungeschriebenes Recht: Traditionell unterlag das Ehegüterrecht allein dem Heimatrecht des Ehemannes³⁴. Dieses war ursprünglich in der Regel auch das der Ehefrau, denn sie erwarb mit Eheschließung die niederländische Staatsangehörigkeit ihres Ehemannes³⁵.

Nach dem Zweiten Weltkrieg ging diese Idylle aus zwei Gründen zu Bruch: Die Gleichberechtigung von Mann und Frau hielt Einzug³⁶; ab 1964 erwarb selbst die ausländische Ehefrau eines Niederländers nicht mehr ex lege mit Heirat die Staatsangehörigkeit ihres Ehemannes³⁷.

In der Folge bereiteten sich Unbehagen an der einseitigen Anknüpfung und Unsicherheit bei der Bestimmung des maßgeblichen Ehegüterrechts aus³⁸. Erste Klarheit schuf der Hoge Raad in der Chelouche/Van Leer Entscheidung vom 10. 12. 1976³⁹. Danach gilt ähnlich der Kegelschen Leiter⁴⁰ und dem Regierungsentwurf zur Neuregelung des internationalen Privatrechts⁴¹ im niederländischen internationalen Ehegüterrecht folgende „aanknopingsladder“⁴²: 1. Wahl des maßgeblichen Rechts vor Eheschließung; 2. gemeinsames Heimatrecht der Ehegatten; 3. Recht des ersten gemeinsamen Ehesitzes und 4. das Recht der engsten Beziehungen der Ehegatten.

Nach dieser Entscheidung war unklar, ob dieses Anknüpfungssystem rückwirkend für vor dem Urteil geschlossene Ehen galt⁴³, was im Einzelfall nachträglich ein anderes Recht, also Statutenwechsel bedeuten könnte⁴⁴.

Der Hoge Raad hat diese Unklarheiten in seiner zweiten Entscheidung vom 27. 3. 1981⁴⁵ teilweise beseitigt, indem er (im Rahmen der Entscheidung über die Anknüpfung nach dem Haager Eheschließungsabkommen) an die im Zeitpunkt der Eheschließung geltende Kollisionsnorm anknüpft, sofern diese kodifiziert und eindeutig ist⁴⁶: Soweit Art. 2 Haager Abk. im Zeitpunkt der Eheschließung galt, bleibt es bei dessen Anknüpfung⁴⁷.

In den nach 1981 entschiedenen Fällen, in denen es nicht um das Haager Abk. ging, haben sich die Untergerichte überwiegend an die „aanknopingsladder“ gehalten⁴⁸⁻⁴⁹. In einer ganzen Reihe von Fällen haben sie sie auch rückwirkend auf vor dem Chelouche/Van Leer Urteil geschlossene Ehen ange-

28 Soergel/Kegel (Fn. 5), Anm. zu Art. 16 EGBGB, Rd.-Nr. 11.
 29 Soergel/Kegel (Fn. 5), Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 32, 25; Staudinger/Gamillscheg (Fn. 6) Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 430, 431.
 Im deutsch-niederländischen Verhältnis dürfte diese Vorschrift nur bei vor dem Chelouche/Van Leer-Urteil vom 10. 12. 1976 geschlossene Ehen erheblich werden: Für später geschlossene Ehen weist das niederländische IPR zumindest dann auf deutsches Recht zurück, wenn deutsch-niederländische Ehegatten ihren ersten Ehesitz in der Bundesrepublik hatten, unten II 2.
 30 Heidrich (Fn. 3), FamRZ 1983, 1084; MünchKomm/Siehr (Fn. 10), Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 19, 68, 69; Staudinger/Gamillscheg (Fn. 6), Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 34; Staudinger/von Bar, Internationales Ehevertragsrecht, 12. Aufl. 1983, Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 22.
 31 Soergel/Kegel (Fn. 5), Anm. zu Art. 16 EGBGB, Rd.-Nr. 11.
 32 Vgl. zum Erwerb der niederländischen Staatsangehörigkeit durch die ausländische Ehefrau Klinke (Fn. 1), DNotZ 1981, 359 (m.w.N.) sowie unten sub II 1. Als Art. 5 Haager Eheschließungsabkommen ausgearbeitet wurde (vor dem 1. Weltkrieg), erwarb die Ehefrau in aller Regel noch des Ehemannes Staatsangehörigkeit.
 33 In diesem Sinne ausdr. Van der Ploeg (Fn. 2), WPnR 1981 no. 5554, S. 139; De Boer/Kotting (Fn. 2), WPnR 1982 no. 5607, S. 296. Aus deutscher Sicht ergibt sich dies m. E. aus Art. 200 Abs. 2 EGBGB analog.
 34 Einzelheiten bei Klinke (Fn. 1), DNotZ 1981, 353.
 35 So jedenfalls das niederländische Staatsangehörigkeitsrecht bis 1964, Klinke (Fn. 1), DNotZ 1981, 353. Der umgekehrte Fall (Heirat einer Niederländerin mit einem Ausländer) scheint keine oder nur eine geringe Rolle gespielt zu haben, getreu den damaligen Vorstellungen.
 36 Zunächst durch die sog. „lex Van Oven“ vom 14. 6. 1966 (Stb. 1966 no. 343); dazu Klinke (Fn. 1), DNotZ 1981, 355 bei Fn. 20; ders. (Fn. 2) IPRax 1983, 134 bei Fn. 21. Allerdings war – wie ursprünglich auch im deutschen Recht – lange streitig, ob die Gleichberechtigung auch im IPR zu berücksichtigen war, vgl. Van Oosten, NJ 1977 no. 275, S. 942 (m.w.N.); Van der Ploeg (Fn. 2) WPnR 1981 no. 5554, S. 135 (r. Sp.).
 37 Klinke (Fn. 1), DNotZ 1981, 353.
 38 Deutlich bei den Vorinstanzen des Chelouche/Van Leer Falls, Rechtbank (Rb.) Amsterdam, 20. 3. 1973, NJ 1973 no. 172; Hof Amsterdam, 10. 7. 1975, NJ 1975 no. 459; dazu Jessurun d'Oliveira, Ars Aequi (AA) 1976, 100; Lubbers, Een plavuis op weg naar een ruine? in: Veto over de lex fori (Fn. 1) 1977, 39.
 39 H. R. NJ 1977 no. 275 (weitere Nachw. oben Fn. 1).
 40 Kegel (Fn. 5), 369; ders., Zur Reform des internationalen Rechts der persönlichen Eheschließungen und des internationalen Scheidungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, Festschrift Schwind, 1978, 145 (153); amüsant beschrieben von Kurylo in: Ohne Herzklopfen ins Ausland, Kölner Stadt-Anzeiger vom 30. Juli/1. August 1982, S. 11.
 41 Oben Fn. 21 sowie unten.

42 Einzelheiten bei Klinke (Fn. 1), DNotZ 1981, 356. Ein Problem sei erwähnt: Eine gemeinsame Staatsangehörigkeit wurde auch dann noch bejaht, wenn diese erst kurz nach Eheschließung zustande kommt, vgl. H. R., 10. 12. 1976, NJ 1977 no. 275, S. 938; H. R., 14. 5. 1976, NJ 1977 no. 335; jetzt Hof Amsterdam, 19. 1. 1983, NIPR 1983 no. 190, S. 138 (Die ungarische Ehefrau eines Niederländers erwarb die niederländische Staatsangehörigkeit erst fünf Monate nach Eheschließung); Van der Ploeg, The Netherlands Supreme Court and International Matrimonial Property Law, NIPR (Netherlands International Law Review) 24 (1977), 474 (487).
 43 Sauveplanne (Fn. 2), 37.
 44 Einzelheiten zum niederländischen intertemporalen Ehegüterrecht bei Klinke (Fn. 2), IPRax 1983, 133.
 45 NJ 1981 no. 335 S. 1123; Einzelheiten oben Fn. 2.
 46 Einzelheiten bei Klinke (Fn. 2), IPRax 1983, 135.
 47 Ebenso Rb. Alkmaar, 21. 7. 1983, NIPR 1983 no. 310, S. 273 (275; nach Art. 2 Haager Abkommen anwendbares deutsches Ehegüterrecht bei einer 1975 in der Bundesrepublik zwischen einem Niederländer und einer Deutschen geschlossenen Ehe); Rb. Alkmaar, 30. 6. 1983, NIPR 1983 no. 306 (4 Urteile vom selben Tag. Die Ehen wurden zwischen 1969 und 1975 geschlossen, die Ehemänner waren zweimal deutscher, einmal italienischer und einmal niederländischer Staatsangehörigkeit); Rb. Alkmaar, 19. 5. 1983, NIPR 1983 no. 301 (Die Eheleute, eine Niederländerin und ein Deutscher, haben zweimal die Ehe geschlossen: am 9. 5. 1967 und am 18. 7. 1977. Das Gericht stellt nach Art. 166 Abs. 1 Book 1 B.W. auf die erste Ehescheidung ab); Rb. Den Haag, 15. 3. 1983, NIPR 1983 no. 196, S. 143 (Niederländisches Ehegüterrecht bei einer am 7. 7. 1977 in der Bundesrepublik geschlossenen Ehe zwischen einem Niederländer und einer Deutschen); Rb. Arnhem, 16. 12. 1982, NIPR 1983 no. 181, S. 132; Rb. Alkmaar, 18. 11. 1982, NIPR 1983 no. 171, S. 123; Rb. Den Haag, 26. 7. 1983 (rolno. 83/125), NIPR 1983 no. 273, S. 243 f. (Portugiesisches Mannesrecht nach dem Haager Abkommen).
 48 Gemeinsames Heimatrecht der Ehegatten: Rb. Zwolle, 22. 6. 1983, NIPR 1983 no. 305, S. 270 (irisches Ehegüterrecht als gemeinsames Heiratsrecht der Ehegatten, die 1963 in England geheiratet haben); Rb. Alkmaar, 19. 5. 1983, NIPR 1983 no. 300, S. 266 f. (Niederländisches Recht als gemeinsames Heimatrecht niederländischer Ehegatten, die 1963 in den Niederlanden heirateten, später aber nach Kanada ausgewanderten und die kanadische Staatsangehörigkeit erwarben); Rb. Alkmaar, 19. 5. 1983, NIPR 1983 no. 299, S. 266 (Niederländisches Ehegüterrecht als gemeinsames Heimatrecht der Ehegatten, da die Ehefrau mit Heirat – 1980 – die niederländische Staatsangehörigkeit erhalten hatte); Rb. Zutphen, 24. 2. 1983, NIPR 1983 no. 282, S. 251; Rb. Alkmaar, 13. 1. 1983 und 14. 4. 1983, NIPR 1983 no. 275, S. 245 (Unter dem 14. 4. 1983 hat die Rb. Alkmaar 3 Urteile gefällt; nur das erste – rolno. 2184/1982 – knüpft ausdrücklich an das belgische Heimatrecht des Ehemannes an); Rb. Arnhem, 6. 1. 1983, NIPR 1983 no. 273, S. 243 f.; Rb. Alkmaar, 21. 4. 1983, NIPR 1983 no. 198, S. 144; Hof Amsterdam, 19. 1. 1983, NIPR 1983 no. 190, S. 138 (dazu oben Fn. 42).

wendet⁵⁰, ohne daß aber eine Auseinandersetzung mit der Rückwirkungsproblematik stattfand: Bis zu den ersten Entscheidungen der Obergerichte bleibt mithin abzuwarten, ob die Gerichte definitiv bei der bisher zu beobachtenden de facto-Rückwirkung bleiben werden.

Soweit das vom Hoge Raad entwickelte Kollisionsrecht mithin gleichberechtigungskonform anknüpft – generell und sicher für nach 1976 geschlossene Ehen – und diese Anknüpfung im Rahmen der bei Art. 15 EGBGB zu beachtenden Rück- oder Weiterverweisung – also für alle nach Kündigung des Haager Abkommens (23. 8. 1977) geschlossenen Ehen⁵¹ – gilt, können sich diejenigen im deutschen Recht freuen, die vor dem BVerfG-Beschluß die einseitige Anknüpfung an das Mannesrecht im autonomen deutschen IPR für verfassungsrechtlich bedenklich⁵² hielten: Das niederländische IPR verhilft im Ergebnis seit der Chelouche/Van Leer Entscheidung zu einer verfassungskonformen Anknüpfung.

2. Ehevertrag

Der Hoge Raad hatte in beiden Entscheidungen allein über das Statut des gesetzlichen Güterstandes zu befinden. Für das Statut des Ehevertrages kann im Ergebnis nichts anderes gelten, auch wenn sich dazu in der Literatur⁵³ wenig findet: Der Ehevertrag unterliegt dem zur Zeit der Eheschließung maßgeblichen Recht⁵⁴.

In einigen, ganz wenigen Fällen⁵⁵ wird allerdings bei während bestehender Ehe geschlossenen Eheverträgen zwischen der Zulässigkeit eines Ehevertrages und dem sonstigen Inhalt des Ehevertrages unterschieden: Die Zulässigkeit wird, unabhängig von der Frage des im übrigen auf den Ehevertrag anwendbaren Rechts, niederländischem materiellen Recht unterstellt: Auf diese Weise kommt immer Art. 119 Book 1 B.W.⁵⁶ zum Zuge⁵⁷, nach dem Eheverträge im niederländischen Recht von der zuständigen Rechtbank genehmigt werden müssen.

Eine überzeugende Begründung für die Geltung von Art. 119 Book 1 B.W. fehlt. Die Rb. Alkmaar begründet dies zwar in einer Entscheidung damit, daß insoweit auf niederländisches Recht als dem des ersten Ehenahmsitzes abzustellen sei; sagt aber nicht, warum insoweit das Wohnsitzrecht heranzuziehen sei. Die isolierte Anknüpfung dieser Zulässigkeitsfrage deutet aber m. E. darauf hin, daß man Art. 119 Book 1 B.W. prozessual versteht und deshalb unausgesprochen niederländisches Recht als lex fori⁵⁸ heranzieht.

Solange keine ausführlichere Begründung vorliegt und – soweit ersichtlich – nur die Rb. Alkmaar diesen Weg beschritten hat, sollte man Art. 119 Book 1 B.W. auch kollisionsrechtlich als Regelung der Zulässigkeit des Ehevertrages qualifizieren⁵⁹: Im Anwendungsbereich des Haager Abk. gehört Art. 119 Book 1 B.W. zum Statut des Ehevertrages; denn dieses, das gemeinsame Heimatrecht der Ehegatten, ent-

49 Erster Ehenahmsitz: Rb. Den Haag, 15.3.1983, NIPR 1983 no. 285, S. 253f. (Niederländisches Ehegüterrecht als Recht des ersten Ehenahmsitzes bei einer 1960 (!) in den Niederlanden geschlossenen Ehe zwischen einem Ungarn und einer Niederländerin); Rb. Alkmaar, 14.4.1983, NIPR 1983 no. 275 S. 245f. (Zwei Urteile vom selben Tag: In der ersten Entscheidung – rolno. 308/1983 – ging es um ein britisches Ehepaar, das 1974 in Großbritannien geheiratet hat. Merkwürdigerweise knüpft das Gericht trotz gleicher Staatsangehörigkeit an das Wohnsitzrecht an); Rb. Den Haag, 26.7.1983, NIPR 1983 no. 273, S. 244 (Niederländisches Ehegüterrecht bei einer am 22.4.1976 geschlossenen Ehe zwischen einer Niederländerin und einem Spanier als Recht des ersten Ehenahmsitzes); Rb. Arnhem, 9.12.1982, NIPR 1983 no. 179, S. 130. (Trotz gemeinsamer jugoslawischer Staatsangehörigkeit der Ehegatten hat das Gericht auf die 1982 geschlossene Ehe niederländisches Recht als das des ersten Wohnsitzes angewendet); Rb. Alkmaar, 2.12.1982, NIPR 1983 no. 176, S. 128; Rb. Alkmaar, 2.12.1982, NIPR 1983 no. 175, S. 126 (Recht des ersten Ehenahmsitzes bei gemischtnationalen, seit 1970 verheirateten Ehegatten); Rb. Alkmaar, 22.4.1982, no. 13.313 der Kartel des T.M.C. Asser Instituut's 's-Gravenhage (zitiert als AK, 13.313); dies., 8.4.1982, AK, 13.310; dies., 8.4.1982, AK, 13.309; dies., 8.4.1982, AK 13.308; Hof Den Haag, 25.3.1983, AK 12.864; Rb. Alkmaar, 18.3.1982, AK 13.298; Rb. Amsterdam, 24.2.1982, AK 13.288.

50 Rb. Den Haag, 15.3.1983, NIPR 1983 no. 285, S. 253f.; Rb. Alkmaar, 14.4.1983, NIPR 1983 no. 275 S. 246. (Im Urteil rolno. 252/1983 hatten die Ehegatten 1971 geheiratet); Rb. Alkmaar, 2.12.1982, NIPR 1983 no. 175, S. 126. Ob bei der Anknüpfung an das gemeinsame Heimatrecht der Ehegatten (statt – wie früher meist – auf das Heimatrecht des Ehemannes) immer die neue „anknüpfungsleiter“ und damit auch in diesen Fällen oft Rückwirkung gemeint ist, läßt sich nicht eindeutig beantworten: Gemeinsames Heimatrecht und Mannesrecht fallen zusammen.

51 So bei deutsch-niederländischen Ehen, bei denen der Mann Niederländer ist; nicht aber dann, wenn der Mann Deutscher ist.

52 Unten IV 1.

53 Vgl. den Hinweis bei Van der Ploeg (Fn. 2) WPNR 1981 no. 5554, S. 138 – 139; bei Sauveplanne (Fn. 2) 34 – 37 findet sich nichts.

54 Rb. Alkmaar, 29.9.1983, NIPR 1983 no. 316, S. 281 (Das Ehegüterrecht einer 1973 in den Niederlanden geschlossenen Ehe zwischen einem Niederländer und einer Australierin unterliegt niederländischem Recht als dem des ersten Ehenahmsitzes. Dieses gilt auch für den während der Ehe geschlossenen Ehevertrag); Rb. Alkmaar, 19.5.1983, NIPR 1983 no. 299, S. 266 (Ehevertrag nach dem gemeinsamen niederländischen Heimatrecht der Ehegatten bei einer 1980 geschlossenen Ehe); Rb. Den Haag, 3.2.1983, NIPR 1983 no. 193, S. 140; Rb. Alkmaar, 3.2.1983, NIPR 1983 no. 192 S. 140 (Ehevertrag nach dem Recht des ersten Ehenahmsitzes bei gemischtnationaler, 1971 eingegangener Ehe); ein Sonderfall: Hof Den Haag, 11.5.1983, NIPR 1983 no. 296, S. 262 (263; die erste Instanz, Rb. Middelburg, 24.3.1982, ließ offen, ob eine von den Ehegatten getroffene Wahl des auf den Ehevertrag anwendbaren Rechts zulässig war; immerhin hatten die Ehegatten vor dem 2. Weltkrieg geheiratet und damit zu einer Zeit, zu der der Hoge Raad die international-privatrechtliche Rechtswahl nicht zuließ, vgl. Künke (Fn. 1), DNotZ 1981, 357 (Fn. 28); Rb. Den Haag, 5.10.1982, NIPR 1983 no. 165, S. 120 (Österreichische Ehepartner heiraten 1951 in Österreich und wohnen dort noch zwei Jahre; dann siedeln sie nach den Niederlanden über, wo sie 28 Jahre später einen Ehevertrag nach niederländischem Recht schließen wollen. Das Gericht hält österreichisches Recht für anwendbar; da dieses die kollisionsrechtliche Rechtswahl nach Art. 19 des Bundesgesetzes vom 15.6.1978 über das internationale Privatrecht zuläßt, wendet das Gericht im Ergebnis niederländisches materielles Ehevertragsrecht an); Rb. Breda, 16.3.1982, NIPR 1983 no. 157, S. 114.

55 Rb. Alkmaar, 22.9.1983, NIPR 1983 no. 315, S. 280 (Bei einer am 5.3.1976 ge-

schlossenen Ehe zwischen einem Deutschen und einer Niederländerin wurde die Frage der Zulässigkeit des Ehevertrages nach niederländischem Recht als dem des ersten Ehenahmsitzes entschieden; das gesetzliche Güterrecht unterlag nach dem Haager Abkommen dem Mannesrecht. Nicht ausdrücklich bestimmt wurde das auf den Vertrag anwendbare Recht; wahrscheinlich wurde der Vertrag niederländischem Recht unterstellt.); Rb. Alkmaar, 30.12.1982, NIPR 1983 no. 187, S. 136f. (Die Rb. stimmte dem Ehevertrag nicht zu: Sein Inhalt gebe nur wieder, was ohnehin nach dem für den gesetzlichen Güterstand maßgeblichen britischen Güterrecht gelte.)

56 Art. 119 Book 1 B.W.:

1. Abschluß und Änderung von Ehegüterrechtsverträgen bedürfen während der Ehe der Genehmigung des Landgerichts. Mit dem schriftlichen Antrag der Ehegatten ist ein Entwurf der notariellen Urkunde vorzulegen.

2. Vor der Entscheidung über den Antrag kann das Gericht anordnen, daß er in zwei vom Gericht bestimmten Tageszeiten bekanntgemacht wird. In der Bekanntmachung ist der vom Gericht festgesetzte Tag und die Uhrzeit zur Anhörung der Gläubiger aufzunehmen; ferner ist anzugeben, daß der Entwurf der Urkunde auf der Geschäftsstelle eingesehen werden kann.

3. Die Genehmigung wird versagt, wenn ein vernünftiger Grund bei Abschluß und Änderung des Ehegüterrechtsvertrages fehlt oder wenn die Gefahr besteht, daß die Gläubiger benachteiligt werden.

4. Gegen den endgültigen Beschluß ist die Berufung innerhalb von zwei Monaten nach seinem Erlaß zulässig.

5. Ist die Urkunde nicht innerhalb von drei Monaten nach Rechtskraft des Beschlusses ausgestellt, mit dem die Genehmigung erteilt wird, wird der Beschluß hinfällig; niederl. Text nach Nederlandse Wetgeving, Studenteneditie, Loseblattsammlung, subll. B.W. Book 1, S. 20. Genannt wird in diesem Zusammenhang auch noch Art. 118 Book 1 B.W.: Er enthält (Abs. 1) eine Jahresfrist ab Eheschließung, nach deren Ablauf frühestens ein Ehevertrag möglich ist.

57 Zur Auslegung von Art. 119 B.W. Hof 's-Hertogenbosch, 2.10.1980, NJ 1981, no. 631 mit Anm. Luitjens; dazu kurze Anm. von Van Duijvendijk-Brand, Ars Aequi (AA) 1982, 156; ferner Sielmann, Das geltende niederländische Ehegüterrecht, MittRhtNotK 1971, 1, 120ff.

58 Vgl. allgemein zur Anwendung der lex fori für Verfahrensrecht Kegel (Fn. 5), 485f.; Sauveplanne (Fn. 2), 125–127.

Art. 119 Book 1 B.W. könnte aus niederländischer Sicht immer zu beachten sein, wenn er zum (niederländischen) ordre public zählen würde: Anhaltspunkte dafür hat aber die Durchsicht der Kartel des T.M.C. Asser Instituut's nicht ergeben; zu Art. 119 B.W. nur Rb. 's-Gravenhage, 26.1.1982, AK 13.247, bestätigt durch Hof Den Haag, 25.3.1982, AK 12.864: Die Rechtbank hatte über den Antrag auf gerichtliche Genehmigung eines Ehevertrages zwischen einem Niederländer und einer Kanadierin mit erstem Ehenahmsitz in Kanada/Ontario zu entscheiden. Die Ehegatten wollten offenbar das für sie nach eigener Ansicht maßgebliche gesetzliche Ehegüterrecht Ontarios als vertragliches vereinbaren. Das Gericht verneinte seine Zuständigkeit nach Art. 429c Abs. 2 Rv., da der Sachverhalt nur unzureichend mit der niederländischen Rechtssphäre verknüpft sei. Art. 429c Rv. bestimmt:

1. Zuständig ist das Gericht des Wohnsitzes oder in Ermangelung eines Wohnsitzes in den Niederlanden das des tatsächlichen Aufenthalts des Antragstellers. ... Mangels eines Wohnsitzes oder eines tatsächlichen Aufenthalts ist das Gericht in Den Haag zuständig.

2. Das Gericht ist unzuständig, wenn der Antrag nicht ausreichend mit der niederländischen Rechtssphäre verknüpft ist. Dazu Sielmann (Fn. 57), 121 (m. v. N.).

59 Allgemein zur Qualifikation Soergel/Kegel (Fn. 5), Vor Art. 7 EGBGB, Rd.-Nr. 30–46; Palandt/Heldrich (Fn. 3) Vorbem. von Art. 7 EGBGB, Anm. 9: Im Rahmen von Staatsverträgen ist autonom zu qualifizieren, Palandt/Heldrich (Fn. 3), Vorbem. vor Art. 7 EGBGB, Anm. 9 a.E.

scheidet nicht nur über den Inhalt (Art. 5 Haager Abk.) sondern auch über die Zulässigkeit (Art. 4 Haager Abk.) des Ehevertrages. Soweit sich jedoch – wie immer bei deutsch-niederländischen Ehen – nur das gesetzliche Ehegüterrecht nach dem Abkommen richtet, das vertragliche aber nach Art. 15 EGBGB⁶⁰, ist Art. 119 Book 1 B.W. nur unter drei Voraussetzungen einschlägig: Art. 15 EGBGB muß niederländisches Ehevertragsrecht berufen; in seinem Geltungsbereich muß diese Vorschrift, wie im Rahmen des Haager Abkommens ehevertraglich zu qualifizieren⁶¹ sein; niederländisches Kollisionsrecht darf nicht zurück- oder weiterverweisen.

III. Zwischenergebnis

Gesetzliches und vertragliches Ehegüterrecht, autonome wie staatsvertragliche Kollisionsnormen, zeitweise Suspension der staatsvertraglichen IPR und neuerdings Privatautonomie im niederländischen Kollisionsrecht auf der einen Seite, rein niederländische oder gemischtnationale Ehen, bei denen entweder Mann oder Frau niederländische Staatsangehörige sind, auf der anderen Seite – das verwirrt und ist schon im herkömmlichen internationalen Ehegüterrecht schwer miteinander zu vereinbaren. Daher einmal anders herum:

Für alle Ehen gilt: Maßgeblich ist die zur Zeit der Eheschließung jeweils geltende Kollisionsnorm. Das war (und ist) bis zum 23.8. 1977 vorrangig vor deutschem autonomen IPR das Haager Ehwirkungsabkommen von 1905, von kriegsbedingten Ausnahmen einmal abgesehen.

Rein niederländische Ehen in der Bundesrepublik unterliegen ehegüterrechtlich nach Art. 2 des vorrangigen Haager Abkommens wie (bei der zeitweiligen Unanwendbarkeit des Abkommens) nach Art. 15 EGBGB dem Heimatrecht des Ehemannes, also niederländischem Recht. Dessen Rückverweisung ist nur im Rahmen von Art. 15 EGBGB beachtlich, also bei während der kriegsbedingten Aussetzung des Abkommens und generell bei nach dem 23.8. 1977 geschlossenen Ehen: Niederländisches IPR verweist indes nur zurück, soweit die Ehegatten vor Heirat deutsches Ehegüterrecht vereinbart haben⁶².

Für einen Ehegütervertrag zwischen rein niederländischen Ehegatten gilt Gleiches: Art. 5 Haager Abk. wie Art. 15 EGBGB verweisen auf niederländisches Recht.

Bei gemischtnationalen Ehen, bei denen der Ehemann Niederländer ist, bestimmt sich das gesetzliche Ehegüterrecht nach niederländischem Recht als seinem Heimatrecht (Art. 2 Haager Abk., Art. 15 EGBGB). Soweit Art. 15 EGBGB gilt, verweist das niederländische IPR auf deutsches Recht zurück, wenn die Ehegatten in der Bundesrepublik ihren ersten Ehe- wohnsitz begründet haben oder vor Eheschließung deut-

ches Ehegüterrecht gewählt haben. Ob dies allerdings auch für Ehen zutrifft, die vor dem Chelouche/Van Leer Urteil des Hoge Raad (10. 12. 1976) eingegangen wurden, ist noch nicht abschließend entschieden⁶³. M. E. ist dies aber wahrscheinlich.

Das vertragliche Ehegüterrecht unterliegt bei dieser Mischehe immer nach Art. 15 EGBGB niederländischem Recht, vorbehaltlich der soeben genannten Rückverweisungsmöglichkeit. Ob niederländisches Recht diese Möglichkeit rückwirkend für alle vor 1976 geschlossene Ehen eröffnet, wird gerade beim Ehevertrag erheblich.

Die gemischtnationalen Ehen, bei denen die Ehefrau Niederländerin ist, sind, was gesetzliches und vertragliches Ehegüterrecht angeht, stets nach deutschem Recht zu beurteilen.

IV. Ehegüterrechtsstatut, Gleichheitsgebot und das Bundesverfassungsgericht

1. Das Damoklesschwert

Nach dem Spanier-Urteil des BVerfG vom 4.5. 1971⁶⁴ stand fest, daß die Grundrechte auch im IPR⁶⁵ gelten. Von da an war die Literatur mehr und mehr von der Verfassungswidrigkeit einseitiger Anknüpfung des Ehegüterrechts an das Mannesrecht überzeugt⁶⁶. Man wußte, daß man bei gemischtnationalen Ehen anders als bisher anknüpfen mußte; trotz einer Fülle von Vorschlägen in der Literatur⁶⁷ wußte man aber nicht, wie vorzugehen war⁶⁸:

- Umstritten war, ob Art. 15 EGBGB vor- oder nachkonstitutionelles Recht⁶⁹ war. Gewichtige Stimmen der Literatur⁷⁰ bezweifelten nicht zuletzt wegen des Gesetzes über den ehelichen Güterstand von Vertriebenen und Flüchtlingen⁷¹ vom 4. 8. 1969 die Überwiegend behauptete Vorkonstitutionalität dieser Norm: Für sie, die das BVerfG nunmehr glänzend bestätigt, stand allein dem Verfassungsgericht die Verwerfungskompetenz zu; die Zivilgerichte hätten nach Art. 100 Abs. 1 GG vorlegen können oder müssen⁷¹.
- Umstritten (und gefürchtet) waren sodann die Auswirkungen einer verfassungskonformen Anknüpfung: Sie bedeutete, gleich wie sie im einzelnen aussieht⁷², bei gemischtnationalen Ehen Änderung der bisherigen (einseitigen) Anknüpfung und damit im Ergebnis Wandelbarkeit⁷³ des Ehegüterrechtsstatuts:

Wandelbarkeit oder Unwandelbarkeit – das ist schon beinahe eine Glaubensfrage: Unwandelbarkeit ist einfach zu handhaben. Das kommt der Praxis entgegen: Ein Recht begleitet das Dauerrechtsverhältnis Ehe von Anfang bis Ende. Aber sie setzt eine geringe Mobilität der Bevölkerung voraus⁷⁴. Wan-

⁶⁰ Oben I.

⁶¹ M. E. fällt Art. 119 Book 1 B.W. auch im Rahmen des Art. 15 EGBGB unter das Ehevertragsstatut. Anderenfalls, wenn man in diesen Fällen des Auseinanderfallens von gesetzlichem (nach dem Haager Abkommen geregelten) und vertraglichem (nach dem autonomen deutschen Kollisionsrecht geregelten) Ehegüterrechtsstatut diese Norm im Anwendungsbereich des Art. 15 EGBGB zum gesetzlichen Ehegüterrecht zählt, würde diese Vorschrift durch den Rest der unterschiedlichen Qualifikationen fallen; zur Qualifikation z. B. Kegel (Fn. 5), 129 ff.; jüngst Schurig, Kollisionsnorm und Sachrecht, 1991, 215 f.

⁶² Bei diesen Ehen aber ist fraglich, ob der Hoge Raad nach seinem Urteil vom 10. 12. 1976 die Parteiautonomie anerkennen würde.

⁶³ Es kann sich im deutsch-niederländischen Verhältnis ohnehin nur um wenige Ehen handeln, die zwischen 1940 und 1954, als das Haager Abkommen ausgesetzt war, zustande kamen.

⁶⁴ BVerfGE 31, 58 (71, 73) = NJW 1971, 1509 = IPRspr. 1971 Nr. 39; Palandt/Heldrich (Fn. 3), Vorbem. vor Art. 7 EGBGB, Anm. 15a, ausführlicher 42. Aufl. 1983 daselbst (mit zahlreichen Nachw.); Raape/Sturm (Fn. 20), 207 f.; Henrich (Fn. 3), IPRax 1983, 26; von Bar (Fn. 3), NJW 1983, 1930; weitere Literatur nachw. bei Klinka (Fn. 1), DNotZ 1981, 351 Fn. 1.

⁶⁵ Das Spanier-Urteil betraf allerdings nicht Art. 15 EGBGB; noch ging es um Art. 3 Abs. 2 GG, Raape/Sturm (Fn. 20), 207 f.; von Bar (Fn. 3), NJW 1983, 1930.

⁶⁶ Statt vieler Kegel (Fn. 5), 338–339, (für die Verwirklichung der Gleichberechtigung de lege ferenda); Raape/Sturm (Fn. 20), 105 (für sofortige Berücksichtigung; die Vertreter einer vorsichtigeren Gangart beschimpft er als „starrsinnige Häretiker“); weit. Nachw. bei Palandt/Heldrich (Fn. 3), 42, (Vor-) Aufl. 1983, Art. 15 EGBGB, Anm. 2.

sichtigung; die Vertreter einer vorsichtigeren Gangart beschimpft er als „starrsinnige Häretiker“; weit. Nachw. bei Palandt/Heldrich (Fn. 3), 42, (Vor-) Aufl. 1983, Art. 15 EGBGB, Anm. 2.

^{66a} Überblick bei Henrich, Gleichberechtigung im internationalen Privatrecht und im Staatsangehörigkeitsrecht, FamRZ 1974, 105; ferner BayObLG NJW 1975, 1602 = DNotZ 1976, 32.

⁶⁷ Deutlich z. B. bei Neuhaus, Entwicklungen im Allgemeinen Teil des internationalen Privatrechts, Festschrift Kegel, 1977, 23 (27).

⁶⁸ Für nachkonstitutionelle Normen liegt die ausschließliche Entscheidungskompetenz über die Verfassungsmäßigkeit oder -widrigkeit und damit über Sein oder Nichtsein (der Norm) gem. Art. 100 Abs. 1 GG beim BVerfG, Farid (Fn. 6), Rd.-Nr. 2–65.

⁶⁹ Insbes. Farid (Fn. 6), Rd.-Nr. 8–104, Rd.-Nr. 8–118; vgl. Palandt/Heldrich (Fn. 3), 42, (Vor-) Aufl. 1983, Art. 15 EGBGB, Anm. 2; Neuhaus, kollisionsrechtliche Besinnung. Zu Wilhelm Wengler, Internationales Privatrecht, RabelsZ 45 (1981), 626, 631; dagegen z. B. Otto (Fn. 3), IPRax 1981, 12 sub a.

⁷⁰ Text bei Palandt/Heldrich (Fn. 3), Anh. II zu Art. 15 EGBGB, S. 2145.

⁷¹ Die Vorlagepflicht besteht allerdings nur, wenn es auf die Norm und ihre Verfassungsmäßigkeit ankommt: Das übersieht z. B. das LG Mönchengladbach in seinem Beschluß vom 4. 6. 1982, oben Fn. 4.

⁷² Nachw. der Vorschläge oben Fn. 66a, ferner unten IV 3a sowie z. B. Heldrich (Fn. 3), FamRZ 1983, 1084.

⁷³ Wandelbarkeit ist zwar Wunsch vieler, oben Fn. 20, hat aber ihre Tücken.

⁷⁴ Beitzke (Fn. 20), Festschrift Bosch, 66.

delbarkeit erlaubt die Anpassung an das jeweilige (rechtliche und wirtschaftliche) Umfeld. Das ist insbesondere geboten, wenn Ehegatten einen Rechtskreis endgültig verlassen, um in einem anderen zu leben. Die Flüchtlingsschicksale nach dem Zweiten Weltkrieg haben es schmerzhaft deutlich gemacht⁷⁵: Hier war es absurd, an dem zu Beginn der Ehe maßgeblichen (etwa polnischen oder russischen) Recht festzuhalten. Unter diesem Recht erworbene Besitztümer waren nicht mehr vorhanden; und für im neuen Rechtskreis erworbenes Vermögen (wie z.B. Lastenausgleichsansprüche) paßte es nicht.

Wandelbarkeit aber steht zum einen im Widerspruch zum geltenden EGBGB⁷⁶, dem Unwandelbarkeit zugrundeliegt. Und selbst wenn ein Statutenwechsel⁷⁷ während der Ehe nicht generell ausgeschlossen oder unmöglich ist, so setzt er jedoch aus Gründen der Rechtssicherheit zweierlei voraus: Es muß verbindlich geklärt werden, von welchem Zeitpunkt an⁷⁸ die neue Kollisionsnorm gilt. Ihre Auswirkung auf die Vergangenheit muß feststehen; also, ob sie auch für Altlehen gilt, die teilweise noch vor Inkrafttreten des Grundgesetzes geschlossen wurden (Frage der Rückwirkung)⁷⁹.

Diese Fragen verbindlich zu beantworten, konnten weder Schrifttum noch Rechtsprechung leisten⁸⁰; zumal auch Art. 15 EGBGB nur selten Gegenstand obergerichtlicher Entscheidungen war.

Rechtsprechung (und Schrifttum⁸¹) haben sich denn auch sehr behutsam vorgetastet, für manche zu behutsam. Nur wenige Entscheidungen⁸² haben Art. 15 EGBGB als verfassungswidrig abgelehnt, einige die Frage ausdrücklich offengelassen⁸³.

Soweit das Haager Ehwirkungsabkommen gilt, beließ man es bei dessen Anknüpfung: *Pacta sunt servanda*⁸⁴. Zwar muß die Anknüpfung auch im Rahmen von Staatsverträgen grundsätzlich verfassungskonform⁸⁵ sein: Bei verfassungswidrigen Staatsverträgen, die vor Gründung der Bundesrepublik abgeschlossen wurden, wurde (und wird zum Teil noch) das Gleichheitsgebot aber nur als Verpflichtung für den Gesetzgeber verstanden, den verfassungsgemäßen Zustand durch Kündigung des Abkommens herzustellen⁸⁶.

Soweit Art. 15 EGBGB einschlägig ist, beließ es der BGH bei vor dem Spanierurteil des BVerfG geschlossenen Ehen

ebenfalls bei der alten einseitigen Anknüpfung an das Mannesrecht⁸⁷: Die Weitergeltung des Art. 15 EGBGB beruht auf dem Vertrauensgrundsatz, den er zum Rechtsstaatlichkeitsgrundsatz nach Art. 20 Abs. 3 GG rechnet⁸⁸. Gleichzeitig rückte der BGH davon ab, Art. 15 EGBGB generell für verfassungsmäßig zu halten, ohne allerdings einen für den Vertrauensschutz und damit das Ende der Verfassungsmäßigkeit maßgeblichen Zeitpunkt zu nennen⁸⁹.

Für nach dem Spanierurteil geschlossene Ehen konnte man sich deshalb nach überwiegender Ansicht nicht mehr auf den Vertrauensgrundsatz⁹⁰ stützen. Aber auch dann noch wollte man an der alten Anknüpfung nach Art. 15 EGBGB festhalten⁹¹: Rechtssicherheit, Einheit der Rechtsprechung und die Ordnungsfunktion der bisherigen Kollisionsnorm waren die Stichworte. Rechtsprechung dazu fehlt allerdings.

In deutsch-niederländischen Mischehen war das Problem freilich vom Ergebnis her erheblich entschärft: Die zu beachtende Rück- oder Weiterverweisung des bei Art. 15 EGBGB zu beachtenden niederländischen Ehegüterkollisionsrechts sorgte (und sorgt) für Verfassungskonformität⁹².

2. Der Beschluß des BVerfG vom 22.2.1983

Das BVerfG entschied: Art. 15 Abs. 1 und Abs. 2 1. HS. EGBGB ist nachkonstitutionelles Recht⁹³. Art. 15 Abs. 1 und Abs. 2, 1. HS. des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch vom 18.8.1896 ist mit Art. 3 Abs. 2 des Grundgesetzes unvereinbar und nichtig⁹⁴.

Damit war altes Recht Makulatur, das befürchtete Rechtschaos (scheinbar) da: Außer der Nichtigkeit des Art. 15 Abs. 1 und 2, 1. HS. EGBGB (und damit der Verfassungsmäßigkeit und Weitergeltung des Art. 15 Abs. 2, 2. HS. EGBGB) – Ratio-sigkeit⁹⁵: Richter, Notare, Rechtsanwälte standen zunächst im Regen.

Im Mittelpunkt des Beschlusses steht die – für Verfassungsrechtler interessante – Frage der Nachkonstitutionalität des Art. 15 EGBGB: Er sei nachkonstitutionell, da sich „aus der Entstehungsgeschichte des § 1 Abs. 1 des Gesetzes über den ehelichen Güterstand von Vertriebenen und Flüchtlingen... der objektiverte Wille des Gesetzgebers“ ergibt, „Art. 15 EGBGB als nachkonstitutionelles Recht zu bestätigen“⁹⁶.

75 Kegel (Fn. 5), 368.

76 Ausnahme: Das Gesetz über den ehelichen Güterstand von Vertriebenen und Flüchtlingen (oben Fn. 70); dazu Kegel (Fn. 5), 368; Palandt/Heldrich (Fn. 3), Anh. II zu Art. 15 EGBGB, Vorbemerkung, S. 2146.

77 Auch Art. 15 in V. mit Art. 14, EGBGB-Reg. E. halten daran fest, kritisch Kodifikation (Fn. 20) RabelsZ 47 (1983), 630. Unangemessene Folgen sollen dadurch vermieden werden, daß die Parteilautonomie im gewissen Umfang zugelassen wird (Art. 15 Abs. 2 EGBGB-Reg. E.): Die Ehegatten können ein anderes Recht wählen. Dagegen (grundsätzlich) Beitzke (Fn. 20), Festschrift Bosch, 1976, 68.

78 In Rechtsprechung und Literatur wurden für den im Hinblick auf den Vertrauensschutz maßgeblichen Zeitpunkt, von dem ab Art. 15 EGBGB nicht mehr gelten soll, mehrere Daten „gehandelt“: Der 31.3.1953 nach Art. 117 GG (MünchKomm/Siehr, Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 15; BGH NJW 1980, 2644); der 1.7.1958 gem. Art. 8 II Nr. 4 des Gleichberechtigungsgesetzes vom 18.7.1957 (BGH NJW 1980, 2644); der 1.1.1969 nach § 1 des Gesetzes über den ehelichen Güterstand von Vertriebenen und Flüchtlingen (Ferid Rd.-Nr. 8–104; BGH NJW 1980, 2644); der 4.5.1971 als Datum der Spanier-Entscheidung (MünchKomm/Siehr, Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 15, 22; BGH NJW 1980, 2644).

79 Kegel (Fn. 5), 339; Soergel/Kegel BGB Bd. 9: Supplementband, 10. Aufl. 1975, S. 143, Rd.-Nr. 3; Beitzke (Fn. 20), Festschrift Bosch, 1976, 711.

80 Optimistischer aber Sonnenberger (Fn. 3), IPRAx 1984, 7; sowie die Rechtsprechung selbst unten IV 2 bei Fn. 97, 98.

81 Übersicht über das Schrifttum bei Palandt/Heldrich (Fn. 3), Art. 15 EGBGB, Anm. 2.

82 So KG NJW 1979, 1788; dazu (ablehnend) Heldrich NJW 1979, 2479; OLG München IPRAx 1981, 178 (aufgehoben von BGH NJW 1982, 1937 = IPRAx 1983, 40); dazu ablehnend Henrich (Fn. 3), IPRAx 1981, 182; ferner LG Mönchengladbach vom 4.6.1982 (unveröffentlicht, vgl. oben Fn. 4); kurzer Hinweis bei von Bar (Fn. 3), JZ 1984, 176.

83 BayObLG 1981, 178; BayObLG 1979, 60; BayObLG 1976, 15; BGH FamRZ 1976, 612; weit. Nachw. Palandt/Heldrich (Fn. 3), Art. 15 EGBGB Anm. 2.

84 Statt vieler OLG Hamm NJW 1968, 1052 = OLGZ 1968, 218; LG Kempten, 10.8.1982, IPRAx 1983, 130 mit Anm. Jayme (im Verhältnis zu Italien); Palandt/Heldrich (Fn. 3), 42. (Vor-) Aufl. 1983, Anh. zu Art. 15 EGBGB, Anm. 3, Vorbem. vor Art. 7 EGBGB, Anm. 15a; Soergel/Kegel (Fn. 78), Bd. 9: Supplementband, S. 144 Rd.-Nr. 3r Fn. 4 (m.w.N.); Ferid (Fn. 6), Rd.-Nr. 2–65, Rd.-Nr. 8–111; Staudinger/Gamillscheg (Fn. 6), Anh. nach Art. 16 EGBGB,

Rd.-Nr. 22; Jayme/von Olshausen, Gleichberechtigungsgrundsatz und Haager Ehwirkungsabkommen – speziell zum Ehegüterrecht, FamRZ 1973, 281, 282f.; Jayme/Meessen, Staatsverträge zum internationalen Privatrecht (Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 16) 1975, 41; einschränkender MünchKomm/Siehr (Fn. 10), nach Art. 16 EGBGB Anh. I, Rd.-Nr. 39; anders jetzt Lichtenberger (Fn. 3), DNotz 1983, 396 (dazu unten).

85 BVerfGE 1, 396 (410); BVerfGE 4, 157 (160, 162); BVerfG NJW 1974, 1697; Lüderitz, Grundgesetz contra Internationales Privatrecht, RabelsZ 36 (1972), 35, 47 Fn. 65.

86 Deutlich Jayme/Meessen (Fn. 84), 41.

87 BGH NJW 1982, 1937 = IPRAx 1983, 40; BGH NJW 1980, 2643.

88 Kritisch dazu Otto (Fn. 3), IPRAx 1981, 62; Magnus (Fn. 3), NJW 1982, 1923; ausf. MünchKomm/Siehr (Fn. 10), Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 17 ff.; der BGH beurteilt den Vertrauensschutz nicht anhand der Erwartungen der Eheleute im konkreten Einzelfall, sondern anhand von Fallgruppen, dagegen Otto (Fn. 3), IPRAx 1981, 11; Magnus (Fn. 3), NJW 1982, 1923.

89 Der Vertrauensschutz wird also von Stufe zu Stufe schwächer, Magnus (Fn. 3), NJW 1982, 1923.

90 Magnus (Fn. 3), NJW 1982, 1923; MünchKomm/Siehr (Fn. 10), Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 14 – 23, insbes. Rd.-Nr. 23; anders jetzt noch Lichtenberger (Fn. 3), DNotz 1983, 400 – 402.

91 Kegel (Fn. 5), 367; Firsching (Fn. 20), 177; für die Praxis Otto (Fn. 3), IPRAx 1981, 13.

92 Oben sub II 1 a.E.

93 Ferid (Fn. 6), Rd.-Nr. 8 – 104 wurde damit eindrucksvoll bestätigt.

94 Heldrich (FamRZ 1983, 1083) schildert den Sachverhalt, der diesem Beschluß zugrundeliegt: Es ging um das Ehegüterrecht einer im Jahre 1973 zwischen einem damaligen (später eingebürgerten) Iraker und einer Deutschen geschlossenen Ehe. Der Ehemann starb. Das AG Kaufbeuren, Zweigstelle Füssen, hatte beim gesetzlichen Erbteil der Ehefrau über dessen ehgüterrechtliche Erhöhung nach § 1931 Abs. 3 i.V.m. § 1371 Abs. 1 BGB zu entscheiden. Dazu war das maßgebliche Ehegüterrecht zu bestimmen. Henrich (Fn. 3), IPRAx 1983, 208 (insbes. 209f.); Lichtenberger (Fn. 3), DNotz 1983, 394 („Die Entscheidung ist getroffen, die Sache ist damit aber nicht beendet. Sie fängt jetzt mit ihren Problemen erst an“).

96 BVerfG IPRAx 1983, 226 = NJW 1983, 1969; Heldrich (Fn. 3), FamRZ 1983, 1083.

Zum internationalen Ehegüterrecht folgt Spärliches: Ein weiteres Zuwarten auf den Gesetzgeber sei nicht geboten; das befürchtete „Anknüpfungschao“⁹⁷ werde ausbleiben; es ließen sich nämlich „auf dem Boden des geltenden Rechts“ und in dessen Weiterentwicklung „anderweitige Anknüpfungsgesichtspunkte gewinnen“. Dazu verweist das BVerfG ausdrücklich auf die Entscheidung des BGH vom 8.12.1982⁹⁸ zum internationalen Ehescheidungsrecht, das der BGH auf der Grundlage des bisherigen Anknüpfungssystems des Art. 17 EGBGB verfassungskonform fortbilden will⁹⁹.

Leider sind Ehescheidungs- und Ehegüterrecht zwei Paar Schuhe¹⁰⁰, die im internationalen Bereich nicht denselben Prinzipien gehorchen: Das Ehegüterrecht regelt ein bestimmtes Rechtsverhältnis (Ehe) vermögensrechtlich von seinem Beginn an gleichbleibend für Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, also über einen langen Zeitraum. Das Ehescheidungsrecht ist hingegen die Regelung des Endes eines Rechtsverhältnisses; es wickelt ab, auch wenn diese Abwicklung Jahre dauern mag (wie beim Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten); und Abwicklung heißt gleichzeitig Zerschlagung des ehelichen Vermögens. Die Rechtsprechung ist m.E. deshalb wohl zu optimistisch: Zwar läßt sich für das Ehegüterrecht zukünftiger Ehen ein gleichberechtigungskonformes Anknüpfungssystem mühelos entwickeln¹⁰¹.

Der casus belli aber ist ein gleichberechtigungskonformes Anknüpfungssystem bei bestehenden Ehen: Hier reicht die Fortschreibung internationalen und vor allem intertemporalen internationalen deutschen Ehegüterrechts nicht aus, um aus den Versatzstücken herkömmlichen Rechts ein neues System zusammenzubasteln, ohne daß es zu einem – von der Rechtsprechung allein nicht, jedenfalls nicht in einer für die Rechtssicherheit vertretbaren Zeit zu bewältigenden – Statutenwechsels käme¹⁰².

3. Des Beschlusses Auswirkungen oder – „Was nun?“¹⁰³

Das BVerfG hat zu den Folgen seines Beschlusses für das internationale Ehegüterrecht nichts gesagt, brauchte es aber – anders als der Hoge Raad – auch nicht¹⁰⁴. Der Beschluß vom 22.2.1983 wirft drei Fragen auf: Welche Regeln gelten jetzt für die Bestimmung des maßgeblichen Ehegüterrechts (a)? Wie wirkt er sich intertemporal auf bestehende Ehen aus (b)? Welche Folgen hat er für das Haager Ehwirkungsabkommen vom 17.7.1905 (c)?

a. Neues internationales Ehegüterrecht

Wie nach dem Beschluß des BVerfG im gesetzlichen Ehegüterrecht anzuknüpfen ist, darüber wird gerätselt; und man

macht wiederum Vorschläge¹⁰⁵. In den Grundzügen aber steht die neue Anknüpfung fest, da nur wenig Spielraum bleibt, wie Kegelsche Leiter und niederländische Rechtsprechung zeigen¹⁰⁶: Die Staatsangehörigkeit kann Anknüpfungsmoment bleiben, wo die Ehegatten eine gemeinsame Staatsangehörigkeit haben oder hatten¹⁰⁷.

Als gleichberechtigungskonforme Anknüpfungsmomente stehen ansonsten nur der gemeinsame Aufenthalt oder der gemeinsame Wohnsitz der Eheleute, jeweils in ihren verschiedenen Ausformungen¹⁰⁸, zur Verfügung¹⁰⁹, will man das maßgebliche Recht nicht von den Parteien bestimmen lassen¹¹⁰. Einzelheiten können und müssen hier dahinstehen: Das Schrifttum konnte (und mußte) sich den Luxus leisten, Vor- und Nachteile des jeweiligen Anknüpfungsmoments ausführlich zu diskutieren. Die Zeit der Diskussion aber ist mit dem Beschluß vom 22.2.1983 abgelaufen: Der Notar muß wissen, wohin die Reise geht.

M.E. steht das Reiseziel fest: Schon jetzt sollte man an die Regelung des Entwurfs eines Gesetzes zur Neuordnung des Internationalen Privatrechts anknüpfen. Dessen maßgebliche Art. 15 i. V. m. Art. 14 lauten¹¹¹.

Artikel 14

- „(1) Die allgemeinen Wirkungen der Ehe unterliegen
 1. dem Recht des Staates, dem beide Ehegatten angehören oder während der Ehe zuletzt angehört, wenn einer von ihnen diesem Staat noch angehört, sonst
 2. dem Recht des Staates, in dem beide Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben oder während der Ehe zuletzt hatten, wenn einer von ihnen dort noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, hilfsweise
 3. dem Recht des Staates, mit dem die Ehegatten gemeinsam am engsten verbunden sind, insbesondere durch den Verlauf der ehelichen Lebensgemeinschaft oder durch den Ort der Eheschließung.
- (2) Gehört ein Ehegatte mehreren Staaten an, so können die Ehegatten ungeachtet des Art. 5 Abs. 1 das Recht eines dieser Staaten wählen, falls ihm auch der andere Ehegatte angehört.
- (3) Liegen die Voraussetzungen des Abs. 1 Nr. 1 nicht vor und haben die Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in demselben Staat, so können sie für die Zeit, bis sie eine gemeinsame Staatsangehörigkeit erlangen, das Recht des Staates wählen, dem ein Ehegatte angehört. Dies gilt entsprechend, wenn die Voraussetzungen des Abs. 1 Nr. 1 nicht vorliegen und kein Ehegatte dem Staat angehört, in dem beide Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben.

97 Das BVerfG NJW 1983, 1970 = IPRax 1983, 227 zitiert Henrich, FamRZ 1974, 105 (107), der aber – wie er in IPRax 1983, 205 i. sp. richtigstellt – Rechtschao sprach.

98 BGHZ 86, 57 (66 – 69) = DNotZ 1983, 357 = NJW 1983, 1259 = FamRZ 1983, 255 = IPRax 1983, 81 mit Anm. Firsching.

99 Ähnlich, aber noch sehr vage, BGH IPRax 1981, 23 = NJW 1980, 2844 zu Art. 15 EGBGB: „Es kann dahingestellt bleiben, ob der Fortfall der Anknüpfungsregeln des Art. 15 EGBGB eine Gesetzeslücke hinterlassen würde, die mit den Mitteln der Rechtsprechung nicht mehr in einer dem Rechtsstaatsprinzip genügenden Weise geschlossen werden könnte“.

100 Lichtenberger (Fn.3), DNotZ 1983, 394.

101 Vgl. Art. 15 Abs. 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 EGBGB – Reg. E.; Text in IPRax 1983, 256; RabaisZ 47 (1983), 698 – 701; ferner im Anhang des Rundschreibens Nr. 6/1983, sowie unten IV 3a. Ähnlich schon die Kegelsche Leiter, Kegel (Fn.5), 369; ders. (Fn.40), Festschrift Schwind, 1978, 146 (unter Hinweis auf entsprechende Vorschläge des Deutschen Rates für internationales Privatrecht); vgl. oben zur niederländischen „aanknopingsladder“ S.8; jetzt Heldrich (Fn.3), FamRZ 1983, 1084: Er will die Anknüpfung an das Recht des ersten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts durch die zusätzliche Voraussetzung beschränken, das mindestens einer der Ehegatten die Staatsangehörigkeit dieses Landes besitzt. Das ist richtig, der Fall des Hoge Raad vom 27.3.1981 zeigt dies exemplarisch: Die Eheleute hatten unmittelbar nach Eheschließung auf ein Jahr ausgedehnte Flitterwochen auf Korsika verbracht, Klinka (Fn.2), IPRax 1983, 136. Korsika ist nun seit mehr als zwei Jahrhunderten nicht mehr italienisch; und zum französischen Recht hatte keiner der Ehegatten eine nähere Beziehung.

102 Vgl. oben IV 1.

103 So die Frage von Henrich (Fn.3), IPRax 1983, 208.

104 Es hätte dies aber nach § 35 BVerfGG tun können, Lichtenberger (Fn.3),

DNotZ 1983, 402 bei Fn.25.

105 Dazu jetzt Heldrich (Fn.3), FamRZ 1983, 1084; Palandt/Heldrich (Fn.3), Art. 15 EGBGB Anm. 2a; ausf. und für die notarielle (Vertrags-) Praxis wichtig Lichtenberger (Fn.3), DNotZ 1983, 405 – 411; Henrich (Fn.3), IPRax 1983, 209; von Bar (Fn.3), NJW 1983, 1934. Zu früheren Vorschlägen oben Fn. 66a.

106 Vergleicht man die einzelnen Vorschläge, so fällt sofort auf, daß sie sich nur in Details unterscheiden.

107 Heldrich (Fn.3), FamRZ 1983, 1084; Chelouche/Van Leer Entscheidung oben bei Fn.42.

108 Z.B. als gewöhnlicher, letzter gewöhnlicher, schlichter oder letzter schlichter Aufenthalt, vgl. Kegel (Fn.40) Festschrift Schwind, 153ff.; ders. (Fn.5) 213; Raape/Sturm (Fn.20) 118f.

109 Allgemein zu Staatsangehörigkeit und Wohnsitz bzw. Aufenthalt, Kegel (Fn.5), 196ff.; Raape/Sturm (Fn.20), 114ff.; Ferid (Fn.6) Rd.-Nr. 1 – 17 bis Rd.-Nr. 1 – 42.

110 Gegen die Parteiautonomie bestehen Bedenken: Das niederländische wie das zukünftige deutsche (EGBGB-Reg. E.) lassen sie nur eingeschränkt zu, vgl. Klinka (Fn.1), DNotZ 1981, 357; positiv dazu aber Van der Ploeg, Rechtskeuze in het huwelijksgoederenrecht in: Veto over de lex fori, 1977, 57ff.; kritisch Kegel (Fn.40), Festschrift Schwind, 152f.; aufgeschlossener wohl Lüderitz, Anknüpfung im Parteinteresse, Festschrift Kegel, 1977, 31, 51.

111 Fundstellennachweise oben Fn.21; ähnlich wie hier von Bar (Fn.3), NJW 1983, 1934 i. sp. unten, Rundschreiben Nr. 6/1983, S.3; Palandt/Heldrich (Fn.3), Art. 15 EGBGB, Anm. 2b. Von der Rechtswahrmöglichkeit nach Art. 15 Abs. 2 EGBGB-Reg. E. ist abzuraten: Ein Vorgriff auf zukünftiges Recht ist m.E. (sozusagen als juristische Notwehr) nur zulässig, wo es nichts anderes gibt.

(4) Die Rechtswahl kann aufgehoben werden, sobald ein Ehegatte die Staatsangehörigkeit des Staates verliert, dessen Recht gewählt wurde.

(5) Die Rechtswahl und ihre Aufhebung müssen im Inland notariell beurkundet werden, sonst den Formerfordernissen für einen Ehevertrag nach dem gewählten Recht oder am Ort der Rechtswahl entsprechen."

Artikel 15

„(1) Die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe unterliegen dem bei der Eheschließung für die allgemeinen Wirkungen der Ehe maßgebenden Recht.

(2) Die Ehegatten können für die güterrechtlichen Wirkungen ihrer Ehe wählen

1. das Recht des Staates, dem einer von ihnen angehört, oder

2. das Recht des Staates, in dem einer von ihnen seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

3. Die Rechtswahl muß im Inland notariell beurkundet werden, sonst den Formerfordernissen für einen Ehevertrag nach dem gewählten Recht oder am Ort der Rechtswahl entsprechen.

(4) Die Vorschriften des Gesetzes über den ehelichen Güterstand von Vertriebenen und Flüchtlingen bleiben unberührt."

Allerdings sind zwei Einschränkungen zu machen:

Läßt man im Rahmen der gemeinsamen Staatsangehörigkeit genügen, daß die Ehefrau die des Mannes erst mit Heirat erwirbt, dann führt dies letztlich im Ergebnis versteckt wiederum zum Mannesrecht¹¹².

Ferner muß das Aufenthaltsprinzip dahingehend eingeschränkt werden, daß zumindest einer der Ehegatten die Staatsangehörigkeit des Aufenthaltslandes besitzt¹¹³; diese Einschränkung verhindert manchmal, leider aber nicht immer¹¹⁴, Zufallsanknüpfungen.

Den Notaren hat das BVerfG mit der Fortgeltung des Art. 15 Abs. 2, 2. HS. EGBGB ein wertvolles Geschenk gemacht: Deutsch-niederländische Ehegatten sollten bevorzugt von der Möglichkeit des Ehevertrages nach Art. 15 Abs. 2, 2. HS. EGBGB¹¹⁵ Gebrauch machen¹¹⁶.

b. Temporale Auswirkungen

Dem Schweigen des BVerfG zur zeitlichen Auswirkung seines Beschlusses wird allgemein entnommen, daß er für alle nach dem 31.3.1953 geschlossenen Ehen gilt¹¹⁷; Art. 15

Abs. 1 und Abs. 2, 1. HS. EGBGB ist zu diesem Zeitpunkt gem. Art. 117 Abs. 1 GG außer Kraft getreten. Der Beschluß vom 22.2.1983 wirkt also zurück¹¹⁸.

Für vor dem 31.3.1953 geschlossene Ehen wird Rückwirkung verneint¹¹⁹; für sie soll es weiterhin bei der einseitigen Anknüpfung an das Mannesrecht (nach Art. 2 Haager Abk. und Art. 15 EGBGB) bleiben. Denn zum damaligen Eheschließungszeitpunkt war die einseitige Anknüpfung an das Mannesrecht noch nicht verfassungswidrig, was wegen des Unwandelbarkeitsgrundsatzes fortwirkt. Das mag logisch richtig sein. M.E. sollte man aber die Eheleute, die vor dem 31.3.1953 geheiratet haben, nicht anders behandeln als diejenigen, die erst später geheiratet haben: Auch eine alte Ehefrau sollte eine gleichberechtigte Ehefrau werden können.

Diese Rückwirkung würde ganz allgemein bedeuten:

30 Jahre lang hat man in vielen Fällen gemischtnationaler Ehen das Ehegüterrecht einem falschen Recht unterstellt; in diesen Ehen kann es nun zu einem Statutenwechsel kommen, wenn das bis vor kurzem angewendete Mannesrecht nicht zugleich das nunmehr rückwirkend ab Eheschließung anzuwendende Recht des ersten gemeinsamen Aufenthalts ist.

Was Rückwirkung im einzelnen bedeutet, ist allerdings umstritten: Zwar hilft Art. 79 Abs. 2 BVerfGG zunächst bei unanfechtbaren gerichtlichen Entscheidungen insoweit, als diese unberührt, also in Kraft bleiben¹²⁰.

Das BVerfG hat dieser Vorschrift darüber hinaus einen allgemeinen Rechtsgedanken entnommen und „bereits vollständig abgewickelte bürgerlichrechtliche Vertragsbeziehungen“ unter den Schutz dieser Norm gestellt¹²¹. Daß darunter vollständig abgewickelte Grundstücksgeschäfte fallen, bei denen der Güterstand eine Rolle spielte, ist allgemeine Meinung¹²². Aufgrund der nunmehr maßgeblichen Anknüpfung unrichtig gewordene Grundbücher aber fallen nicht darunter und bedürfen der Berichtigung¹²³.

Schwieriger und kontroverser aber wird es schon im Erbrecht: Vollständig abgewickelte Erbfälle genießen Schutz nach § 79 Abs. 2 BVerfGG¹²⁴ und sind nicht von der verfassungswidrigen Anknüpfung des im Erbrecht zu berücksichtigenden Güterrechts betroffen. Nunmehr wegen geänderten Güterstandes unrichtige Erbscheine werden indes ungültig¹²⁵.

Und in Ehescheidungsfällen können nachträglich güterrechtliche Ausgleichsansprüche entstehen, wenn sie im Scheidungsurteil ausgespart wurden¹²⁶, weil man vom nunmehr „falschen“ Recht ausgegangen war¹²⁷.

112 Ausdr. Heldrich (Fn. 3), FamRZ 1983, 1084; Staudinger/von Bar (Fn. 30), Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 13; vgl. dazu unten IV 3 d.; ferner Rundschreiben Nr. 6/1983, S. 4.

113 Dazu Heldrich (Fn. 3), FamRZ 1983, 1084 und oben Fn. 99; ebenso Rundschreiben Nr. 6/1983, S. 2 a. E. f.

114 Vgl. Hoge Raad, 27.3.1981, NJ 1981 no. 335.

115 Rundschreiben Nr. 6/1983, S. 3, 6f. Für weitere Einzelheiten genügt der Hinweis auf Lichtenberger (Fn. 3), DNotZ 1983, 397 (will aber sodann die Rückwirkung ausschließen); von Bar (Fn. 3), NJW 1983, 1935; Henrich (Fn. 3), IPRax 1983, 209; Sonnenberger (Fn. 3), IPRax 1984, 6; ebenso Rundschreiben Nr. 6/1983, S. 1.

116 Von einem Ehevertrag nach ausländischem Recht ist gegenwärtig abzuwarten, vgl. Rundschreiben Nr. 6/1983, S. 7. In jedem Fall ist § 1409 BGB dafür weiterhin maßgeblich. Nach dem Reg.-E. soll allerdings § 1409 Abs. 2 BGB entfallen, da er schon in Art. 15 Abs. 2 EGBGB Reg.-E. enthalten ist.

117 Heldrich (Fn. 3), FamRZ 1983, 1085; Palandt/Heldrich (Fn. 3), Art. 15 EGBGB, Anm. 1; Lichtenberger (Fn. 3), DNotZ 1983, 397 (will aber sodann die Rückwirkung ausschließen); von Bar (Fn. 3), NJW 1983, 1935; Henrich (Fn. 3), IPRax 1983, 209; Sonnenberger (Fn. 3), IPRax 1984, 6; ebenso Rundschreiben Nr. 6/1983, S. 1.

118 Nach Henrich (Fn. 3), IPRax 1983, 209 betrifft diese Rückwirkung ungefähr eine Viertel Million Ehen allein für die Jahre 1965 bis 1980.

119 Palandt/Heldrich (Fn. 3), Art. 15 EGBGB Anm. 2a.

120 Heldrich (Fn. 3), NJW 1983, 1085; Lichtenberger (Fn. 3), DNotZ 1983, 399; ausf. Sonnenberger (Fn. 3) IPRax 1984, 6; Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, BVerfGG, Loseblattsammlung, Stand Januar 1979, § 79 BVerfGG, Rd.-Nm. 23 – 25.

121 BVerfGE 32, 387 (390); von Bar (Fn. 3), NJW 1983, 1936; Heldrich (Fn. 3), FamRZ 1983, 1085 Palandt/Heldrich (Fn. 3), Art. 15 EGBGB, Anm. 2c; Sonnenberger (Fn. 3), IPRax 1984, 6; Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer (Fn. 120), § 79 BVerfGG, Rd.-Nr. 32; Henrich (Fn. 3), IPRax 1983, 210 (läßt diese Weiterentwicklung außer Betracht und kommt damit zu uneingeschränkter Rückwirkung).

122 Heldrich (Fn. 3), FamRZ 1983, 1085; Palandt/Heldrich (Fn. 3), Art. 15 EGBGB, Anm. 2c; von Bar (Fn. 3), NJW 1983, 1936; a. A. Henrich (Fn. 3), IPRax 1983, 209.

123 Einzelheiten bei Palandt/Heldrich (Fn. 3), Art. 15 EGBGB, Anm. 2c.

124 Von Bar (Fn. 3) NJW 1983, 1936; a. A. wiederum Henrich (Fn. 3), IPRax 1983, 210. Im wesentlichen geht es wie in dem dem Beschluß des BVerfG zugrundeliegenden Fall (oben Fn. 93) um die Erhöhung des Ehegattenanteils nach § 1931 Abs. 3 i. V. m. § 1371 Abs. 1 BGB.

125 Einzelheiten bei Heldrich (Fn. 3), FamRZ 1983, 1085; Palandt/Heldrich (Fn. 3), Art. 15 EGBGB, Anm. 2c. Es kann aber hier ebenso wenig wie beim unrichtig gewordenen Grundbuch Aufgabe des Notars sein, ex officio auf eine Berichtigung zu drängen, zurecht Rundschreiben Nr. 6/1983, 1 a. E.

126 Heldrich (Fn. 3), FamRZ 1983, 1085; Palandt/Heldrich (Fn. 3), Art. 15 EGBGB, Anm. 2c.

Die Literatur benutzt § 79 Abs. 2 BVerfGG (direkt oder dem Gedanken nach), um die Rückwirkung des BVerfG-Beschlusses einzuschränken und zu bremsen. Sehr viel radikaler geht Lichtenberger¹²⁸ vor: Er verwendet den im übrigen von der Literatur vorsichtig benutzten § 79 Abs. 2 BVerfGG, um die Rückwirkung der Verfassungswidrigkeit für vor der Veröffentlichung (5. 5. 1983) des Beschlusses geschlossene Ehen aus Gründen des Vertrauensschutzes auszuschließen¹²⁹. Das geht zu weit¹³⁰ und stellt den Beschluß vom 22. 2. 1983 auf den Kopf: Das BVerfG hat ein weiteres Zuwarten auf den Gesetzgeber abgelehnt und auch Rechtssicherheitsgesichtspunkten eine Absage erteilt¹³¹. Da es dabei offenbar auch die bestehenden Ehen im Auge hatte – denn es hat nicht anhand des Zeitpunktes der Eheschließung differenziert –, läßt sich dem entnehmen, daß die Weitergeltung des Art. 15 EGBGB bei allen Ehen unzumutbar ist.

Diese mit der Rückwirkung, ob eingeschränkt oder nicht, verbundenen Unsicherheiten für bestehende Ehen kann nur der Gesetzgeber beenden: Die Bundesregierung hat dies auch erkannt und bereits reagiert. Sie schlägt in ihrer Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrates¹³² vor, Art. 219 Abs. 2 Satz 2 des EGBGB – Reg. E nunmehr folgenden Wortlaut zu geben¹³³:

„Die güterrechtlichen Wirkungen von Ehen, die vor dem 9. April 1983 geschlossen worden sind, unterliegen bis zum 8. April 1983 dem Recht des Staates, dem der Ehemann zur Zeit der Eheschließung angehörte; für die Zeit danach ist Art. 15 (Anm. des EGBGB-Reg. E) anzuwenden, wobei an die Stelle des Zeitpunkts der Eheschließung der 9. April 1983 tritt. Das am 8. April 1983 vorhandene Vermögen der Ehegatten bleibt unberührt. Die güterrechtlichen Wirkungen von Ehen, die nach dem 8. April 1983 geschlossen worden sind, unterliegen Artikel 15.“

Im Einzelfall bedeutet dieser Vorschlag Statutenwechsel zum 8. April 1983¹³⁴: Vor dem 8. 4. 1983 geschlossene Ehen unterliegen güterrechtlich für vor diesem Zeitpunkt erworbenes und vorhandenes Vermögen auch in Zukunft den von Art. 2

Haager Abk. oder von Art. 15 Abs. 1 und 2 1. HS. EGBGB bestimmte Heimatrecht des Ehemannes¹³⁵. Insoweit bleibt es für deutsch-niederländische Ehen bei dem oben unter III zusammengefaßten Rechtszustand. Für die Zeit nach dem 9. 3. 1983 gilt das nach Art. 15 i. V. m. Art. 14 EGBGB-Reg. E maßgebliche Recht.

Dies gilt nach dem Wortlaut des Vorschlags auch für vor dem 31. 3. 1953 geschlossene Ehen, was m. E.¹³⁷ für diese Eheleute nur recht und billig ist. Gegen diesen einmaligen¹³⁸ Statutenwechsel läßt sich ferner aus kollisionsrechtlicher Sicht wenig einwenden, erfüllt er doch alle Voraussetzungen, die theoretisch an einen Statutenwechsel zu stellen sind.

Verfassungsrechtlich dürfte diese intertemporale Regelung nicht unbedenklich sein¹³⁹; denn hiermit wird für die vor dem 9. 4. 1983 erworbenen Vermögensmassen die verfassungswidrige Anknüpfung weit in die Zukunft verlängert und die Entscheidung des BVerfG zumindest insoweit unterlaufen. Um mit dem niederländischen Recht zu sprechen: Die sog. „exclusieve werking“ des neuen Anknüpfungssystems würde der Durchsetzung des Gleichheitsgebots gerechter, da bei ihr vom Stichtag (9. 4. 1983) an auch für schon bestehende Ehen und bereits vorhandenes Vermögen in Zukunft neues Recht gilt¹⁴⁰.

Bei deutsch-niederländischen Ehen¹⁴¹ ergibt sich, wenn man angesichts der intertemporalen Schwierigkeiten dem neuen Recht vorgreift: Vor dem 23. 8. 1977 geschlossene Ehen unterliegen bis zum 8. 4. 1983 dem vom alten Kollisionsrecht (Art. 15 EGBGB) bestimmten nationalen Ehegüterrecht. Danach tritt Statutenwechsel ein; es gilt das Recht des ersten Ehe Wohnsitzes.

Nach dem 23. 8. 1977 geschlossene Ehen machen kollisionsrechtlich Freude, d. h. wenig Schwierigkeiten: Für sie bleibt es bei dem schon ab Eheschließung (wegen der Verweisung niederländischen Kollisionsrechts) geltenden Ehegüterrecht des ersten Wohnsitzes.

Nach Art. 15 Abs. 2, 2. HS. EGBGB geschlossene Eheverträge behalten unverändert ihre Wirkung¹⁴².

127 Leben die Eheleute bei verfassungskonformer kollisionsrechtlicher Anknüpfung nunmehr im Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft, dann kann allerdings die Verjährung nach § 1378 Abs. 4 BGB eingreifen: Die dreijährige Verjährungsfrist für die Ausgiebsforderung läuft ab dem Zeitpunkt, zu dem der Ehegatte von der Beendigung des Güterstandes erfährt. Das ist bei Beendigung durch Ehescheidung der Zeitpunkt, zu dem der Ehegatte Kenntnis von dem rechtskräftigen Urteil erlangt, Palandt/Diederichsen (Fn. 3), § 1378 BGB, Anm. 3.

Wie die Frist nunmehr im Zusammenhang mit der Verfassungswidrigkeit des Art. 15 EGBGB zu berechnen ist, ist unklar; denn der Ehegatte kann, auch wenn er seit langem geschieden ist, erst ab dem 22. 2. 1983 erfahren haben, daß er tatsächlich während seiner Ehe in Gütergemeinschaft gelebt hat. Konsequenz verlangt Henrich (IPRax 1983, 210) Kenntnis von der Existenz des Güterstandes; damit würde die Frist frühestens ab dem 22. 2. 1983 laufen. Heldrich (FamRZ 1983, 1085 Fn. 51) will im Anschluß an Palandt/Heinrichs (Fn. 3) § 203 BGB, Anm. 3bbb die Frist ohne besondere Modifikationen berücksichtigen und lehnt auch Verjährungshemmung während der Zeit verfassungswidriger Anknüpfung nach Art. 15 EGBGB ab: Damit schränkt er die Rückwirkung des Beschlusses zu Lasten des ausgleichsberechtigten Ehegatten erheblich ein, entlastet aber gleichzeitig damit die Gerichte und vermeidet Berechnungsschwierigkeiten in solchen Fällen, in denen die Eheleute schon seit längerem geschieden sind.

M. E. sollte die Frist ab der Entscheidung des BVerfG, genauer ab dem 8. 4. 1983, laufen; denn zu diesem Zeitpunkt ist sie bekannt geworden (vgl. dazu unten Fn. 134): Verjährung kann nur, was man zumindest einmal vor Eintritt der Verjährung mit Aussicht auf Erfolg hätte verlangen können.

128 (Fn. 3) DNotZ 1983, 399.

129 In einer Begründung (DNotZ 1983, 399) geht er vom Begriff des abgewickelten Rechtsverhältnisses aus; ebenso die Stellungnahme der Bundesregierung (Fn. 21) in BT-Drucksache 10/504, Anlage 2, S. 104. Ein solches Rechtsverhältnis ist für Lichtenberger die Bestimmung des maßgeblichen Ehegüterrechts im Zeitpunkt der Heirat. Das trifft wohl nicht zu: Der Vertrauensschutz gilt nur für bürgerlichrechtliche Vertragsverhältnisse. Was im Einzelnen darunter zu verstehen ist, hat das BVerfG zumindest in dem zitierten (oben Fn. 121) Beschluß vom 14. 3. 1972 nicht gesagt: Dort ging es um den hypothetischen Fall einer rückwirkend aufgehobenen Norm. Und es ging um einen ganz konkret nach Zeitabschnitten berechenbaren Geldanspruch aus einem Arbeitsverhältnis. Hier aber geht es um eine Kollisionsnorm, die von Gesetzes wegen das maßgebliche Recht für ein noch nicht abgewickelter Rechtsverhältnis bestimmt; die im Zeitpunkt der Eheschließung maßgebliche Kollisionsnorm als solche kann wohl ebensowenig abgewickelter Rechtsverhältnis sein wie beispielsweise der bloße Vertragsschluß bei einem Arbeitsvertrag. Abzustellen ist vielmehr auf die Gesamtdauer der Ehe,

zumal auch im deutschen Recht trotz des Unwandelbarkeitsgrundsatzes ein neues Ehegüterrecht das alte ersetzen kann; etwa, wenn das berufene ausländische Kollisionsrecht sich ändert, und wir diese Änderung über Rück- oder Weiterverweisung mitmachen, vgl. dazu Soergel/Kegel (Fn. 5), Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 4 bei Fn. 8.

130 Ebenso Rundschriften Nr. 6/1983, S. 1.

131 BVerfG IPRax 1983, 227 (sub C 12).

132 Einzelheiten in BT-Drucksache 10/504 vom 20. 10. 1983, Anlage 2 S. 104; dazu oben Fn. 21.

133 Die alte Fassung vom Art. 219 EGBGB-Reg. E. (Text in IPRax 1983, 259) lautet:

„1. Auf vor dem ... (Datum des Inkrafttretens des Neuregelungsgesetzes) abgeschlossene Vorgänge bleibt das bisherige internationale Privatrecht anwendbar.“

2. ... Die güterrechtlichen Wirkungen einer Ehe unterliegen weiterhin dem bisher anwendbaren Recht; die Ehegatten können jedoch eine Rechtswahl nach Art. 15 Abs. 2, 3 treffen.

3. ...

4. ... Dazu auch von Bar (Fn. 3), JZ 1984, 176, Fn. 171; aus niederländischer Sicht entspricht diese Regelung wohl der „erzwingende werking“; Einzelheiten bei Künke (Fn. 2), IPRax 1983, 135 Fn. 32.

134 Die Regierung geht davon aus, daß der Beschluß des BVerfG am 8. April 1983 bekanntgeworden ist, auch wenn er erst am 5. 5. 1983 (BGBl. 1983 I, 525) bekanntgegeben wurde. Nach § 30 Abs. 3 BVerfGG sei der Zeitpunkt des Bekanntwerdens maßgeblich, BT-Drucks. 10/504 Anlage 2, S. 107 I. Sp. oben.

135 Zur Fortgeltung des Haager Abk. unten IV 3c; für die Fortgeltung alten Rechts auch in Zukunft, Gegenäußerung der BReg. in BT-Drucks. 10/504, Anlage 2, S. 107 I. Sp.

136 Vgl. BT-Drucks. 10/504, Anlage 2, S. 107; daß man schon jetzt Art. 15 i. V. m. Art. 14 EGBGB-Reg. E. also vor seinem Inkrafttreten anwenden kann, dazu oben IV 3a.

137 Vgl. oben IV 3a.

138 Im übrigen bleibt es auch nach dem Reg.-E. bei der Unwandelbarkeit, oben Fn. 77.

139 Vgl. von Bar (Fn. 3), JZ 1984, 176 Fn. 171.

140 Einzelheiten dazu bei Künke (Fn. 2), IPRax 1983, 135 Fn. 32 (m. w. N.).

141 Bei rein niederländischen Ehen in der Bundesrepublik Deutschland bleibt das ursprünglich anwendbare Recht weiterhin gelten, die mit dem Beschluß vom 22. 2. 1983 aufgeworfenen Probleme spielen keine Rolle.

142 Vgl. den Beschluß des LG Mönchengladbach, 4. 6. 1982 (oben Fn. 4): Der Notar hatte richtig beraten; das Gericht aber einiges falsch verstanden.

c. Haager Ehwirkungsabkommen und Verfassungsrecht

Das BVerfG verdammt die einseitige Anknüpfung an das Mannesrecht in Art. 15 Abs. 1 u. 2., 1. HS. EGBGB, sagt aber nichts zu Art. 2 Haager Abk. vom 17. 7. 1905¹⁴³. Da die Grundrechte jedoch auch für Staatsverträge gelten¹⁴⁴, erstreckt sich der Beschluß grundsätzlich auch auf die einseitige Anknüpfung an das Mannesrecht im Rahmen des Art. 2 Haager Abk.¹⁴⁵; auch Art. 2 Haager Abk. ist mithin nichtig¹⁴⁶.

Ob diese Nichtigkeit des Art. 2 Haager Abk. prinzipiell – also ohne Berücksichtigung von Art. 219 Abs. 2 Satz 2 EGBGB – Reg. E – wie bei Art. 15 Abs. 1 u. Abs. 2, 1. HS. EGBGB auf den 31. 3. 1953 (bzw. bei Art. 2 Haager Abk. auf den Zeitpunkt der Erklärung über die Wiederanwendung, den 14. 12. 1954¹⁴⁷, zurückwirkt, ist umstritten: Trotz Verfassungswidrigkeit könnte der Grundsatz *pacta sunt servanda* auch nach dem Beschluß des BVerfG vom 22. 2. 1983 Art. 2 Haager Abk. für die während seiner Herrschaft geschlossenen Ehen weitergelten lassen¹⁴⁸.

Weitergeltung würde im deutsch-niederländischen Verhältnis bedeuten, daß vor dem 23. 8. 1977 geschlossene deutsch-niederländische Ehen auch in Zukunft gem. Art. 2 Haager Abk. dem Heimatrecht des Ehemannes unterliegen. Rückwirkende Verfassungswidrigkeit des Art. 2 Haager Abk. führt hingegen dazu, daß Art. 2 Haager Abk. nach dem 2. Weltkrieg nicht mehr das maßgebliche Ehegüterrecht bestimmt hat: Das käme einer (rückwirkenden) de facto-(Teil-)Kündigung¹⁴⁹ des Abkommens gleich. Auch für die vor dem 23. 8. 1977 geschlossenen deutsch-niederländischen Ehen hätte ein anderes Recht gegolten.

Der Grundsatz *pacta sunt servanda* gehört zu den allgemeinen Regeln des Völkerrechts i. S. d. Art. 25 GG¹⁵⁰, was allerdings gelegentlich auf Widerspruch stößt¹⁵¹. Setzt man sich über den Widerspruch hinweg, dann fragt sich, ob Art. 25 GG und damit dieser völkergewohnheitsrechtliche Satz auch im Bereich des Völkervertragsrechts gelten: Art. 59 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 GG sollen insoweit *leges speciales*¹⁵² sein. Damit werden Art. 25 GG und das *pacta sunt servanda*-Prinzip bei Staatsverträgen ausgeschaltet und können die Weitergeltung des Haager Abk. nicht mehr rechtfertigen.

M. E. haben Art. 59 Abs. 2 GG und Art. 32 Abs. 2 GG aber einen ganz anderen Regelungsinhalt¹⁵³: Schon das schließt ein *lex specialis*-Verhältnis gegenüber Art. 25 GG aus.

Art. 25 GG gilt mithin grundsätzlich auch im Vertragsvölkerrecht: Dann fragt sich, ob *pacta sunt servanda* gem. Art. 25 S. 2 GG nicht nur dem einfachen, sondern auch dem Verfassungsrecht vorgeht und sich dieser Vorrang ebenso auf das von ihm geschützte Haager Abk. erstreckt.

Allgemein wird zu Recht angenommen, daß das *pacta sunt servanda*-Prinzip als solches rangmäßig unter dem Verfassungsrecht¹⁵⁴ angesiedelt ist. Das ist richtig: Anderenfalls könnte die Verfassungswidrigkeit eines Staatsvertrages gerade bei „vorkonstitutionellen“ Staatsverträgen niemals angemessen berücksichtigt werden; Staatsverträge jeglicher

Art würden so mit und durch ihr Inkrafttreten vom Grundsatz *pacta sunt servanda* gegenüber späteren verfassungsrechtlichen Bedenken „immunisiert“.

Wird dieses Prinzip aber zum Schutze eines konkreten Staatsvertrages, bzw. sogar nur einer konkreten Norm dieses Staatsvertrages wie Art. 2 Haager Abk. herangezogen, dann ist zur Bestimmung des Rangverhältnisses gegenüber dem nationalen (einfachen und Verfassungs-) Recht auf den Inhalt der Norm abzustellen¹⁵⁵: Art. 2 ist eine Norm einfachen kollisionsrechtlichen Inhalts und entspricht als solche Art. 15 EGBGB. Art. 2 steht rangmäßig unter dem Verfassungsrecht und muß mithin verfassungskonform sein.

Art. 2 Haager Abk. unterscheidet sich aber vom einfachen innerstaatlichen Gesetzesrecht und damit von Art. 15 EGBGB dadurch, daß er durch das *pacta sunt servanda*-Prinzip etwas besser geschützt wird: Solange die Verfassungswidrigkeit des Inhalts von Art. 2 Haager Abk. nicht ausdrücklich vom BVerfG festgestellt war und ist, gilt *pacta sunt servanda*.

Mithin ist Art. 2 Haager Abk. bis zum Beschluß vom 22. 2. 1983 geltendes Recht gewesen, was sich allerdings im deutsch-niederländischen Verhältnis¹⁵⁶ nur für Ehen, die vor seiner Kündigung durch die Niederlande geschlossen wurden, auswirkt: Diese Ehen unterliegen prinzipiell wegen des Unwandelbarkeitsgrundsatzes auch weiterhin in Zukunft dem Heimatrecht des Ehemannes.

Das würde eine Perpetuierung der verfassungswidrigen Anknüpfung für eine Vielzahl deutsch-niederländischer (und deutsch-italienischer) Ehen auf Jahrzehnte bedeuten: Deshalb ist m. E. analog Art. 219 Abs. 2 Satz 2 EGBGB Reg. E. zum 8. 4. 1983 auch hier der Statutenwechsel zuzulassen und Art. 2 Haager Abk. ab diesem Zeitpunkt nicht mehr anzuwenden¹⁵⁷.

Zum selben Ergebnis kommen diejenigen, die *pacta sunt servanda*, aus welchem Grunde immer, für nicht anwendbar halten: Ihrer Ansicht nach wirkt die Verfassungswidrigkeit auch bei Art. 2 Haager Abk. zurück. Denn es ist nur logisch, auch insoweit Art. 219 Abs. 2 Satz 2 EGBGB-Reg. E. analog anzuwenden und die Rückwirkung auch bei Art. 2 Haager Abk. einzuschränken.

Völkerrecht und innerstaatliches Recht fallen nunmehr auseinander: Das Haager Abk. ist zumindest für deutsch-niederländische Altfälle weiterhin völkerrechtlich gegenüber den Niederlanden gültig, kann aber innerstaatlich von deutschen Gerichten wegen Verstoßes gegen Art. 2 GG nicht mehr angewendet werden. Um diesen Zwiespalt zu beenden, sollte der Gesetzgeber das Abkommen umgehend kündigen, was allerdings seine Fortgeltung für vor dem 23. 8. 1977 geschlossene deutsch-niederländische Ehen völkerrechtlich nicht beeinträchtigen würde¹⁵⁸: Intertemporal muß der Gesetzgeber zugleich eine Regelung treffen, die den Unwandelbarkeitsgrundsatz bei der kollisionsrechtlichen Anknüpfung nach Art. 2 Haager Abk. einschränkt und für die Zeit nach dem Beschluß des BVerfG eine andere, verfassungskonforme kollisionsrechtliche Anknüpfung zuläßt.

143 Erwähnt wird diese Norm aber, BVerfG iPRax 1983, 223 (sub A1).

144 Oben IV 1, S. 14; ferner MünchKomm/Siehr (Fn. 10), nach Art. 16 EGBGB, Anh. 1, S. 1016.

145 Lichtenberger (Fn. 3), DNotZ 1983, 396f.; Palandt/Heldrich (Fn. 3), Anh. 1 zu Art. 15 EGBGB, Anm. 3; Heldrich (Fn. 3), FamRZ 1983, 1085; MünchKomm/Siehr (Fn. 10), Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 39; abweichend wohl Jayme, Anm. zu LG Kempten, MittBayNot 1982, 250, iPRax 1983, 130.

146 Ausdr. Heldrich (Fn. 3), FamRZ 1983, 1085; Lichtenberger (Fn. 3), DNotZ 1983, 397; vgl. für den Rechtszustand zum Beschluß des BVerfG oben IV 1.

147 Oben Fn. 9.

148 Dagegen z. B. Heldrich und Lichtenberger, oben Fn. 146; zur vor dem Beschluß vom 22. 2. 1983 vertretenen Auffassung, oben IV 1. Mir (iPRax 1983, 136) schien die Weitergeltung als das kleine Übel: Der Spatz in der Hand ist besser als die Taube auf dem Dach.

149 Teilkündigung, weil Ehegatten gemeinsamer Staatsangehörigkeit weiter unter Art. 2 Haager Abk. fallen.

150 Heldrich (Fn. 3), FamRZ 1983, 1085; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Grundgesetz, 4. Aufl. 1977, Art. 25 GG, Rd.-Nr. 9.

151 Kritisch bis ablehnend Menzel/Ipsen/Thode, Völkerrecht, 2. Aufl. 1979, 76, 80 a. E. f. (Begründet wird das mit unterschiedlichen Adressaten: *pacta*

sunt servanda richte sich an Völkerrechtssubjekte, Art. 25 GG aber an jedermann).

152 Menzel/Ipsen/Thode (Fn. 151), 61, ähnlich Schmidt-Bleibtreu/Klein (Fn. 150), Art. 25 GG, Rd.-Nr. 4.

153 Einzelheiten dazu bei Menzel/Ipsen/Thode (Fn. 151), 65, 69.

154 So Schmidt-Bleibtreu/Klein (Fn. 150), Art. 25 GG, Rd.-Nr. 1; Menzel/Ipsen/Thode (Fn. 151), 61 a. E. f. (m. w. N.) neigen wohl selbst, S. 64, der Gegenmeinung zu; vgl. Doehring, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland 1976, 171.

155 Menzel/Ipsen/Thode (Fn. 151), 69.

156 Anders aber im deutsch-italienischen Verhältnis; vgl. Palandt/Heldrich (Fn. 3), Anh. 1 zu Art. 15 EGBGB, Anm. 3. Hier dürften erst nach dem 22. 2. 1983 geschlossene Ehen nicht mehr unter Art. 2 Haager Abk. fallen.

157 Art. 219 Abs. 2 Satz 2 EGBGB-Reg. E. schränkt hier also nicht die Rückwirkung (der neuen Anknüpfung), sondern die (unwandelbare) Fortwirkung (der alten Anknüpfung) ein; was im Ergebnis auf dasselbe hinausläuft; bis zum 8. 4. 1983 altes Kollisionsrecht, danach neues Recht.

158 Eine schlichte Kündigung würde also zum selben Rechtszustand wie in den Niederlanden führen, vgl. oben II 1.

d. Exkurs über die Angst der Rechtsprechung vor dem Neuen

Die ersten bekanntgewordenen OLG-Beschlüsse¹⁵⁹ nach dem Beschluß des BVerfG lassen Schlimmes befürchten: Beide Gerichte gehen zwar ausführlich auf den Beschluß des BVerfG ein, versuchen dann aber unverdrossen die alte Anknüpfung zu retten, indem sie das Heimatrecht des Ehemannes nunmehr als das gemeinsame Heimatrecht der Eheleute „entdecken“: In beiden – vom Sachverhalt her ansonsten völlig verschiedenen – Fällen haben die Ehefrauen bei und mit Eheschließung die ausländische Staatsangehörigkeit, die Staatsangehörigkeit ihrer Männer¹⁶⁰, erworben: Sie sind Doppelstaater.

Bei Doppelstaatern kommt es nach ganz h. M. auch dann auf die effektive Staatsangehörigkeit an¹⁶¹, wenn eine der beiden Nationalitäten die deutsche ist. Das bejahen zwar beide Gerichte, um sich sodann Neues einfallen zu lassen, teils, um davon abzuweichen (OLG Karlsruhe), teils, um es falsch anzuwenden (OLG Düsseldorf).

Im Falle des OLG Karlsruhe war die deutsche Staatsangehörigkeit auch die effektive Staatsangehörigkeit der Ehefrau; sie hat offenbar immer in der Bundesrepublik gewohnt. Bloßes Wohnen an der Schweizer Grenze oder sich als Schweizerin fühlen¹⁶² ändert daran nichts. Das Gericht hat aber darauf abgestellt, daß es „um das für die Rechtsbeziehungen von Eheleuten untereinander maßgebende Recht“ geht; und da gehe die gemeinsame (ausländische) Staatsangehörigkeit der effektiven (deutschen) vor. Dies läuft im Ergebnis allerdings wiederum auf die einseitige Anknüpfung an das Mannesrecht hinaus¹⁶³, wenn das Mannesrecht konservativ ist und die Ehefrau ex lege zum eigenen Staatsangehörigen macht. Und hinsichtlich der Behandlung von Doppelstaatern stellt die Entscheidung eine kopernikanische Wende dar: Bis vor kurzem lehnte die Rechtsprechung es überhaupt ab, an die effektive ausländische Staatsangehörigkeit statt an die (auch vorhandene) deutsche anzuknüpfen¹⁶⁴.

Das OLG Düsseldorf macht sich die Sache noch einfacher: Es wendet Art. 2 Haager Abk. an, weil die Ehefrau mit Eheschließung im Jahre 1971 die italienische Staatsangehörigkeit ihres Mannes erworben habe und diese ihre effektive sei, die Eheleute mithin also eine gemeinsame Staatsangehörigkeit hätten.

Als Grund dafür, daß es die mit Heirat erworbene Staatsangehörigkeit der Ehefrau als effektive ansieht, gibt das Gericht an: „Diese ist für die ehedüterrechtlichen Beziehungen der Beteiligten schon deshalb ihre italienische Staatsangehörigkeit, weil die Beteiligten unter der vermuteten Anwendbarkeit italienischen Ehegüterrechts aufgrund von Art. 2 des Haager Ehwirkungsabkommens die Ehe geschlossen haben“. Diese Begründung spricht für sich¹⁶⁵. Immerhin nur noch soviel: Effektiv ist nach einer Faustregel¹⁶⁶ immer die Staatsangehörigkeit, in deren Staat der Doppelstaater sich aufhält: Da es sich um eine Deutsche handelt, die sich in Italien bestenfalls besuchsweise aufgehalten hat, hätte das Gericht hierzu Näheres sagen müssen. So fehlt jede Begründung¹⁶⁷, die Entscheidung ist m. E. falsch.

So bestätigen beide Urteile die Bedenken Heldrichs und von Bars: Durch das Hintertürchen der gemeinsamen Staatsangehörigkeit kann man alles beim Alten belassen, was viel Arbeit und Nachdenken erspart.

V. Ergebnis

1. Für alle Ehen wird es im deutsch-niederländischen Verhältnis für bis zum 8. April 1983 erworbenes Vermögen auch in Zukunft bei dem alten, unter III. zusammengefaßten kollisionsrechtlichen Anknüpfungssystem für das Ehegüterrecht bleiben.

2. Für die Zeit nach dem 8. April 1983 sollte man schon jetzt auf Art. 15 i. V. m. Art. 14 EGBGB-Reg. E. zurückgreifen und seine Kollisionsnormen anwenden:

- Bei deutsch-niederländischen Mischehen, die vor dem Tage der Kündigung des Haager Abk. (23.8.1977) geschlossen wurden, kann dies (muß aber nicht zwingend) kollisionsrechtlich zu einem anderen Güterrecht (Statutenwechsel) führen.
- Bei nach dem 23.8.1977 geschlossenen Mischehen tritt keine Änderung ein.

3. Nach Art. 15 Abs. 2, 2. HS. EGBGB geschlossene Eheverträge bleiben bestehen. Die Möglichkeit, nach dieser Vorschrift einen Ehevertrag zu schließen, besteht nicht nur fort; es ist sogar zu empfehlen, von dieser Möglichkeit verstärkt Gebrauch zu machen.

159 OLG Karlsruhe, 29.8.1983, MittRhNotK, in diesem Heft = FamRZ 1983, 1125; OLG Düsseldorf, 23.12.1983, MittRhNotK, in diesem Heft; kurze Kritik zu OLG Karlsruhe bei von Bar (Fn.3), JZ 1984, 126 a. E. f.

160 Im Falle des OLG Karlsruhe die schweizerische, im Falle des OLG Düsseldorf die italienische, beide ex lege.

161 Palandt/Heldrich (Fn.3), Vorbem. vor Art.7 EGBGB, Anm.7a bb; Kegel (Fn.5), 202; Firsching (Fn.20), 84, (a. A. er selbst S.39); ders., Doppelstaater im internationalen Erbrecht, IPRax 1981, 14 (14–15); ausf. Samtleben, Mehrstaater im internationalen Privatrecht, Rabatz 42 (1978), 456ff.; jetzt BGHZ 75, 32 = NJW 1979, 1776 (dazu Kropholler, NJW 1979, 2468), BGH NJW 1980, 2016 (mit Anm. Samtleben, 2645).

162 OLG Karlsruhe, MittRhNotK, in diesem Heft = FamRZ 1983, 1126 r. Sp. oben.

163 Das OLG Karlsruhe, MittRhNotK in diesem Heft = FamRZ 1983, 1126 l. Sp. wehrt sich aber gegen diesen von Heldrich (Fn.3), FamRZ 1983, 1084 und von Staudinger/von Bar (Fn.30), Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 13 erhobenen Vorwurf: Der automatische Staatsangehörigkeitserwerb sei nunmehr die Aus-

nahme. Dazu zitiert es eine Reihe ausländischer Staatsangehörigkeitsrechte, die derlei angeblich nicht kennen. Zumindest für die Niederlande ist dies aber so allgemein nicht richtig, vgl. Klinka (Fn.1), DNotZ 1981, 353f.

164 Vgl. Kegel (Fn.5), 206; zurecht die Kritik von Bar (Fn.3), JZ 1984, 127.

165 Daß diese Anknüpfung an Art.2 Haager Abk. eine ex lege-Anknüpfung ist, für deren Geltung es zum Zeitpunkt der Heirat nicht auf Vermutungen der Ehegatten ankam, scheint dem Gericht entgangen zu sein: Auch wenn die Ehefrau nichts von italienischem Recht hätte wissen wollen – das Urteil weist ausdrücklich auf anderes hin –, sie hätte es doch ehedüterrechtlich nur durch Ehevertrag verhindern können.

166 Vgl. dazu Palandt/Heldrich (Fn.3), Vorbem. vor Art.7 EGBGB, Anm. a. bb a. E.

167 Das OLG weist allerdings ausdrücklich auf OLG Karlsruhe, 29.8.1983, MittRhNotK, in diesem Heft = FamRZ 1983, 1125 hin: Wenn man mit Gewalt an das gemeinsame Heimatrecht anknüpfen will, soll man es allerdings, wie es das OLG Karlsruhe getan hat, auch sagen.

Neueste Entwicklungen im Belgischen Erbrecht

(von Dr. Walter Pintens, Leuven)

I.

Einführung

Ziel dieses Aufsatzes ist eine Darstellung der wichtigsten Entwicklungen der letzten drei Jahre im belgischen Erbrecht für die deutsche Praxis. Vom Gesetzgeber ist eine Reform auf dem Gebiet des Ehegattenerbrechts durchgeführt worden. Im Bereich des Nichtehelehenerechts sind die Folgen der Entscheidung Marckx¹ besonders stark zu spüren.

II.

Ehegattenerbrecht

Das Gesetz vom 14. 7. 1976 über die Rechte und Pflichten der Ehegatten und das Ehegüterrecht hat die Partnerschaft zwischen den Ehegatten besonders betont². Die Reform des Ehegattenerbrechts führt diese Solidarität auch nach dem Tode weiter: Das napoleonische Erbrecht mit seinem Akzent auf den erbrechtlichen Beziehungen zwischen Eltern und Kindern wurde verlassen. Großes Gewicht liegt nunmehr auf dem Ehegattenverhältnis: Der überlebende Ehegatte wird Erbe mit großzügiger Erbquote und einem Pflichtteil.

Die Reform geht auf einen Entwurf des Justizministers Vranckx aus dem Jahre 1969³ zurück. Nach dreizehn Jahren Pendelverkehr zwischen Senat und Abgeordnetenkammer ist aus diesem Entwurf das Gesetz vom 14. 5. 1981 entstanden⁴, das am 6. 6. 1981 in Kraft getreten ist.

1. Der überlebende Ehegatte hat den Status eines Gesamtrechtsnachfolgers

Der überlebende Ehegatte ist nunmehr Gesamtrechtsnachfolger des Erblassers. Kraft Gesetzes tritt er unmittelbar ein in Vermögen, Rechte und Forderungen des Verstorbenen (Art. 724)⁵. Eine Einweisung in den Besitz, wie das unter dem alten Recht vorgeschrieben war, ist nicht mehr erforderlich. Diese Regel gilt auch für den Fall, daß der überlebende Ehegatte nur ein Nutzungsrecht am Nachlaß bekommt. In diesem Fall kann er sofort seine Rechte als Erbe ausüben, ohne daß vorher Formalitäten zu erfüllen wären. Erst nach Antritt der Erbschaft kann der „bloße Eigentümer“, also der Eigentümer der mit dem Nießbrauch belasteten Gegenstände, verlangen, daß bezüglich aller mit dem Nießbrauch belasteten Güter ein Inventar der beweglichen Sachen und eine Beschreibung der unbeweglichen Sachen angefertigt wird. Er kann ebenfalls verlangen, daß Beträge angelegt werden und daß die auf den Inhaber lautenden Wertpapiere nach Wahl des überlebenden Ehegatten in Namensaktien umgewandelt werden oder auf einem gemeinschaftlichen Bankkonto deponiert werden. Der Erblasser kann seinem Erben keine Befreiung von diesen Vorschriften erteilen (Art. 745 *ter*).

Die unmittelbare Rechtsnachfolge in das Vermögen und die Rechte des Erblassers hat auch zur Folge, daß der überlebende Ehegatte die Pflicht hat, die Nachlaßverbindlichkeiten

zu begleichen (Art. 724). Nur die Annahme der Erbschaft unter dem Vorbehalt des Inventars oder die Ausschlagung kann dies verhindern.

Wie vor dem Gesetz vom 14. 5. 1981 steht das gesetzliche Erbrecht nur dem überlebenden Ehegatten zu, der weder geschieden noch von Tisch und Bett getrennt ist (Art. 731). Unberührt davon bleibt aber die Vorschrift des Art. 300 über die vertragliche Erbeinsetzung (contractuele erfstelling/institution contractuelle). Seit dem Gesetz vom 14. 7. 1976 über die allgemeinen Ehwirkungen und das Ehegüterrecht kommt eine vertragliche Erbeinsetzung eines schuldig geschiedenen Ehegatten in Fortfall. Die Einsetzung eines nicht schuldigen Ehegatten und desjenigen, der im Wege einverständlicher Scheidung geschieden worden ist, bleibt bestehen⁶.

Die faktische Trennung hat von Rechts wegen keine Folgen. In bestimmten Fällen kann der Erblasser oder das Gericht dem überlebenden Ehegatten das Erbrecht entziehen (s. unten).

2. Das gesetzliche Erbteil

Das gesetzliche Erbteil des überlebenden Ehegatten hängt von der erbrechtlichen Stellung der Verwandten ab (Art. 745 *bis*).

Hinterläßt der Erblasser eheliche Abkömmlinge, nichteheliche Kinder oder Adoptivkinder oder eheliche Abkömmlinge von diesen beiden letzten, dann erbt der überlebende Ehegatte das Nießbrauchrecht am gesamten Nachlaß (Art. 745 *bis* Abs. 1). Es ist ohne Bedeutung, ob die ehelichen Kinder aus einer früheren Ehe stammen. Der überlebende Ehegatte aus zweiter Ehe wird hier nicht mehr diskriminiert⁷. Der überlebende Ehegatte übt seinen Nießbrauch über den gesamten Nachlaß aus. Die Bestimmungen über die Einbringung sind hierzu geändert worden: Der Artikel 858 *bis* verfügt, daß der Schenkungsempfänger sich durch Zahlung einer an den Index gebundenen Rente von der Einbringung befreien kann.

Hinterläßt der Erblasser nur andere Erben, so steht sich der überlebende Ehegatte wesentlich besser, wenn er mit dem Erblasser in Gütergemeinschaft gelebt hat. Das Vermögen der Gütergemeinschaft (Gesamthand) fällt dann vollständig ihm allein zu. Daneben erhält er das Nießbrauchrecht an dem persönlichen Vermögen des Erblassers (Art. 745 *bis* Abs. 2). Der Gesetzgeber hat auf diese Weise das Erbrecht von dem Ehegüterstand abhängig gemacht. Der überlebende Ehegatte, der in Gütergemeinschaft gelebt hat, wird deutlich begünstigt. Auf diesem Gebiet wird kein Unterschied zwischen gesetzlicher oder vertraglicher Gütergemeinschaft gemacht: Auch bei der allgemeinen Gütergemeinschaft wird der Überlebende das ganze Gesamtgut erben.

Für den Fall, daß der überlebende Ehegatte alleiniger Erbe ist, hat sich nichts geändert: Wie vor dem Gesetz vom 14. 5. 1981 erbt er alles.

¹ EGMR, 13. 6. 1979 (Affaire Marckx), NJW 1979, 2449. Hierzu Jayme, Europäische Menschenrechtskonvention und deutsches Nichtehelehenrecht, NJW 1979, 2425 ff.; Stocker, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte zur Diskriminierung „nichtehelicher Kinder“ DAVorm 1980, 249 ff.; Sturm, das Straßburger Marckx-Urteil zum Recht des nichtehelichen Kindes und seine Folgen, FamRZ 1982, 1150 ff.

² Hierzu Casman/Van Lock, Huwelijksvermogensrecht, Brüssel 1977 (Loseblattausgabe); Dilemans, Huwelijksvermogensrecht, 4. Aufl., Antwerpen 1983; Raucourt, Les régimes matrimoniaux, Brüssel 1978.

³ Senats-Druck, 1968-69, N. 200.

⁴ Belgisch Staatsblad/Moniteur belge, 27. 5. 1981. Hierzu Bourseu, Les droits successoraux du conjoint survivant (loi du 14 mai 1981), Brüssel 1982; Casman/Vasterveldts, De langstlevende echtgenoot. Erfrechtelijke en huwelijksvermo-

gensrechtelijke aspecten, Antwerpen 1982; Coene (Hrsg.), Het erfrecht van de langstlevende echtgenoot, Antwerpen 1982; Raucourt, Les droits successoraux du conjoint survivant, in Vandeplass/Spreutels (Hrsg.), Prolegomena, III, Brüssel 1981; Weyts (Hrsg.), Clausules over het erfrecht van de langstlevende echtgenoot, Antwerpen 1983, mit Beiträgen von Baert, Coene, Pintens und Van Oosterwijk.

⁵ Artikel ohne weitere Angaben sind solche des Bürgerlichen Gesetzbuches (Burgerlijk Wetboek/Code civil).

⁶ Hierzu Van Oosterwijk, Overlevingsrechten bij ontbinding van het huwelijksvermogensstelsel door echtscheiding: Taak en rol van de notaris, Tijdschrift voor Notarissen 1983, 81 ff.

⁷ Der Artikel 1094 wurde aufgehoben. Immerhin bleiben weitere Diskriminierungen bestehen, s. II. 2. und 3. c.

Die erbrechtliche Bevorzugung des überlebenden Ehegatten bedeutet, daß die Erbrechte der Kinder auf „bloßes Eigentum“ beschränkt werden. Nur der Verlust des Erbrechts (s. unten zu 5.), die Enterbung des überlebenden Ehegatten (s. unten zu 6.) oder die Umwandlung des Nießbrauchs (s. unten zu 3.) verteilen den Kindern das volle Erbrecht. Die Rechte der Stiefkinder werden besonders geschützt. Vorerst hat der Gesetzgeber Art. 1465 beibehalten: Vereinbarungen im Ehevertrag, die einem Stiefelternteil mehr als den verfügbaren Erbteil zukommen lassen, haben keine Auswirkungen. Aber eine gleichmäßige Verteilung der Ersparnisse der beiderseitigen Einkommen, auch wenn diese nicht gleich sind, wird nicht als Vorteil, der Kinder aus einer früheren Ehe benachteiligen kann, angesehen. Weiter gelten Sondervorschriften für die Umsetzung des Nießbrauchs (s. unten zu 3.). Die Stellung der Erben, die nicht zur ersten Erbfolgeordnung gehören, wird eingreifend verändert. Sie behalten nur noch Erbrechte im „bloßen Eigentum“ auf das persönliche Vermögen des Erblassers. Auf das Gesamtgut verlieren sie alle Rechte. Die Aszendenten verlieren gegenüber dem überlebenden Ehegatten den Pflichtteil (Art. 915). Stattdessen haben sie einen Unterhaltsanspruch zu Lasten des Nachlasses (Art. 205 bis § 2).

3. Die Umsetzung des Nießbrauchs

a) Begriff

Die Aufteilung des Eigentums in Nießbrauch und „bloßes Eigentum“ ist nicht immer mit einer angemessenen Vermögensverwaltung zu vereinbaren. Überdies ist das Nutzungsprinzip eine Beschränkung der Rechte der Erben, durch die diese in eine abhängige Stellung gebracht werden. Dies hat den Gesetzgeber dazu veranlaßt, die Umsetzungsmöglichkeiten des Nießbrauchs zu erweitern.

Das Umsetzungsrecht ist das Recht, den Nießbrauch des überlebenden Ehegatten in volles Eigentum, in eine Geldsumme oder in eine gewährleistete oder indexierte Leibrente umzusetzen (Art. 745 *quater* § 1). Das Umsetzungsrecht ist ein persönliches Recht. Es ist nicht übertragbar und kann nicht von den Gläubigern der Berechtigten ausgeübt werden (Art. 745 *quinquies*, § 1, Abs. 2).

Der Erblasser kann das Umsetzungsrecht nur einschränken oder entziehen, soweit es den verfügbaren Teil der Erbschaft betrifft. Der pflichtteilberechtigte Erbe hat das Recht, seinen Pflichtteil ohne Lasten oder Bedingungen zu verlangen⁸. Überdies kann den Abkömmlingen aus einer früheren Ehe das Umsetzungsrecht nie entzogen werden (Art. 745 *quinquies* § 2, Abs. 2). Ebenso wenig kann dem überlebenden Ehegatten das Umsetzungsrecht über Ehwohnung und Hausrat entzogen werden (Art. 745 *quinquies* § 2, Abs. 2).

b) Inhaber des Umsetzungsrechts

Trifft der überlebende Ehegatte mit ehelichen, unehelichen oder Adoptivkindern oder mit ehelichen Abkömmlingen von diesen zusammen, so können sowohl der Überlebende als Nießbraucher als auch ein oder mehrere Abkömmlinge als bloße Eigentümer die Umsetzung beantragen (Art. 745 *quater* § 1). Die Ausübung dieses Rechts ist nicht fristgebunden.

Trifft der Überlebende mit anderen Erben als Abkömmlingen zusammen, so kann im Prinzip nur der Überlebende innerhalb von fünf Jahren nach Eröffnung des Erbgangs die Umsetzung beantragen (Art. 745 *quater* § 2, Abs. 1). Er kann aber zu jeder Zeit verlangen, daß das bloße Eigentum ihm gegen Geld übertragen wird (Art. 745 *quater* § 2, Abs. 2). Die anderen Erben können die Umsetzung im Prinzip nicht verlangen. Das Gericht kann aber aus Billigkeitsgründen einem Antrag

der Erben stattgeben. Das gleiche Prinzip gilt für einen Antrag, der erst nach der Fünfjahresfrist vom überlebenden Ehegatten gestellt wird (Art. 745 *quater* § 2, Abs. 4).

c) Taxierung des Nießbrauchs

Der Wert des Nießbrauchs wird auf Grund des Wertes am Tage der Umsetzung festgelegt. Bei der Wertfestsetzung muß Wert und Ertrag des Gutes, den damit verbundenen Schulden und Lasten und der mutmaßlichen Lebensdauer des Nießbrauchers Rechnung getragen werden (Art. 745 *sexies* § 3). Bei der Berechnung der Lebensdauer muß die neueste Sterblichkeitstabelle benutzt werden⁹.

Bei einer zweiten Ehe des Erblassers muß der Art. 745 *quinquies* § 3 angewandt werden. Tritt der Überlebende mit Abkömmlingen aus einer früheren Ehe auf, dann wird der Überlebende als mindestens zwanzig Jahre älter als der älteste Abkömmling aus der früheren Ehe angesehen. Auf diese Weise hat der Gesetzgeber versucht, die Kinder gegen einen jüngeren Stiefelternteil zu schützen.

d) Verfahren

Sind alle bloßen Eigentümer sowie der überlebende Ehegatte volljährig und geschäftsfähig, dann können sie im Einvernehmen die Art und Weise bestimmen, wie die Umsetzung des Nießbrauchs oder der Kauf des bloßen Eigentums durchzuführen ist (Art. 745 *sexies* § 1, Abs. 1). Ist einer von ihnen minderjährig oder geschäftsunfähig, dann muß die Umsetzung oder der Kauf von einem Notar und mit Einwilligung des Friedensrichters durchgeführt werden (Art. 745 *sexies* § 1, Abs. 2). Kommt keine einvernehmliche Übereinkunft zustande, wird das Gericht erster Instanz entscheiden (Art. 745 *sexies* § 2).

Das Umsetzungsrecht ist fakultativ. Der Richter ist nicht verpflichtet, dem Antrag stattzugeben. Er kann ebenfalls den Umsetzungsantrag zurückweisen oder ihm nur teilweise zustimmen. Seine Entscheidungsbefugnis wird in folgenden Fällen beschränkt:

- Ohne Einwilligung des überlebenden Ehegatten darf der Richter dem Umsetzungsantrag bezüglich des Nießbrauchs über Ehwohnung und Hausrat nicht stattgeben (Art. 745 *quater* § 4).
- Der Richter muß in die Umsetzung, die innerhalb von fünf Jahren nach Eröffnung des Erbgangs vom überlebenden Ehegatten beantragt wird, einwilligen, wenn die bloßen Eigentümer keine Abkömmlinge sind.
- Der Richter muß ebenfalls dem Antrag des überlebenden Ehegatten auf Kauf des bloßen Eigentums an Ehwohnung und Hausrat zustimmen, wenn die bloßen Eigentümer keine Abkömmlinge sind.

In den beiden letzten Fällen hat der Richter ausnahmsweise die Möglichkeit, den Antrag zurückzuweisen, wenn die Interessen eines Unternehmens oder einer Berufssarbeit schweren Schaden leiden würden (Art. 745 *quater* § 1, Abs. 5).

Das Gericht kann die Umsetzung selbst durchführen. Es kann aber auch einen Notar damit beauftragen (Art. 745 *sexies* § 2). Dieser wird die Umsetzung im Rahmen einer gesetzlichen Teilung durchführen. Gelingt es dem Notar nicht, eine von den Parteien annehmbare Umsetzung zu erarbeiten, dann hat das Gericht das letzte Wort.

4. Der überlebende Ehegatte ist ein pflichtteilberechtigter Erbe

Der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten war das große Hindernis, das die mehrfache Verweisung zwischen Kammer

⁸ Dewulf, Het omzettingrecht, in Coene (Hrsg.), Fn 4, S. 49; Puelinckx-Coene, De grote promotie van de langstlevende echtgenote, Tijdschrift voor Privaatrecht

1981, 651, N. 49; A.A. Casman/Vestersavendts (Fn 4), N. 454, S. 167.
⁹ Senats-Drucks., 1980-81, N. 600/2, S. 25-26.

und Senat verursacht hat. Ursprünglich hatte der Senat nur einen Quasi-Pflichtteil bezüglich Ehwohnung und Hausrat (sog. Präferenzgüter) angenommen. Von einem wirklichen und universellen Pflichtteil war nicht die Rede: Die Regelung war nur anwendbar, soweit Präferenzgüter vorhanden waren. Überdies waren die Präferenzgüter nur gegen Verfügungen von Todes wegen und nicht gegen Schenkungen geschützt. Der letzte Punkt war aber kein großes Hindernis, weil das Ehegüterrecht Schenkungen der Präferenzgüter ohne Einwilligung des anderen Ehegatten verbietet (Art. 215 und 1419). Die Kammer dagegen hatte sich für einen wirklichen Pflichtteil im vollen Eigentum ausgesprochen, der nicht auf die Präferenzgüter beschränkt blieb. Schließlich wurde ein Vergleich erarbeitet: Der überlebende Ehegatte wird pflichtteilberechtigter Erbe, aber dieser Pflichtteil besteht nur im Nießbrauch.

Der Pflichtteil ist unveränderlich der Nießbrauch von der Hälfte der Erbschaft, Schenkungen und Verfügungen von Todes wegen können nicht zur Folge haben, daß der überlebende Ehegatte den Nießbrauch von Ehwohnung und Hausrat verliert (Art. 915 § 2, Abs. 1). Also hat der Gesetzgeber einen Unterschied eingeführt zwischen einem allgemeinen oder abstrakten Pflichtteil (der Hälfte des Nachlasses im Nießbrauch) und einem besonderen oder konkreten Pflichtteil (Ehwohnung und Hausrat im Nießbrauch). Der allgemeine Pflichtteil wird in der Praxis nur dann Anwendung finden, wenn keine Ehwohnung vorhanden ist oder wenn der Nachlaßwert mehr als das Zweifache des Wertes von Ehwohnung und Hausrat beträgt. Der überlebende Ehegatte kann aber selbst wählen, welchen Pflichtteil er bevorzugt.

Der Pflichtteil an den Präferenzgütern bleibt auf die Ehwohnung am Hauptwohnsitz und den sich darin befindlichen Hausrat beschränkt (Art. 915 *bis* § 2). Berufsgüter sowie der landwirtschaftliche Betrieb oder das kaufmännische Geschäft haben keinen Präferenzcharakter. Nur das Eigentumsrecht und nicht das Mietrecht sind Gegenstand des Pflichtteils. Die gemietete Ehwohnung wird nur im Rahmen des Ehegüterrechts geschützt (Art. 215 § 2).

Der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten belastet sowohl den Pflichtteil der anderen Pflichtteilberechtigten als auch den verfügbaren Teil (Art. 915 *bis* § 4). Dies bedeutet, daß z. B. der Pflichtteil der Kinder zur Hälfte in bloßem Eigentum besteht. Überdies wird der Überlebende den Nießbrauch nicht nur auf die Güter ausüben, die in dem Nachlaß zu finden sind, sondern auch auf die Güter, die Gegenstand einer Schenkung gewesen sind. Der Beschenkte, der eine Schenkung als volles Eigentum erhält, muß damit rechnen, daß der überlebende Ehegatte auch hier den Nießbrauch ausüben wird. Dies ist auch der Fall, wenn der unverheiratete Schenker nach der Schenkung die Ehe eingeht. Die Anwendung des Art. 915 *bis* § 2 führt zu folgenden Pflichtteilen und verfügbaren Teilen:

	Pflichtteil ÜE	Pflichtteil Kinder oder Aszendenten (insgesamt)	Verfügbares Teil gegen- über Dritten
ÜE + 1 Kind	1/2 NB	1/4 VE + 1/4 BE	1/4 VE + 1/4 BE
ÜE + 2 Kinder	1/2 NB	1/3 VE + 1/3 BE	1/6 VE + 1/6 BE
ÜE + 3 Kinder	1/2 NB	3/8 VE + 3/8 BE	1/8 VE + 1/8 BE
ÜE + 1 Aszend.	1/2 NB	1/8 VE + 1/8 BE	3/8 VE + 3/8 BE
ÜE + 2 Aszend.	1/2 NB	1/4 VE + 1/4 BE	1/4 VE + 1/4 BE

(ÜE = Überlebender Ehegatte; NB = Nießbrauch; VE = Volles Eigentum; BE = Bloßes Eigentum)

Schließlich ist hier zu bemerken, daß die Aszendenten ihren Pflichtteil (1/4 der Erbschaft in vollem Eigentum pro Aszen-

dent) gegenüber dem überlebenden Ehegatten verlieren (Art. 915), gegenüber Dritten bleibt der Pflichtteil bestehen.

5. Verlust des Erbrechts wegen Erbunwürdigkeit

Neben den allgemeinen Gründen der Erbunwürdigkeit (Art. 727) bestimmt der Artikel 745 *septies* § 1, daß der überlebende Ehegatte ganz oder teilweise von der Erbschaft ausgeschlossen oder ihrer für verlustig erklärt werden kann, wenn er

- ganz oder teilweise die elterliche Gewalt über die Kinder aus seiner Ehe mit dem Erblasser verloren hat (Art. 32 – 33 Jugendschutzgesetz);
- wegen notorisch unzüchtigen Lebenswandels vom Amt des Vormundes über die obengenannten Kinder ausgeschlossen oder entsetzt worden ist (Art. 444, 1°).

Im Gegensatz zum alten Recht tritt die Erbunwürdigkeit nicht von Rechts wegen ein. Hierzu ist eine Gerichtsentscheidung erforderlich. Die Klage kann nur innerhalb eines Jahres, sei es nach Eröffnung des Erbanges, sei es nach dem Verlust der elterlichen Gewalt, sei es nach der Ausschließung oder Entsetzung vom Amt des Vormundes, von den Abkömmlingen des Erblassers erhoben werden (Art. 745 *sexies* § 2, Abs. 1). Der Richter hat einen großen Ermessensspielraum. Statt auf einen ganzen Verlust des Erbspruchs kann er auch auf einen beschränkten Verlust entscheiden. Diese Lösung kann z. B. angewandt werden, wenn der überlebende Ehegatte nur die elterliche Gewalt über ein Kind verloren hat. Er kann dann das Nießbrauchrecht über die Erbteile der anderen Kinder behalten.

6. Erbrecht und faktische Trennung¹⁰

Die faktische Trennung gibt dem Erblasser oder seinen Abkömmlingen die Möglichkeit, unter bestimmten Bedingungen dem überlebenden Ehegatten seinen Pflichtteil zu entziehen.

a) Enterbung durch den Erblasser

Sowohl der allgemeine als auch der besondere Pflichtteil können in einem Testament dem überlebenden Ehegatten entzogen werden, wenn die Ehegatten am Tag des Versterbens seit mehr als sechs Monaten faktisch getrennt gelebt haben und der Erblasser, vor seinem Tode, mit Hilfe eines gerichtlichen Antrags als Kläger oder Beklagter einen separaten Aufenthaltsort beantragt hat und insoweit die Ehegatten nach diesem Antrag nicht wieder zusammengelebt haben (Art. 915 *bis* § 3). Sind alle diese Bedingungen erfüllt, dann tritt die Enterbung von Rechts wegen ein und der Pflichtteil wird entzogen.

Die Enterbung betrifft nur die Erbrechte. Rechte aus dem Ehevertrag bleiben unberührt. Der bedürftige Überlebende behält auch einen Unterhaltsanspruch zu Lasten des Nachlasses (Art. 205 *bis*).

b) Enterbung auf Antrag der Abkömmlinge

Wurde der überlebende Ehegatte vom Erblasser nicht enterbt, dann steht ihm in jedem Fall der allgemeine Pflichtteil zu (Art. 915 *bis* § 1). Der Überlebende kann aber den besonderen Pflichtteil bezüglich der Präferenzgüter nur unter der Bedingung beanspruchen, daß er den ehelichen Hauptwohnsitz auch nach der faktischen Trennung weiter bewohnt hat oder gegen seinen Willen gehindert worden ist, dies zu tun, und daß die Einräumung des Nießbrauchrechts der Billigkeit entspricht (Art. 915 *bis* § 2, Abs. 2).

Im Vergleich mit der Enterbung auf Veranlassung des Erblassers ist zu bemerken, daß die Enterbung nicht von Rechts wegen eintritt. Bewohnt der Überlebende beim Erbfall die Ehwohnung, dann kann er den besonderen Pflichtteil behal-

¹⁰ Pintens, Het erfrecht van de langstlevende echtgenoot bij feitelijke scheiding, scheidling van tafel en bed en echtscheiding, in Weyts (Hrsg.) (Fn 4), S. 89 ff.

ten, es sei die anderen Erben beweisen, daß dies der Billigkeit nicht entspricht. Bewohnt er die Ehewohnung nicht, dann kann er den besonderen Pflichtteil nur beanspruchen, wenn er beweist, daß er die Ehewohnung unfreiwillig verlassen hat und daß die Anerkennung des besonderen Pflichtteils der Billigkeit entspricht. In beiden Fällen hat der Richter einen Ermessensspielraum. In der Praxis wird die Schuld an der faktischen Trennung bei der Anwendung des Billigkeitsgrundsatzes eine Rolle spielen.

7. Erbrecht, Trennung von Tisch und Bett und Ehescheidung

Die Trennung von Tisch und Bett und die Ehescheidung schließen wie früher jedes gesetzliche Erbrecht aus (Art. 731). Das neue Erbrecht hat hier nur eine Änderung gebracht in den Verträgen, die im Rahmen einer einverständlichen Trennung von Tisch und Bett oder einer einverständlichen Ehescheidung abgeschlossen werden müssen. Diese Vereinbarungen müssen nunmehr eine Regelung über das Erbrecht und den Pflichtteil enthalten für den Fall, daß einer der Ehegatten während des Verfahrens stirbt (Art. 1287, Abs. 2, ZPO). Auf diese Weise können die Ehegatten einander sowohl den Pflichtteil als auch den verfügbaren Teil entziehen¹¹. Die Vereinbarung hat keine Wirkung, wenn der Antrag auf Trennung oder Ehescheidung zurückgenommen wird (Art. 1287, Abs. 2 *in fine*, ZPO).

III.

Nichtehelichenerbrecht

1. Erbrecht des nichtehelichen Kindes

Art. 756 bestimmt, daß das nichteheliche Kind nicht Erbe wird. Vor Erlass des Gesetzes vom 14. 5. 1981 bedeutete dies in erster Linie, daß es nicht unmittelbarer Rechtsnachfolger des Erblassers wurde, sondern sich in den Besitz einweisen lassen mußte. Das neue Ehegattenerbrecht hat diese Regel für den überlebenden Ehegatten geändert (s. oben I. 1). Bei dieser Gelegenheit wurde auch die Rechtsstellung des nichtehelichen Kindes in dieser Weise verstärkt¹². Die anderen Diskriminierungen bleiben aber bestehen: Das Erbrecht ist auf den ersten Grad beschränkt (Art. 756); der Erbteil ist geringer als der des ehelichen Kindes (Art. 757 – 758); der ge-

setzliche Erbteil ist die Obergrenze auch für testamentarische Zuwendungen (Art. 908); Ehebruchs- und Inzestkinder haben kein Erbrecht und verfügen nur über einen Unterhaltsanspruch (Art. 762).

Im Jahre 1978 hat die Regierung dem Parlament einen Gesetzesentwurf zugeleitet, der die volle Gleichberechtigung aller Kinder einführen möchte¹³. Der Entwurf steht noch immer in einer Senatskommission zur Diskussion. Es ist zu befürchten, daß die Gleichberechtigung des Ehebruchskindes im Bereich des Erbrechts auf Widerstand stoßen wird. Möglicherweise wird man versuchen, den Erbteil des Ehebruchskindes nach französischem Beispiel bei Zusammentreffen mit dem überlebenden Ehegatten und/oder ehelichen Kinder zu verringern oder den Erbersatzanspruch des deutschen Rechts zu übernehmen.

2. Der Einfluß der Marckx-Entscheidung auf die Rechtsprechung

Die Beschränkung des Nichtehelichenerbrechts auf den gesetzlichen Erbteil stellt den nichtehelichen Elternteil vor ein Dilemma. Erkennt er sein Kind nicht an, kann er diesem seinen ganzen Nachlaß hinterlassen. Erkennt er sein Kind an, werden dessen Erbrechte beschränkt. Durch eine Adoption wird das Kind wohl einem ehelichen gleichgestellt, die Erbrechte bleiben aber auf den ersten Grad beschränkt.

In der Marckx-Entscheidung vom 13. 6. 1979 (s. oben Nr. 1) hat der Europäische Gerichtshof für die Menschenrechte im Wege einer teleologischen Auslegung des Begriffes „vie familiale“ eine Verletzung von Art. 8 i. V. m. Art. 14 der Menschenrechtskonvention angenommen wegen der Beschränkung des Nichtehelichenrechtes gegenüber der Mutter und wegen einer totalen Abwesenheit eines Erbrechtes gegenüber den Verwandten der Mutter.

Am 20. 11. 1980 hatte das Gericht erster Instanz in Gent¹⁴ Gelegenheit, sich mit der Anwendung dieser Artikel zu befassen. Das Gericht hat der teleologischen Auslegung zugestimmt und hat auf Grund des Vorranges des internationalen Rechtes das Nichtehelichenerbrecht für unvereinbar mit der Konvention erklärt und das Erbrecht des ehelichen Kindes auf das nichteheliche angewandt. Das Gericht erster Instanz in Brüssel hat im gleichen Sinne geurteilt¹⁵.

Rechtsprechung

1. Allgemeines/Notarrecht – Herstellung beglaubigter Abschriften

(LG Aachen, Beschluß vom 23. 2. 1983 – 3T 102/82)

BeurkG § 39
GBO § 29

Eine notariell beglaubigte Fotokopie einer Eintragungsbeurteilung mit Unterschriftsbeglaubigung genügt nicht dem Formerfordernis des § 29 GBO, wenn sie nicht die abgeglichene Unterschrift des Notars enthält.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Der Notar legte dem Grundbuchamt eine beglaubigte Abschrift der Genehmigungserklärung der Frau B. vor. Es handelte sich um eine Ablichtung, die die abgeglichene Unterschrift der Frau B. ausweist und darunter den Unterschriftsbeglaubigungsvermerk des Notars. Dieser Beglaubigungsvermerk enthält nicht die abgeglichene Unterschrift des Notars,

sondern nur die maschinengeschriebenen Worte „L.S. gez. D. Notar“. Auf der Rückseite steht folgender, vom Notar unterschriebener und mit seinem Farbdruckstempel versehener Beglaubigungsvermerk: „Vorstehende Abschrift stimmt der mir vorliegenden Urschrift wörtlich überein, was ich hiermit beglaube.“

Aus den Gründen:

Nach § 39 BeurkG sind unter dem Begriff „Abschrift“ nicht nur gewöhnliche Abschriften, sondern auch fotomechanische und sonstige Vervielfältigungen zu verstehen (Keidel/Kuntze/Winkler [KKW], 11. Aufl., § 42 BeurkG, Rd.-Nr. 5). Die beglaubigte Abschrift ist das Zeugnis des Notars, daß die Abschrift mit einer Hauptschrift übereinstimmt. Sie erbringt vollen Beweis für die Übereinstimmung mit der Hauptschrift und ist fähig, sie im Rechtsverkehr zu ersetzen (KKW, § 42 BeurkG, Rd.-Nr. 7). Unter Beglaubigung einer Abschrift ist also das notarielle Zeugnis zu verstehen, daß eine bestimmte Abschrift mit einer bestimmten Hauptschrift übereinstimmt. Der

11 Hierzu Pintens, Echtscheiding door onderlinge toestemming. Met modellen van akten, Antwerpen, 1982, N. 329 ff., S. 202 ff.

12 Aufhebung des Art. 773; hierzu Pintens, Het erfrecht van het natuurlijk kind en het E.V.R.M., Rechtskundig Weekblad 1983–84, 456.

13 Gesetzesentwurf Van Elslande, Senats Drucksache 1977–78, N. 305/1, Hierzu

Pauwels, Vers la réforme du droit belge de la filiation: le projet de loi Van Elslande (1978), in Pauwels (Hrsg.), La réforme du droit de la filiation. Perspectives européennes, Brüssel 1981, S. 145 ff.

14 Rb. Gent, 20. 11. 1980, Rechtskundig Weekblad 1980–81, 2328.

15 Rb. Brüssel, 29. 3. 1983, Rechtskundig Weekblad 1983–84, 454, Anm. Pintens.

Notar darf den Beglaubigungsvermerk erst erteilen, wenn er die Übereinstimmung von Hauptschrift und Abschrift durch eigene Prüfung festgestellt hat (KKW, § 42 BeurkG, Rd.-Nr. 11; Jansen, § 42 BeurkG, Rd.-Nr. 7). Der notarielle Beglaubigungsvermerk soll in jedem Fall erkennen lassen, ob die Hauptschrift eine Urschrift, eine Ausfertigung, eine beglaubigte oder einfache Abschrift war, § 42 Abs. 1 BeurkG (KKW, § 42 BeurkG, Rd.-Nr. 17, Jansen, § 42 BeurkG, Rd.-Nr. 7).

Diesem Erfordernis wird die vorgelegte und beanstandete Urkunde nicht gerecht. Es handelt sich bei ihr offensichtlich um eine Ablichtung der Urschrift. Denn in der Ablichtung ist die Originalunterschrift der Frau B. mitabgelichtet. Dagegen ist die Originalunterschrift des Notars unter dessen Unterschriftsbeglaubigungsvermerk nicht mitabgelichtet. Daraus geht hervor, zumindest muß davon ausgegangen werden, daß die Ablichtung zu einem Zeitpunkt angefertigt worden ist, zu dem der Notar den Unterschriftsbeglaubigungsvermerk noch nicht unterzeichnet hatte, anderenfalls wäre zwingend seine Originalunterschrift darunter mitabgelichtet worden. Etwas anderes ist technisch gar nicht denkbar. Deshalb bestehen Bedenken, ob der Beglaubigungsvermerk auf der Rückseite, daß „die vorstehende Abschrift“ mit der dem Notar „vorliegenden Urschrift“ wörtlich übereinstimmt, richtig ist. Denn in der Urschrift müßte seine Originalunterschrift unter dem Unterschriftsbeglaubigungsvermerk vorhanden und demnach mitabgelichtet worden sein.

Die hiernach bestehenden Bedenken werden nicht durch die bloß formlose Erklärung des Notars in der Erinnerungsschrift ausgeräumt, daß er den Beglaubigungsvermerk „selbstverständlich erst unterschrieben“ habe, nachdem er den Unterschriftsbeglaubigungsvermerk bereits unterzeichnet hatte. Der Zweck des § 29 GBO ist es, die Eintragung auf sichere Unterlagen zu gründen. Das Grundbuchamt darf daher, wo – wie hier – ein formgerechter Nachweis ohne besondere Schwierigkeit möglich ist – der Notar braucht nur die beglaubigte Ablichtung der Urschrift mit den daraus ersichtlichen (mitabgelichteten) Originalunterschriften der Frau B. und seiner eigenen vorzulegen – nicht davon absehen, Urkunden zu verlangen, selbst wenn es im einzelnen Fall von der Richtigkeit des Vorbringens überzeugt ist (Horber, 14. Aufl., § 29 GBO, Anm. 9a). Bei der Beanstandung handelt es sich nicht um leeren oder übertriebenen Formalismus.

Anmerkung

(von Notar Dr. R. Kanzleiter, Neu-Ulm)

Die Entscheidung verkennt die Vorschriften über die Herstellung von beglaubigten Abschriften in grundlegender Weise:

§ 39 BeurkG stellt die verschiedenen Verfahren zur Herstellung von Vervielfältigungen vollständig gleich^{1,2}. Die Vorschrift verbietet auch nicht, die verschiedenen Verfahren bei der Herstellung einer Abschrift zu kombinieren³. Eine solche Kombination der verschiedenen technischen Herstellungsverfahren war und ist sowohl bei Urschriften als auch bei Abschriften immer üblich: Als Durchschläge für Abschriften verwendet wurden, wurden häufig als Grundlage auch für die Abschriften in Druckverfahren hergestellte Vordrucke herangezogen und dann die Einzelheiten durchgeschlagen; ebenso häufig war es, daß in den Durchschlägen Einzelheiten durch unmittelbare Maschinenschrift ergänzt oder geändert wurden. Auch heute ist die Kombination von verschiedenen technischen Verfahren bei der Herstellung von Urschriften

und Abschriften häufig, etwa bei Ergänzung eines Vordrucks oder einer elektrofotographischen Ablichtung mit Tinten- oder Schreibmaschinenschrift oder – von § 26 Abs. 4 DoNot als selbstverständlich vorausgesetzt – bei der Verwendung von Stempeln.

Die §§ 39, 42 BeurkG enthalten auch keine Vorschrift über die Reihenfolge, in der Urschrift und beglaubigte Abschrift *technisch* herzustellen sind: Die Abschrift kann nach der Urschrift (etwa durch Ablichtung) hergestellt werden, dies kann gleichzeitig geschehen (man denke wiederum an die Herstellung der Abschriften mit Durchschlägen oder in Druckverfahren), die Abschrift kann sogar vor der Urschrift hergestellt werden (wenn eine in Schreibmaschinenschrift hergestellte „Urschrift“ abgelichtet und dann diese Ablichtung als Urschrift, die „Urschrift“ als beglaubigte Abschrift verwendet wird). Es ist auch durchaus zulässig und in der Praxis häufig, daß eine Abschrift technisch schon entsprechend dem zu erwartenden Ablauf soweit vorbereitet wird, daß sie unmittelbar nach der Urschrift unterzeichnet werden kann (für die Unterschriftsbeglaubigungen einer Bank können – etwa durch Druck – nicht nur die Beglaubigungsvermerke für die beiden handelnden Prokuristen, sondern auch Abschriftsbeglaubigungsvermerke über die davon gefertigten beglaubigten Abschriften so hergestellt werden, daß nur das Datum und die Unterschrift eingefügt werden müssen).

Richtig ist selbstverständlich, daß der Notar eine beglaubigte Abschrift *rechtlich* nicht vor der Urschrift herstellen darf, weil sonst sein Vermerk über die Abschriftsbeglaubigung schlicht falsch wäre. Rechtlich wird die beglaubigte Abschrift aber erst mit der Unterschrift des Notars hergestellt⁴, erst mit den Voraussetzungen des § 39 BeurkG entsteht die öffentliche Urkunde in Vermerkform, die der Beglaubigungsvermerk darstellt, vor der Unterschrift des Notars besteht nichts weiter als ein Entwurf, der rechtlich ohne jede Bedeutung ist. Im Moment der Unterschrift unter dem Vermerk über die Beglaubigung der Abschrift bezeugt der Notar, daß sie mit der Urschrift übereinstimmt, keine Sekunde vorher. In diesem Moment trägt der Notar die Verantwortung für die Übereinstimmung von Urschrift und Abschrift⁵, keine Sekunde früher. An diese Regeln – und andere gibt es nicht – hat sich der Notar bei seiner Verfahrensweise gehalten.

Das von ihm gewählte Verfahren ist auch durchaus zweckmäßig: Im Interesse des Klienten wird Zeit, im Interesse des Notars unnötiger Arbeitsaufwand erspart, wenn gleichzeitig mit dem Vermerk über die Unterschriftsbeglaubigung auch sofort die erforderlichen Abschriften vorbereitet werden.

Schließlich widerspricht die Entscheidung auch den gesetzlichen Regeln über die Beweiskraft öffentlicher Urkunden in der Zivilprozeßordnung, die für alle zivilgerichtlichen Verfahren, auch die der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchamts nach der Grundbuchordnung gelten⁶. Wenn § 437 Abs. 2 ZPO die Einholung einer Auskunft des Ausstellers der öffentlichen Urkunde als Verfahren für die Feststellung ihrer Echtheit vorsieht, sollte dies für ihre Wahrheit hinsichtlich eines einzelnen Punktes (im konkreten Fall die Übereinstimmung der beglaubigten Abschrift mit der Urschrift insofern, daß die Urschrift vom Notar unterschrieben ist) erst recht gelten. Nach Einholung der Auskunft des Notars bestand jedenfalls nicht mehr der geringste vernünftige Zweifel an der Beweiskraft der öffentlichen Urkunde entsprechend § 418 Abs. 1 ZPO.

1 Mecke, § 39 BeurkG, Rd.-Nr. 8 stellt zurecht fest, daß § 39 unter einer „Abschrift“ jede beliebige Vervielfältigung versteht; s. auch Höfer/Huhn/von Schuckmann, § 39 BeurkG, Anm. 4, Höfer, Jur. Anl. 1970, 753; Jansen, § 39 BeurkG, Anm. 11; Keidel/Kuntze/Winkler, § 39 BeurkG, Rd.-Nr. 9, § 42 BeurkG, Rd.-Nr. 5.

2 Vielleicht wirkt in der Entscheidung noch (der verunglückte und deshalb zu Mißverständnissen führende) § 1 der VO über die Vereinfachung des Beurkundungsverfahrens vom 21. 10. 1942 (RBG I S. 609) nach, der einen besonderen Beglaubigungsvermerk für Ablichtungen vorsah.

3 Zur Herstellung von Urschriften s. Weingartner/Schöttler, Dienstordnung für Notare, § 26, Rd.-Nr. 399; Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, § 29 GBO, Rd.-Nr. 85.

4 S. Höfer/Huhn/von Schuckmann, § 39 BeurkG, Anm. 1; Keidel/Kuntze/Winkler, § 39 BeurkG, Rd.-Nr. 20; Mecke, § 39 BeurkG, Rd.-Nr. 5.

5 S. dazu Höfer/Huhn/von Schuckmann, § 42 BeurkG, Anm. 5; Keidel/Kuntze/Winkler, § 42 BeurkG, Rd.-Nr. 11; Mecke, § 42 BeurkG, Rd.-Nr. 4.

6 S. BGH NJW 1957, 1673; KG KGJ 40, 115.

2. Familienrecht – Internationales Ehegüterrecht (Schweiz)
(OLG Karlsruhe, Beschluß vom 29.8.1983 – 4W43/83)

EGBGB Art. 15 Abs. 2

1. Zum Güterrechtsstatut nach dem Beschluß des BVerfG vom 22.2.1983 (DNotZ 1983, 356).
2. Das Güterrechtsstatut bestimmt sich nach der gemeinsamen Staatsangehörigkeit der Ehegatten, wenn sie bereits zur Zeit der Eheschließung bestanden hat; dies gilt auch dann, wenn die gemeinsame (hier schweizerische) Staatsangehörigkeit erst mit der Eheschließung (hier einer Deutschen mit einem Schweizer) erworben wurde.
3. Besitzt ein Ehegatte neben der gemeinsamen noch eine weitere Staatsangehörigkeit, dann kommt es grundsätzlich nicht darauf an, welche die effektive Staatsangehörigkeit ist.

(Leitsätze nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Der Erblasser war Schweizerbürger. Aus seiner ersten Ehe sind fünf Kinder, die weiteren Beteiligten Ziff. 1 – 5, hervorgegangen. In zweiter Ehe war er mit der zwischenzeitlich ebenfalls verstorbenen Mutter der jetzigen Beschwerdeführerin verheiratet. Diese Ehe, die kinderlos blieb, wurde am 21.6.1977 vor dem Standesbeamten in K. (BRD) geschlossen. Eine Güterstandsvereinbarung haben die Ehegatten nicht getroffen. Durch den Eheschluß wurde die Mutter der Beschwerdeführerin, die die deutsche Staatsangehörigkeit besaß, auch Schweizerbürgerin. Die Eheleute wohnten in K. (BRD); dort ist der Erblasser, der eine letztwillige Verfügung nicht hinterlassen hat, auch gestorben.

Auf Antrag des weiteren Beteiligten Ziff. 1 hat das Notariat – Nachlaßgericht – K. mit Beschluß vom 18.12.1979 einen auf das in der Bundesrepublik Deutschland befindliche Vermögen des Erblassers gegenständlich beschränkten gemeinschaftlichen Erbschein erteilt, der bezeugt, daß die Mutter der Beschwerdeführerin zu 1/2 und die weiteren Beteiligten Ziff. 1–5 zu je 1/10 Erben geworden sind.

Gegen diesen Beschluß hat die Mutter der Beschwerdeführerin mit der Begründung, ihr stehe nach Art. 25 EGBGB i. V. m. §§ 1931, 1971 BGB der halbe Erbteil zu, Beschwerde eingelegt.

Mit Beschluß vom 12.8.1980 hat das LG diese Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen. Die hiergegen eingelegte weitere Beschwerde, die die Beschwerdeführerin des vorliegenden Verfahrens nach dem während des Beschwerdeverfahrens erfolgten Tod ihrer Mutter als deren Alleinerbin weiterverfolgt hat, hat der erkennende Senat durch Beschluß vom 25.9.1981 zurückgewiesen. In den Gründen dieses Beschlusses wurde im wesentlichen ausgeführt, der Mutter der Beschwerdeführerin habe der erhöhte Ehegattenerbteil nach §§ 1931, 1971 BGB nicht zugestanden, weil sie nicht im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnungsgemeinschaft deutschen Rechts, sondern – wie sich aus Art. 15 Abs. 2 EGBGB ergebe – im Güterstand der Güterverbindung nach Art. 178 ff ZGB gelebt habe. Dabei könne letztlich sogar dahinstehen, ob die in Art. 15 Abs. 2 EGBGB enthaltene Bestimmung, wonach sich das eheliche Güterrecht nach den Gesetzen des Staates bestimmt, dem der Ehemann zum Zeitpunkt des Eheschlusses angehört hat, wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 2 GG verfassungswidrig sei; es sei nämlich jedenfalls sachgerecht, das eheliche Güterrecht nach den Gesetzen des Staates zu bestimmen, dessen Staatsbürgerschaft beide Ehegatten besäßen. Da im vorliegenden Fall beide Ehegatten Schweizerbürger gewesen seien, bestimme sich auch ihr Güterstand nach schweizerischem Recht.

Die gegen diese Entscheidung des erkennenden Senats eingelegte Verfassungsbeschwerde wurde durch Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 9.11.1981 wegen mangelnder Erfolgsaussicht nicht zur Entscheidung angenommen.

Mit Antrag vom 30.10.1982 hat die Beschwerdeführerin unter Wiederholung ihrer Auffassung, daß sich im vorliegenden Fall der Güterstand nicht nach schweizerischem, sondern nach deutschem Recht bestimme, beantragt, den Erbschein vom 18.12.1979 wieder einzuziehen.

Das Nachlaßgericht hat diesen Antrag als nochmalige Beschwerde gegen den am 18.12.1979 erteilten Erbschein gewertet, dem Rechtsmittel nicht abgeholfen und die Sache dem Landgericht zur Entscheidung vorgelegt.

Das LG hat die hiergegen eingelegte Beschwerde durch Beschluß vom 21.3.1983 zurückgewiesen.

Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde, die nunmehr im wesentlichen darauf gestützt wird, daß zwischenzeitlich das Bundesverfassungsgericht Art. 15 Abs. 1 und Abs. 2 1. Halbs. EGBGB durch Beschluß vom

22.2.1983 (DNotZ 1983, 356) wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 2 GG für verfassungswidrig erklärt hat.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist zulässig.

1. Die formelle Rechtskraft der Entscheidung des Senats vom 25.9.1981 steht der Zulässigkeit des Antrages auf Einziehung des Erbscheins und damit auch der weiteren Beschwerde gegen die Ablehnung dieses Antrags nicht entgegen. Die Erteilung eines Erbscheins ist keiner materiellen Rechtskraft fähig (BGHZ 47, 58); er ist daher jederzeit abänderbar, wenn sich seine Unrichtigkeit herausstellt (OLG Karlsruhe Rpfleger 54, 316; Keidel/Kuntze/Winkler, 11. Aufl., § 31 FGG, Rd.-Nr. 23 mit zahlreichen w.N.).

2. Die weitere Beschwerde ist jedoch unbegründet.

Nachdem durch die für die übrigen Gerichte verbindliche Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 22.2.1983 klargestellt worden ist, daß Art. 15 Abs. 2 1. Halbs. EGBGB gegen Art. 3 Abs. 2 GG verstößt, ist es nicht mehr zulässig, das eheliche Güterrecht ausschließlich nach dem Recht des Staates zu bestimmen, dem der Mann zur Zeit der Eheschließung angehörte. Die Gründe der Senatsentscheidung vom 25.9.1981 können deshalb, soweit sie sich auf Art. 15 Abs. 2 1. Halbs. EGBGB stützen, keinen Bestand mehr haben.

Gleichwohl muß der weiteren Beschwerde der Erfolg versagt bleiben, weil sich die Senatsentscheidung vom 25.9.1981 mit der bereits damals gegebenen weiteren Begründung als richtig erweist, daß es im Hinblick auf die gemeinsame schweizerische Staatsangehörigkeit des Erblassers und seiner Ehefrau sachgerecht ist, den Güterstand dem schweizerischen Recht zu entnehmen.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 22.2.1983 die Rechtsprechung unter Hinweis auf ein Urteil des BGH vom 8.12.1982 (DNotZ 1983, 357 = NJW 1983, 1259) darauf aufmerksam gemacht, daß sich auf dem Boden des geltenden Rechts durchaus anderweitige Anknüpfungspunkte gewinnen lassen, die eine Ungleichbehandlung von Mann und Frau vermeiden und gleichzeitig dem Prinzip der Rechtssicherheit Rechnung tragen (BVerfG DNotZ 1983, 356).

In dem genannten Urteil hatte der BGH für die ähnlich gelagerte Problematik des Art. 17 Abs. 1 EGBGB, in dem bestimmt ist, daß für die Scheidung der Ehe die Gesetze des Staates maßgebend sind, dem der Ehemann zur Zeit der Erhebung der Klage angehört, dargelegt, die Ersetzung der grundgesetzwidrigen Anknüpfung an das Mannesrecht in dieser Vorschrift müsse sich in erster Linie an dem verfassungskonformen Restbestand dieser Bestimmung und an den Strukturelementen des geltenden Kollisionsrechts orientieren. Unter beiden Gesichtspunkten sei soweit als möglich dem Staatsangehörigkeitsprinzip Rechnung zu tragen. Deshalb hätten im Falle einer gemeinsamen Staatsangehörigkeit andere Anknüpfungspunkte von vornherein zurückzustehen.

Für Art. 15 Abs. 2 1. Halbs. EGBGB gilt im wesentlichen nichts anderes. Diese Vorschrift stellt ebenfalls – entsprechend dem im deutschen internationalen Privatrecht überwiegend herrschenden Staatsangehörigkeitsprinzip – auf die Staatsangehörigkeit ab. Besitzen die Ehegatten eine gemeinsame Staatsangehörigkeit, so liegt nichts näher, als diese zum Anknüpfungspunkt für die Bestimmung des Güterstatuts zu nehmen. Dabei ist allerdings der für die Rechtssicherheit unerläßliche Grundsatz der Unwandelbarkeit des Güterstatuts zu beachten. Entsprechend dem verfassungskonformen Restbestand des Art. 15 Abs. 2 1. Halbs. EGBGB kann deshalb eine gemeinsame Staatsangehörigkeit der Ehegatten nur dann als Anknüpfungspunkt für die Bestimmung des Güterstatuts maßgebend sein, wenn sie bereits zum Zeitpunkt der Eheschließung bestanden hat. Dabei kann es grundsätz-

lich keinen Unterschied machen, ob beide Ehegatten schon vor der Eheschließung eine gemeinsame Staatsangehörigkeit hatten, oder ob ein Ehegatte – wie hier – die gemeinsame Staatsangehörigkeit erst mit der Eheschließung erhalten hat.

Der Meinung, die Anknüpfung an die gemeinsame Staatsangehörigkeit bedeute nur eine „schlecht verhüllte Geltung von Mannesrecht“, wenn die Frau erst durch die Eheschließung die Staatsbürgerschaft des Mannes hinzugewonnen habe (so Staudinger/von Bar, 12. Aufl., Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 13), vermag der Senat nicht zu folgen. Das Prinzip, daß die Ehefrau automatisch die Staatsbürgerschaft des Ehemannes erhält, ist durchaus nicht die Regel. Diese Regel gilt zwar für die Schweiz (Art. 3 des Bundesgesetzes über Erwerb und Verlust des Schweizerbürgerrechts vom 29.9.1952); jedoch gilt sie nicht oder nicht mehr in der Bundesrepublik Deutschland (§9 RuStAG), in Frankreich (Art. 37 des französischen Staatsangehörigkeitsgesetzes vom 19.10.1945), in Österreich (§9 des Staatsangehörigkeitsgesetzes 1969), in Italien (Art. 4 Ziff. 3 des Gesetzes über die italienische Staatsangehörigkeit vom 13.6.1912), in den Niederlanden (Art. 8 des Gesetzes über die Staatsangehörigkeit vom 12.12.1892) und Luxemburg (Art. 6 des Gesetzes über die luxemburgische Staatsangehörigkeit vom 23.2.1968). In den genannten Ländern erfolgt die Einbürgerung der Ehefrau – bzw. des Ehegatten – nur auf Antrag. Es trifft deshalb nicht zu, daß die Anknüpfung an die erst mit der Heirat erworbene gemeinsame Staatsangehörigkeit letztlich immer zum selben Ergebnis führt wie die für verfassungswidrig erklärte Regelung des Art. 15 Abs. 2 1. Halbs. EGBGB.

Es erscheint deshalb durchaus angemessen, auch die erst infolge der Eheschließung gegebene gemeinsame Staatsangehörigkeit der Ehegatten grundsätzlich zum Anknüpfungspunkt für die Bestimmung des Güterstatuts zu machen, wobei es aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit ohne Bedeutung bleiben muß, ob der eine Ehegatte die Staatsangehörigkeit des anderen Ehegatten anlässlich der Eheschließung automatisch oder nur auf Antrag erhalten hat.

Ob in denkbaren Fällen, wo die automatische Verleihung einer fremden Staatsbürgerschaft als aufgedrängtes „privilegium odiosum“ erscheint, von diesem Grundsatz eine Ausnahme zu machen ist, mag dahinstehen. Der Erwerb des Schweizerbürgerrechts durch die Eheschließung mit einem Schweizerbürger wird gemeinhin nicht als ein derartiges „privilegium odiosum“ aufgefaßt. Auch die Beschwerdeführerin macht dies nicht geltend. Daß sich ihre Mutter durchaus auch als Schweizerin gefühlt hat, läßt sich daraus entnehmen, daß sie sich – wie der weitere Beteiligte Ziff. 1 unwidersprochen vorgetragen hat – vor dem Notariat durch Vorlage ihres Schweizer Passes legitimiert hat.

Auch der Einwand, daß die erst durch die Heirat erworbene Staatsangehörigkeit deshalb nicht maßgebend sein könne, weil sie zum Zeitpunkt ihrer Erlangung naturgemäß nicht effektiv gewesen sei (so Staudinger/von Bar, 12. Aufl., Art. 15 EGBGB, Rd.-Nr. 13), erscheint nicht stichhaltig. Zwar ist richtig, daß bei Mehrstaatern, wenn es für das anzuwendende Recht auf die Staatsbürgerschaft ankommt, in der Regel darauf abgehoben wird, welche Staatsbürgerschaft in objektiver Hinsicht die effektivere ist (vgl. etwa Firsching, IPRax 1981, 14 m. zahlreichen N.). Kommt es – wie nach der bisherigen Rechtslage für die Anwendung der Art. 15, 17 EGBGB – für die Bestimmung des anzuwendenden Rechts auf die Staatsbürgerschaft einer Einzelperson an, so erscheint es im Falle des Doppel- oder Mehrstaaters geboten, sich nach der effektiveren bzw. der effektivsten Staatsangehörigkeit zu richten. Das Merkmal der Effektivität verliert jedoch an Gewicht, wenn es um das für die Rechtsbeziehungen von Eheleuten untereinander maßgebende Recht geht. Haben die Eheleute neben einer anderen Staatsangehörigkeit jedenfalls eine gemeinsame Staatsangehörigkeit, so erscheint es grundsätzlich angemessen, das anzuwendende Recht der Rechtsordnung des Staates zu entnehmen, dessen Staatsangehörig-

keit beide Ehegatten besitzen, ohne daß es darauf ankommen könnte, ob auf den einzelnen Ehegatten bezogen eine andere Staatsbürgerschaft die effektivere ist. Entscheidend ist die Tatsache einer *gemeinsamen* Staatsangehörigkeit, die, weil sie den Eheleuten gemeinsam ist, unter Berücksichtigung des Wesens der ehelichen Lebensgemeinschaft für die Frage des anzuwendenden Rechts ein größeres Gewicht haben muß als die Frage der effektiveren Staatsangehörigkeit für den einzelnen Ehegatten (so auch BayObLG IPRspr. 1975 Nr. 52).

Ohne Bedeutung ist für die Entscheidung des vorliegenden Falles, daß die Mutter der Beschwerdeführerin auch die *deutsche* Staatsangehörigkeit besessen hat. In der Vergangenheit ist zwar entgegen dem grundsätzlichen Gebot der Respektierung der Rechtsordnung anderer Staaten vielfach die Meinung vertreten worden, daß für einen Mehrstaater, der auch die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt, bei der Frage des anzuwendenden Rechts stets an diese anzuknüpfen ist. Daran wird jedoch in der neuen Rechtsprechung des BGH, der der Senat folgt, nicht mehr festgehalten (BGHZ 75, 32; BGH IPRax 1981, 25).

Nach allem lebte die Mutter der Beschwerdeführerin mit dem Erblasser im Güterstand der Güterverbindung nach Art. 178 ZGB. Gemäß Art. 462 ZGB ist sie daher nur zu ¼ Erbe geworden. Der Erbschein ist somit richtig. Ihr Antrag auf Einziehung des Erbscheins muß deshalb erfolglos bleiben.

Die weitere Beschwerde war deshalb mit der Kostenfolge aus §§ 131 Abs. 1 Ziff. 1 KostO, 13 a Abs. 1 S. 2 FGG zurückzuweisen.

3. Familienrecht – Internationales Ehegüterrecht (Italien) (OLG Düsseldorf, Beschluß vom 23. 12. 1983 – 3 W 170/83)

EGBGB Art. 15; Haager Ehwirkungsabkommen Art. 2

1. Zum Güterrechtsstatut nach dem Beschluß des BVerfG vom 22. 2. 1983 (DNotZ 1983, 356).
2. Das Güterrechtsstatut bestimmt sich nach der gemeinsamen Staatsangehörigkeit, wenn diese bei dem Ehegatten mit doppelter Staatsangehörigkeit die effektive ist.
3. Zur Bestimmung der effektiven (hier italienischen) Staatsangehörigkeit, wenn diese durch Eheschließung (hier mit einem Italiener) erworben wurde.

(Leitsätze nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 1 und 2 hat aufgrund des von ihm am 9. 12. 1982 beurkundeten Kaufvertrages beantragt, Vormerkungen zur Sicherung des Anspruchs der Beteiligten zu 1 und 2 auf Eigentumserwerb in Errungenschaftsgemeinschaft des italienischen Rechts in das Grundbuch einzutragen. Bei der Eheschließung am 12. 2. 1971 war der Beteiligte zu 1 Italiener und die Beteiligte zu 2 Deutsche.

Das AG – Grundbuchrichter – hat den Antrag am 10. 1. 1983 beanstandet und seine Zurückweisung angekündigt, falls er nicht binnen Monatsfrist auf deutsches Recht umgestellt werden würde.

Dagegen hat der Notar am 21. 1. 1983 Beschwerde eingelegt und dazu vorgetragen, daß deutsches Recht unanwendbar sei, wenn – wie hier – aufgrund von Art. 2 des Haager Ehwirkungsabkommens vom 17. 7. 1905 – erneut bekannt gemacht aufgrund der Wiederanwendungsvereinbarung zwischen der Republik Italien und der Bundesrepublik Deutschland vom 14. 2. 1955 (BGBl. 1955 II, S. 188) – für die güterrechtlichen Wirkungen der Ehegatten das Gesetz des Heimatstaates des Mannes zur Zeit der Eheschließung maßgebend sei. Danach finde wegen der italienischen Staatsangehörigkeit des Beteiligten zu 1 das italienische Ehegüterrecht Anwendung.

Das LG hat mit Beschluß vom 7. 4. 1983 die Beschwerde zurückgewiesen: Art. 2 des Haager Ehwirkungsabkommens verstoße gegen Art. 3 Abs. 2 GG und sei deshalb gemäß Art. 117 Abs. 1 GG außer Kraft getreten. Völkerrechtliche Bedenken bestünden dagegen nicht, weil innerstaatl-

ches Recht vorgehe, sofern es sich nicht um Völkergewohnheitsrecht handle, was auf das Haager Abkommen aber nicht zutreffe. Eine völkerrechtskonforme Auslegung von Art. 2 des Haager Ehwirkungsabkommens sei ausgeschlossen.

Das LG, so wird weiter ausgeführt, habe auch die Entscheidungskompetenz, weil das Haager Ehwirkungsabkommen aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des Grundgesetzes stamme und deshalb von jedem Gericht auf seine Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland zu prüfen sei. Die Bekanntmachung über die Wiederanwendung dieses Abkommens bedeute nicht, daß der Gesetzgeber dieses Abkommen in seinem Willen aufgenommen habe und es deshalb als nachkonstitutionelles Recht mit der Folge der verfassungsmäßigen Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichtes angesehen werden müsse.

Sehiernach aber von der Nichtigkeit von Art. 2 des Haager Ehwirkungsabkommens auszugehen, so könne die Entscheidung des Falles auch nicht aus der Konfliktregel des Art. 15 EGBGB entnommen werden. Denn auch diese verstoße gegen Art. 3 Abs. 2 GG. Verbiete es mithin der Gleichheitsgrundsatz, das Ehegüterrecht von der Staatsangehörigkeit des Mannes abzuleiten, so müsse ersatzweise an das durch den ehelichen Wohnsitz der Ehegatten bestimmte Recht angeknüpft werden.

Demgemäß, dieser Auffassung ist das LG, findet deutsches Ehegüterrecht auf die Beziehungen der Beteiligten Anwendung.

Gegen diesen Beschluß richtet sich die weitere Beschwerde des Verfahrensbevollmächtigten vom 24. 5. 1983.

Aus den Gründen:

Die in der gehörigen Form eingelegte weitere Beschwerde gegen die auf zulässige Erstbeschwerde hin ergangene Entscheidung des LG (§§ 71, 80 GBO) hat in der Sache Erfolg.

Die angefochtene Entscheidung beruht auf einem Rechtsfehler (§ 78 GBO i. V. m. § 550 ZPO).

Das LG hat übersehen, daß die Beteiligte zu 2 durch ihre Eheschließung auch die italienische Staatsangehörigkeit erwarb, wie durch Vorlage ihres Passes unschwer hätte aufgeklärt werden können. Sie konnte mithin in ihren Grundrechten durch die im übrigen von ihr ausdrücklich erwünschte Anwendung italienischen Ehegüterrechtes nicht betroffen werden, soweit für die Prüfung entscheidend auf ihre italienische Staatsangehörigkeit abgestellt wird.

Bei Doppelstaaten ist nach der ständigen Rechtsprechung des Senats, die inzwischen auch vom Bundesgerichtshof geteilt wird (BGHZ 75, 32, 39 f.), an die effektive Staatsangehörigkeit anzuknüpfen. Diese ist für die ehgüterrechtlichen Beziehungen der Beteiligten zu 2 schon deshalb ihre italienische Staatsangehörigkeit, weil die Beteiligten unter der vermuteten Anwendbarkeit italienischen Ehegüterrechtes aufgrund von Art. 2 des Haager Ehwirkungsabkommens die Ehe geschlossen haben. Gegenüber diesem Umstand ist es nicht von entscheidender Bedeutung, daß aufgrund der zu Art. 15 EGBGB ergangenen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 22. 2. 1983 (BGBl. 1983 I, 525 = DNotZ 1983, 356) durchgreifende Zweifel an der Fortgeltung von Art. 2 des Haager Ehwirkungsabkommens im Inland bestehen können. Denn die Anwendung italienischen Rechts ergibt sich hier direkt aus der für die ehgüterrechtlichen Beziehungen effizienten italienischen Staatsangehörigkeit der Beteiligten zu 2.

Daß es hierauf entscheidend ankommt, ergibt sich aus der allseitigen Erweiterung von Art. 14 EGBGB, der geeignet ist, die durch den Wegfall von Art. 15 EGBGB entstandene Lücke zu schließen. Hiernach ist die gemeinsame Staatsangehörigkeit der Ehegatten nicht nur geeignet, die persönlichen Ehwirkungen sondern auch die ehgüterrechtlichen Beziehungen der Ehegatten zu bestimmen.

Mit diesem Ergebnis befindet sich der Senat in Übereinstimmung mit dem OLG Karlsruhe, das durch Beschluß vom 29. 8. 1983 – 4 W 43/83 = MittRhNotK in diesem Heft – entschieden hat, daß dann, wenn Ehegatten durch die Eheschließung eine gemeinsame (fremde) Staatsangehörigkeit erlangt haben, diese der richtige Anknüpfungspunkt für die Bestimmung des Güterrechtsstatuts ist.

Damit setzt sich – soweit ersichtlich – der Senat auch nicht in Widerspruch zu erkennbaren Tendenzen in der Entscheidungslinie des BGH. Durch Urteil vom 8. 12. 1982 (BGHZ 86, 57, 64 f. = DNotZ 1983, 357) hat der BGH das gleichgelagerte Problem der Gleichberechtigung von Mann und Frau zu Art. 17 Abs. 1 EGBGB dahin gelöst, daß Scheidung und Scheidungsfolgen einer Ausländerehe sich nach dem Recht des Staates richten, dem die Ehegatten gemeinsam angehören oder dem sie während der Ehe zuletzt gemeinsam angehört haben und einer von ihnen weiterhin angehört. Auf diesen Gedankengang der Anknüpfung der Rechtsfolge an das gemeinsame Personalstatut der Ehegatten beruht auch die Entscheidung des Senats in dem hier vorliegenden Fall.

Demgemäß war, wie geschehen, unter Aufhebung der tatrichterlichen Beschlüsse das Grundbuchamt anzuweisen, von den geäußerten Bedenken gegen die Eintragung Abstand zu nehmen.

4. Familienrecht/Liegenschaftsrecht – Auflassungsvormerkung für verheirateten Ausländer

(AG Schwabach, Beschluß vom 4. 2. 1983 – Rothaurach 934/3 – mitgeteilt von Notar Dr. Wolfram Eckhardt, Fürth)

BGB § 15

EGBGB Art. 15

Hat der Erwerber eines Grundstücks einen ungewöhnlich fremdländisch klingenden Namen und enthält die Kaufvertragsurkunde keine Angabe über die Staatsangehörigkeit des Erwerbers, so ist das Grundbuchamt jedenfalls im Verfahren auf Eintragung der Auflassungsvormerkung nicht zu Ermittlungen über die Staatsangehörigkeit des Erwerbers zum Zwecke der Prüfung seines Güterstandes berechtigt, weil bei einer Eintragung auf Auflassungsvormerkung das Grundbuchamt nicht dauernd unrichtig werden kann.

(Leitsatz des Einsenders)

Zum Sachverhalt:

Der Beteiligte zu 2) hat eine Eigentumswohnung gekauft. Er beantragt, die im Kaufvertrag bewilligte Vormerkung im Grundbuch einzutragen. Die Vertragsurkunde enthält die Angabe, daß der Beteiligte zu 2) nach Angabe ohne Ehevertrag verheiratet ist.

Der Rechtspfleger hat mit Zwischenverfügung vom 31. 1. 1983 verlangt, daß Angaben über die Staatsangehörigkeit des Erwerbers, Herrn H. K. (fremdländisch klingender Name), sowie über die Eheschließung in geeigneter Form darzulegen sind.

Der Rechtspfleger hat der vom Urkundsnotar eingelegten Erinnerung nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

Die nach § 71 Abs. 1 GBO, § 11 RPflG zulässige Erinnerung ist begründet.

Der Rechtspfleger hat sich bei seiner Zwischenverfügung ersichtlich von Zweifeln darüber leiten lassen, ob die vorgelegten Entscheidungsgrundlagen die beantragte Eintragung der Vormerkung rechtfertigen, und sich dieserhalb zu weiterer Aufklärung gedrängt gesehen.

Solche Zweifel sind in der Tat nicht von der Hand zu weisen:

Der Käufer, zu dessen Gunsten die Vormerkung eingetragen werden soll, hat einen ungewöhnlich fremdländisch klingenden Namen, wie er auch in den Teilen der deutschen Bevölkerung, die als Einwanderungsgruppen oder zugewanderte Volksdeutsche aus ausländischen Gebieten deutsche Staatsangehörigkeit erlangt oder behalten haben, nicht vorkommt; er soll nach Mitteilung der Meldebehörde „indischer“ Staatsangehöriger sein. Herr K. ist nach eigener Angabe – nach Mitteilung des Urkundsnotars angeblich mit einer Deutschen – verheiratet. Damit steht in Frage, ob nicht einem Alleinerwerb von Grundstückseigentum durch Herrn K. in der Bundesrepublik Deutschland Rechtsbedenken entgegen-

stehen. Das wäre zum Beispiel der Fall, wenn auf solchen Erwerb nach der Rechtsprechung, die sich aus der unvollkommenen Kollisionsnorm des Art. 15, Abs. 1 EGBGB entwickelt hat, ausländisches Ehegüterrecht anzuwenden wäre, und wenn das hiernach anzuwendende ausländische Ehegüterrecht einen Alleinerwerb des Ehemannes nicht zuließe. Stellte sich solches heraus, dann könnte Herr K. auch aufgrund einer an ihn allein erklärten Auffassung nicht als alleiniger Grundstückseigentümer im Grundbuch eingetragen werden, ohne daß dieses dadurch dauernd unrichtig würde. Dem hätte das Grundbuchamt durch Ablehnung einer solchen Eintragung jedenfalls dann vorzubeugen, wenn ihm die Abweichung der materiellen Rechtslage von der beantragten Eintragung bekannt würde; denn das Grundbuchamt darf eine Eintragung nicht vornehmen, wenn ihm bekannt ist, daß durch die Eintragung das Grundbuch unrichtig würde (BGHZ 35, 135, 139). Wäre dem Grundbuchamt die Abweichung der materiellen Rechtslage von der beantragten Eintragung zwar nicht bekannt, tauchten bei ihm aber aufgrund bestimmter Anhaltspunkte begründete Zweifel an dem Vorliegen der Eintragungsvoraussetzungen (hier: der Zulässigkeit des Alleinerwerbs) auf, die sich nicht nur aus den vorliegenden Eintragungsunterlagen zu ergeben bräuchten, sondern auch sonst bekannt geworden sein oder auf der Lebenserfahrung beruhen könnten, dann wäre das Grundbuchamt nach § 18 GBO zur Beanstandung berechtigt und verpflichtet; denn es ist Aufgabe des Grundbuchamtes, das Grundbuch nach Möglichkeit mit der wirklichen Rechtslage in Einklang zu halten und eine Unrichtigkeit des Grundbuches zu verhindern (BGHZ a.a.O.). Auf Beseitigung solcher Zweifel dürfte und müßte das Grundbuchamt durch Zwischenverfügung hinwirken (KEHE, 2. Aufl., Einl. C 56, C 57).

Würde es sich im vorliegenden Fall um die Eintragung des Eigentumserwerbs handeln, dann würde nach den schon erwähnten vorliegenden Anhaltspunkten für die in Betracht kommende Anwendung ausländischen Ehegüterrechts und ein in diesem möglicherweise verankertes Verbot des Alleinerwerbs auch der hier erkennende Grundbuchrichter auf diesbezüglicher vollständiger Aufklärung der Staatsangehörigkeit des Erwerbers, der Frage des anzuwendenden Ehegüterrechts und dessen Inhalt bestehen. Er wäre dazu dadurch gedrängt, daß Anhaltspunkte für eine ausländische Staatsangehörigkeit des verheirateten Erwerbers vorliegen, und daß es, wie offenkundig, ausländische Ehegüterrechte gibt, die Alleinerwerb durch einen Ehegatten nicht zulassen.

Bei der in diesem Fall vorzunehmenden Abwägung in dem bekannten und hier nicht näher zu erörternden Streit zwischen dem Konsensprinzip (verfahrensrechtliche Lösung) und Legalitätsprinzip (materiellrechtliche Lösung) hätte in diesem Fall das Konsensprinzip im Interesse der Richtigkeit des Grundbuches zurückzutreten.

Vor einer abschließenden Aufklärung der vorstehend erörterten Fragen kann im vorliegenden Fall nur abgesehen werden, weil es sich lediglich um die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung eines schuldrechtlichen Auflassungsanspruchs handelt. Die Eintragung einer Vormerkung ist nicht auf Dauer angelegt und läßt dauernde Unrichtigkeit des Grundbuches auch dann nicht ohne weiteres befürchten, wenn der Erwerber nach dem anzuwendenden Ehegüterrecht auch zum Alleinerwerb einer Vormerkung nicht berechtigt sein sollte. Immerhin könnte sich auch ergeben, daß nach etwa anzuwendendem ausländischen Ehegüterrecht ein Alleinerwerb des Herrn K. unbeschränkt zulässig, oder, wenn nicht unbeschränkt zulässig, doch nicht absolut unwirksam, sondern mit behebbaren Hindernissen versehen wäre, und daß solche Hindernisse vor der Eintragung des Eigentumserwerbs im Grundbuch beseitigt wären. Der vorliegende Eintragungsantrag muß und kann daher nicht schon deshalb zurückgewiesen werden, weil der nachmaligen Eintragung des Eigentumserwerbs ein feststehendes unbehebbares Hindernis entgegenstünde. Für die Eintragung einer solchen vorläufi-

gen Sicherung wie einer Vormerkung kann nach Ansicht des Gerichts deshalb das Legalitätsprinzip hinter dem Konsensprinzip zurücktreten, wiewohl auch diese Ansicht nicht unbestritten ist. (Vgl. MünchKomm/Wacke, § 885 BGB, Rd.-Nr. 26, gegen Eickmann, Grundbuch-Verfahrensrecht, 6. Kapitel, § 2 IV). Für ein Zurücktreten des Legalitätsprinzips im vorliegenden Fall sprechen auch wirtschaftliche Erwägungen: Die Eintragung der Vormerkung ist nach der vorliegenden Kaufvertragsurkunde Voraussetzung für die Kaufpreiszahlung und damit Finanzierungsgrundlage. Die Klärung der Frage, ob und mit welcher Rechtswirkung auf den beabsichtigten dinglichen Alleinerwerb des Herrn K. ausländisches Recht anzuwenden sei, falls er nicht deutscher Staatsangehöriger ist, bedürfte kostspieliger und zeitraubender Einholung eines internationalen privatrechtlichen Gutachtens, bis zu dessen Vorliegen die weitere vorläufige Abwicklung des Kaufvertrages gehemmt wäre.

Die Klärung der angesprochenen Rechtsfrage wird sich nach Ansicht des Gerichts allerdings nicht vermeiden lassen, wenn aufgrund des vorliegenden Kaufvertrags die Auflassung erklärt und demgemäß die Eintragung des Eigentumsübergangs beantragt wird. Sollte sich dann ergeben, daß Herr K. nicht zum Alleinerwerb berechtigt ist, müßte seine Eintragung als Alleineigentümer abgelehnt werden. Auf dieses Risiko der weiteren Abwicklung des Kaufvertrags und damit wohl auch einer Kaufpreiszahlung werden die Beteiligten ausdrücklich hingewiesen.

Die Zwischenverfügung des Rechtspflegers wird nach allem aufgehoben.

Anm. d. Schriftl.

Zu dem oben abgedruckten Beschluß vgl. die zustimmende Anmerkung von Ertl, RPfleger 1983, 430.

5. Steuerrecht/Einkommensteuer – zur gewerblichen Tätigkeit bei der Veräußerung modernisierter Eigentumswohnungen

(BFH, Urteil vom 10. 8. 1983 – I R 120/80)

EStG § 15 Abs. 1 Nr. 1

GewStG § 2 Abs. 1 Satz 2

Die Umwandlung einer Großzahl bisher als Mietwohnungen genutzter Wohnungen in Wohnungseigentum und die sich daran anschließenden Verkäufe der Eigentumswohnungen überschreiten dann nicht den Rahmen privater Vermögensverwaltung, wenn der Verkäufer die Wohnungen lediglich in einen zum vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustand versetzt; dazu kann unter Berücksichtigung des bei Mietwohnungen ortsüblichen auch die Ausführung von Schönheitsreparaturen gehören. Etwas anderes gilt dann, wenn der Verkäufer in nicht unerheblichem Maße Modernisierungsmaßnahmen vornimmt.

Zum Sachverhalt:

Der Kläger ist Architekt. Im Rahmen einer Vermögensauseinandersetzung mit seiner am 7. 3. 1973 von ihm geschiedenen Ehefrau erwarb der Kläger am 20. 8. 1973 ein Mietwohngrundstück. Am 20. 11. 1973 erteilte die zuständige Behörde die von dem Kläger für die insgesamt 25 Wohnungen des Hauses am 7. 9. 1973 beantragten Abgeschlossenheitsbescheinigungen. Die Eigentumswohnungen wurden am 28. 10. 1974 im Grundbuch eingetragen. Im gleichen Jahr veräußerte der Kläger zwei Wohnungen (erster Kaufvertrag 21. 8. 1974) und im folgenden Jahr weitere sieben Wohnungen. Bis Ende des Jahres 1978 hatte der Kläger insgesamt 18 Wohnungen veräußert.

Im Anschluß an eine Ende des Jahres 1977 bei dem Kläger durchgeführte Betriebsprüfung vertrat die Auffassung, der Kläger sei hinsichtlich der Eigentumswohnungen seit dem 1. 1. 1974 gewerblich tätig. Das FA zog den Kläger für die Streitjahre zur Gewerbesteuer heran und berichtigte die für die Streitjahre bereits ergangenen Einkommensteuerbescheide.

Demgegenüber machte der Kläger geltend, er habe die Eigentumswohnungen im Rahmen privater Vermögensverwaltung veräußert. Ursprüng-

lich habe er insgesamt nur vier Wohnungen verkaufen wollen, um mit Hilfe des Erlöses seine finanziellen Verpflichtungen aus dem Auseinanderetzungsvertrag mit seiner geschiedenen Frau vom 20.2.1973 erfüllen und die Modernisierung des Hauses fortsetzen zu können. Erst nachdem sich herausgestellt habe, daß die erzielten Erlöse nicht ausgereicht hätten, um die teilweise sogar von der Baubehörde angeordneten Modernisierungsarbeiten durchzuführen, habe er weitere Wohnungen veräußern müssen. Im Ergebnis habe er keine Gewinne erzielt, sondern lediglich Schulden tilgen wollen.

Der Einspruch hatte keinen Erfolg. Das FG (EFG 1980, 409) sah in der Tätigkeit des Klägers eine private Vermögensverwaltung, hob die Gewerbesteuerbescheide 1974 und 1975 und die dazu ergangenen Einspruchsentscheidungen ersatzlos auf, die Einkommensteuerbescheide 1974 und 1975 sowie die dazu ergangenen Einspruchsentscheidungen aber nur insoweit, als das FA die Veräußerung der Eigentumswohnungen als gewerbliche Tätigkeit behandelt hatte. Das FG führte zur Begründung seiner Ansicht u. a. aus: Private Verkäufe, auch wenn sie in größerer Zahl getätigt würden, seien für sich allein noch keine gewerbliche Betätigung, wenn die Tätigkeit des Veräußerers auf die für den bloßen Verkauf erforderlichen Handlungen beschränkt sei. So lägen die Dinge im Streitfall. Denn ähnlich wie der Parzellierung eines unbebauten Grundstücks zum Zwecke des Verkaufs einzelner oder sämtlicher Parzellen stelle die bloße Überführung eines Mehrfamilienhauses in Wohnungseigentum ebenfalls eine nur technisch bedingte Vorbereitungshandlung für den Verkauf einzelner Wohnungen oder des gesamten Hauses in Teilen dar. Umbauten habe der Kläger unstreitig nicht vorgenommen. Diese Rechtsauffassung führe hinsichtlich der angefochtenen Einkommensteuerbescheide zur Teilaufhebung nach Art. 3 § 4 des Gesetzes zur Entlassung der Gerichte in der Verwaltungs- und Finanzgerichtsbarkeit vom 31.3.1978 – VGFGEntlG – (BGBl. I, 446). Denn für die Einkommensteuer führe die Entscheidung nicht allein zum Wegfall der in den angefochtenen Bescheiden angesetzten Einkünfte aus Gewerbebetrieb, sondern mache die Prüfung der Einkünfte des Klägers aus Vermietung und Verpachtung erforderlich. In dem Verkauf der Eigentumswohnungen lägen auch keine Spekulationsgeschäfte i. S. des § 22 Nr. 2 i. V. m. § 23 EStG.

Mit seiner Revision rügt das FA, das FG habe § 15 Abs. 1 Nr. 1 EStG i. V. m. § 1 Abs. 1 GewStDV unrichtig angewandt. Der Verkauf der Wohnungen habe sich nicht mehr im Rahmen privater Vermögensverwaltung gehalten. Durch die Veräußerung von 18 der 25 Wohnungen bis Ende 1978 sei die Verwertung der Vermögenssubstanz entscheidend in den Vordergrund getreten. Der Kläger habe in engem zeitlichen Zusammenhang mit dem Erwerb eines bebauten Grundstücks die Wohnungen als Eigentumswohnungen veräußert und maßgeblich bei der Vorbereitung der künftigen Veräußerung mitgewirkt. Er habe vor allem vor und nach Erwerb des Mietwohngrundstücks Ausbau- und Modernisierungsarbeiten vorgenommen. Erst dadurch habe er die Voraussetzungen zum Verkauf der Wohnungen geschaffen, da Eigentumswohnungen üblicherweise nur verkauft werden können, wenn sie eine bestimmte bauliche Ausstattung aufwiesen.

Hilfsweise wird die fehlerhafte Anwendung der §§ 22 Nr. 2 i. V. m. § 23 EStG gerügt. Es habe sich nicht um einen unentgeltlichen Erwerbsvorgang gehandelt (vgl. BFH vom 15.2.1977, BFHE 121, 340 = BStBl II 1977, 389).

Das FA beantragt, das Urteil des FG aufzuheben und die Klage abzuweisen, hilfsweise, die Sache zur weiteren Sachaufklärung und Entscheidung an das FG zurückzuverweisen.

Der Kläger beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

Die Revision des FA ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das FG (§ 126 Abs. 3 Nr. 2 FGO). Ob sich der Kläger gewerblich betätigt hat (§ 15 Abs. 1 Nr. 1 EStG, § 2 GewStG), kann der erkennende Senat nicht abschließend beurteilen.

1. Ob ein gewerbliches Unternehmen i. S. von § 15 Abs. 1 Nr. 1 EStG und ein stehender Gewerbebetrieb i. S. von § 2 Abs. 1 Satz 2 GewStG vorliegt, ist nach übereinstimmenden Grundsätzen (§ 2 Abs. 1 Satz 1 GewStG) zu entscheiden. Ein Gewerbebetrieb ist anzunehmen, wenn die Voraussetzungen des § 1 GewStG erfüllt sind und sich die Tätigkeit nach den Umständen des Einzelfalles nicht als private Vermögensverwaltung darstellt. Nach § 1 Abs. 1 GewStDV ist Voraussetzung für einen Gewerbebetrieb eine selbständige nachhaltige Tätigkeit, die mit Gewinnerzielungsabsicht unternommen wird, sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt und weder als Ausübung von Land- und Forstwirtschaft noch als Ausübung eines freien Berufs

oder sonstigen selbständigen Arbeit im Sinne des EStG anzusehen ist.

a) Das FG hat auf der Grundlage des von ihm festgestellten Sachverhalts die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 GewStDV zu Unrecht verneint.

Die in der genannten Bestimmung beschriebenen Merkmale einer selbständigen nachhaltigen und mit Gewinnerzielungsabsicht unter Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr vorgenommenen Betätigung sind erfüllt. Zu diesen Merkmalen hat der erkennende Senat insbesondere im Urteil vom 17.1.1973 (BFHE 108, 190 = BStBl II 1973, 260) Stellung genommen. Der Kläger hat selbständig, d. h. auf eigene Rechnung und Verantwortung, gehandelt. Sein Verhalten war auch nachhaltig, da es auf Wiederholung angelegt gewesen ist. Nachhaltigkeit ist selbst dann gegeben, wenn die Tätigkeit auf einem einmaligen Beschluß beruht, die Durchführung aber mehrere Handlungen erfordert. Für die Gewinnabsicht reicht es aus, daß der Kläger durch die Verkäufe der Eigentumswohnungen einen wirtschaftlichen Vorteil erstrebt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob dieser wirtschaftliche Vorteil wieder dadurch entfällt, daß der Kläger die Einnahmen aus den Verkäufen zur Abdeckung privater Schulden verwendet. Schließlich stellt sich die Tätigkeit des Klägers auch als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr dar. Dies erfordert, daß sich der Veräußerer mit seiner Veräußerungsabsicht an den allgemeinen Markt wendet. Diese Voraussetzungen sind schon dann erfüllt, wenn der Verkäufer seine Verkaufsobjekte mehreren Interessenten anbietet, wobei es genügt, wenn der Verkäufer seine Verkaufsabsicht in der Weise bekanntgibt, daß er damit rechnet, seine Verkaufsabsicht werde sich bei einem un abgeschlossenen Kreis von Personen herumsprechen. Wenigstens diese Voraussetzungen müssen beim Verkauf von 18 Wohnungen als erfüllt angesehen werden, so daß es nicht darauf ankommt, ob der Kläger seine Verkaufsabsicht durch einen Makler oder durch Inserate bekanntgegeben haben sollte. Insbesondere ein Architekt verfügt nach der Lebenserfahrung über hinreichend gute Verbindungen, die es ihm ermöglichen, seine Verkaufsabsicht auch ohne Einschaltung eines Maklers oder durch eine öffentliche Bekanntgabe in Umlauf zu setzen.

b) Die bisherigen tatsächlichen Feststellungen des FG lassen es nicht zu, abschließend zu beurteilen, ob der Kläger den Rahmen privater Vermögensverwaltungen überschritten hat.

Der erkennende Senat hat im Anschluß an das BFH-Urteil vom 2.11.1971 (BFHE 104, 321 = BStBl II 1972, 360) ausgeführt, daß im Falle der Erstellung und Veräußerung von Wohngebäuden und Eigentumswohnungen von einer privaten Vermögensverwaltung gesprochen werden könne, wenn sich die Bau- und Veräußerungsmaßnahmen noch als Nutzung von Grundbesitz im Sinne einer Fruchtziehung aus zu erhaltenden Substanzwerten darstellen, nicht mehr dagegen, wenn die Ausnutzung substantieller Vermögenswerte durch Umschichtung entscheidend in den Vordergrund trete (BFHE 108, 190 = BStBl II 1973, 260). Werden in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Bebauung Mietwohnungen in Eigentumswohnungen umgewandelt, so hat der BFH stets die Eigentumswohnungen als selbständige Verkaufsobjekte gewertet (vgl. z. B. Urteile vom 15.12.1971, BFHE 104, 77, BStBl II 1972, 279; vom 8.8.1979, BFHE 129, 177 = MitRrhNotK 1980, 118 = BStBl II 1980, 106). Mit der Beschränkung der genannten Abgrenzungskriterien auf den Fall der Errichtung von Gebäuden und deren späteren Veräußerungen (seien es Gebäudeveräußerungen oder Veräußerungen von Eigentumswohnungen) in engem zeitlichen Zusammenhang hat der BFH zu erkennen gegeben, daß für andere Fälle (z. B. Verkauf ohne vorherige Bebauung) andere Grundsätze zu gelten haben. Andernfalls wäre es nicht verständlich, daß nach der Rechtsprechung des BFH der Rahmen privater Vermögensverwaltung nicht überschritten wird, wenn sich der Eigentümer unbebauter Grundstücke auf Parzellierung und

Verkauf der parzellierten Grundstücke beschränkt. In diesem Fall kommt es auch auf die Zahl der Verkäufe grundsätzlich nicht an. Private Vermögensverwaltung ist dann nicht mehr gegeben, wenn sich der Veräußerer an der Erschließung der Grundstücke aktiv beteiligt (vgl. BFH-Urteil vom 7.2.1973, BFHE 109, 308 = BStBl II 1973, 642, m.w.H. auf die Rechtsprechung des BFH). Dieser Rechtsprechung liegt der Gedanke zugrunde, daß der Verkauf selbst und diesem vorausgehende Vorbereitungshandlungen noch nicht aus dem Rahmen privater Vermögensverwaltung herausfallen.

Überträgt man diese Grundsätze sinngemäß auf den Fall, daß über einen längeren Zeitraum vermietete Wohnungen in Eigentumswohnungen umgewandelt und in engem zeitlichen Zusammenhang damit veräußert werden, so ergibt sich das Folgende:

a) Die private Vermögensverwaltung ist nicht schon dadurch überschritten, daß der Eigentümer eines Grundstücks bisherige Mietwohnungen in Eigentumswohnungen umwandelt und diese Eigentumswohnungen in engem zeitlichen Zusammenhang veräußert. Die damit verbundene Tätigkeit des Grundeigentümers ist dem Vorgang der Parzellierung unbebauter Grundstücke vergleichbar. Parzellierung (Teilung) ist die dem Grundbuchamt gegenüber abgegebene oder sonstwie erkennbar gemachte Erklärung, daß ein Grundstücksteil grundbuchmäßig abgeschrieben und als selbständiges Grundstück oder als Grundstück zusammen mit anderen Grundstücken oder mit Teilen anderer Grundstücke eingetragen werden soll (§ 19 Abs. 2 BBauG). Die Teilung bedarf in bestimmten Fällen zu ihrer Wirksamkeit der Genehmigung durch die Gemeinde, wenn sie für die Erteilung der Baugenehmigung zuständig ist, im übrigen durch die Baugenehmigungsbehörde im Einvernehmen mit der Gemeinde (Genehmigungsbehörde). Dies folgt aus § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 BBauG.

Ähnlich wird Wohnungseigentum nach § 2 durch vertragliche Einräumung von Sondereigentum (§ 3) oder durch Teilung (§ 8) begründet. Nach § 8 Abs. 1 WEG kann der Eigentümer eines Grundstücks durch Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt das Eigentum an dem Grundstück in Miteigentumsanteile in der Weise teilen, daß mit jedem Anteil das Sondereigentum an einer bestimmten Wohnung oder an nicht zu Wohnzwecken dienenden bestimmten Räumen in einem auf dem Grundstück errichteten oder zu errichtenden Gebäude verbunden ist (Teilungserklärung). In diesem Falle gilt § 3 Abs. 2 WEG entsprechend (§ 8 Abs. 1 WEG). Danach soll Sondereigentum nur eingeräumt werden, wenn die Wohnung oder sonstigen Räume in sich abgeschlossen sind. Der zur Eintragung des Wohnungseigentums erforderlichen Eintragungsbewilligung ist als Anlage u. a. eine Bescheinigung der Baubehörde beizufügen, daß die Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 WEG vorliegen (§ 7 Abs. 4 Nr. 2 WEG in Verbindung mit der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift für die Ausstellung von Bescheinigungen gemäß § 7 Abs. 4 Nr. 2 und § 32 Abs. 2 Nr. 2 WEG vom 19.3.1974, Bundesanzeiger 1974, 58 vom 23.3.1974). Die Tätigkeiten, die der Grundeigentümer bei der Parzellierung einerseits und der Schaffung von Wohnungseigentum andererseits entfalten muß, gleichen sich in ihren wesentlichen Bezügen.

b) Bei der Parzellierung unbebauter Grundstücke ist die Herstellung von Verkaufsfähigkeit der aufgeteilten Grundstücke mit den Tätigkeiten abgeschlossen, die dem Grundeigentümer nach § 19 BBauG vorgeschrieben sind. Bei der Umwandlung bisher als Mietwohnungen genutzter Verkaufsobjekte in Eigentumswohnungen bedarf es außer der Teilungserklärung und der Beschaffung der Abgeschlossenheitsbescheinigung in der Regel noch weiterer Maßnahmen, um den Verkauf zu ermöglichen. So muß der Verkäufer in der Regel zunächst Mängel beseitigen, die durch das Abwohnen des Mietobjekts eingetreten sind. Der Verkäufer muß, wenn er einen Interessenten für den Kauf einer Eigentumswohnung finden will, ähnlich dem Vermieter, die Eigentumswohnung in einen „zum vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustand“ versetzen (§ 536 BGB). Hierzu kann auch die Ausführung von Schönheitsreparaturen gehören. Beschränkt sich der Verkäufer auf diese Tätigkeiten, so bewegt er sich noch im Rahmen privater Vermögensverwaltung. Er stellt lediglich die Verkaufsfähigkeit des Objekts her. Überschreitet er allerdings diese Grenze und nimmt er darüber hinaus in nicht nur unerheblichem Umfang Modernisierungsmaßnahmen vor, so überschreitet er die private Vermögensverwaltung. Es kommt zu einer zusätzlichen Wertschöpfung, die auf dem Markt zu einem Preisvorteil zugunsten des Verkäufers führt. Diese Maßnahmen sind mit der Mitwirkung des Verkäufers parzellierter unbebauter Grundstücke an der Erschließung des zu verkaufenden Geländes vergleichbar.

2. Im Streitfall hat das FG lediglich festgestellt, der Kläger habe keine Umbauten vorgenommen. Dies schließt jedoch nicht aus, daß er über die Herstellung des zum vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustandes und die Vornahme von Schönheitsreparaturen hinaus die Wohnung in nicht unerheblichem Maße modernisiert hat. Der Kläger selbst trägt vor, das Modernisierungen vorgenommen worden seien. Welcher Art diese waren und ob sie einen nicht unerheblichen Umfang angenommen haben, hat das FG – von seinem Rechtsstandpunkt aus zu Recht – nicht untersucht. Nach der Rechtsauffassung des erkennenden Senats muß dies aber noch aufgeklärt werden. Die Sache ist daher nicht spruchreif. Das Urteil des FG muß aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das FG zurückverwiesen werden. Das FG wird die nach der Rechtsauffassung des erkennenden Senats erforderlichen tatsächlichen Feststellungen nachholen müssen. Dabei wird es bei der Prüfung, ob der Kläger sich auf die unter b) als unschädlich bezeichneten Handlungen beschränkt hat, die ortsüblichen Verhältnisse mitberücksichtigen dürfen. Das FG wird auch feststellen müssen, ob der Kläger schon zu einem Zeitpunkt, als noch seine Ehefrau Eigentümerin des Grundstücks gewesen ist, mit eigenen Mitteln Modernisierungsmaßnahmen an dem Gebäude durchgeführt hat, die – etwa mit späteren Modernisierungsmaßnahmen zusammen – in zeitlichem Zusammenhang mit der Schaffung und dem Verkauf der Eigentumswohnungen stehen.

Solange die Klärung, ob der Kläger sich gewerblich betätigt hat, noch aussteht, hält es der Senat nicht für angezeigt, zu der möglicherweise nur theoretischen Frage Stellung zu nehmen, ob im Streitfall die Voraussetzungen von Spekulationsgeschäften (§ 23 EStG) erfüllt wären.

Mitteilungen

1. Steuerrecht/Einkommensteuer – Einkommensteuerrechtliche Behandlung des Nießbrauchs bei Einkünften aus Vermietung und Verpachtung; hier: Übergangsregelung zur Anpassung der Nießbrauchsverträge, die vor dem 31. Mai 1981 abgeschlossen worden sind.

(BMF, Schreiben vom 1.2.1984 – IV B 1 – S 2253 – 20/84 – BStBl 1984 I, 135)

Unter Bezugnahme auf das Ergebnis der Erörterungen mit den Vertretern der obersten Finanzbehörden der Länder gilt folgendes:

Die in meinem Schreiben vom 23.11.1983 – IV B 1 – S 2253 – 103/83 (BStBl I, 508 = MittRhNotK 1984, 30) und den entsprechenden Erlassen der obersten Finanzbehörden der Länder enthaltenen Grundsätze zur einkommensteuerrecht-