

Rheinische Notar-Zeitschrift

Kollisionsrecht der Partnerschaften außerhalb der traditionellen Ehe – Teil 1 –

(von Notarassessor Dr. Markus Buschbaum, LL.M. (Köln/Paris), Brüssel)

- A. Einleitung
- B. Typologie
 - I. Partnerschaft stärkeren Rechts am Beispiel der niederländischen *geregistreerd partnerschap*
 - 1. Begründung und Wirkungen
 - 2. Auflösung
 - 3. Kollisionsrecht
 - II. Partnerschaft schwächeren Rechts am Beispiel des französischen *pacte civil de solidarité*
 - 1. Begründung und Wirkungen
 - 2. Auflösung
 - 3. Kollisionsrecht
 - III. Faktische Lebensgemeinschaft am Beispiel Sloweniens
 - 1. Begründung, Wirkungen und Auflösung
 - 2. Kollisionsrecht
- C. Partnerschaften im Anwendungsbereich von Art. 17 b EGBGB
 - I. Unmittelbarer Anwendungsbereich: eingetragene Lebenspartnerschaften
 - II. Sonstige förmlich begründete Partnerschaften
 - 1. Gleichgeschlechtliche Ehe
 - 2. Verschiedengeschlechtliche registrierte Lebensgemeinschaft
 - III. Intertemporale Anwendbarkeit auf „Altpartnerschaften“
 - IV. Grundsatzanknüpfung an das Registerstatut
 - 1. Registrierte Partnerschaft
 - 2. Gleichgeschlechtliche Ehe
 - V. Fehlende Rechtswahlmöglichkeit
 - VI. Verhältnis „mehrerer“ Partnerschaften zueinander, Art. 17 b Abs. 3 EGBGB
 - VII. „Kappungsregelung“
 - 1. Kritik
 - 2. Teleologische Reduktion und verbleibender Anwendungsbereich
 - 3. Geltung für verschiedengeschlechtliche Partnerschaften
 - VIII. Ordre public
 - IX. Begründung
 - X. Allgemeine und güterrechtliche Wirkungen
 - XI. Verkehrsschutz
 - XII. Unterhalt
 - XIII. Erbrecht
 - 1. Hilfsanknüpfung an das Registerstatut

- 2. Weitere Stärkung der wechselseitigen Absicherung im Todesfall
- 3. „Kappungsgrenze“
- 4. Ordre public

XIV. Auflösung

XV. Versorgungsausgleich

Kollisionsrecht der Partnerschaften außerhalb der traditionellen Ehe – Teil 2 – (im nächsten Heft)

- D. Partnerschaften außerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 17 b EGBGB: faktische Lebensgemeinschaften
 - I. Definition
 - 1. Materielles Recht
 - 2. Kollisionsrecht
 - II. Qualifikation
 - 1. Urteil des BGH betreffend lebensgemeinschaftsbedingte Zuwendungen
 - 2. Familienrechtliche Qualifikation
 - III. Anknüpfung
 - 1. Vertraglicher Gestaltungsspielraum
 - 2. Anknüpfung mangels Rechtswahl: Gesamtanalogie zu Art. 14 f. EGBGB
 - 3. Ordre public
- E. Abschließende Empfehlungen
 - I. Neubegründung oder Nachbeurkundung einer ausländischen gleichgeschlechtlichen Partnerschaft in Deutschland?
 - II. Grundstücksverkehr
 - III. Güterrechtsregister
 - IV. Erbrecht
 - V. Mitteilung an die Standesämter
- F. Ausblick: EU-Kollisionsrechtsharmonisierung

A. Einleitung

Seit Inkrafttreten des Lebenspartnerschaftsgesetzes¹ am 1. 8. 2001 können gleichgeschlechtliche Paare ihre Verbindung in Deutschland registrieren lassen. Mit der Einführung der Lebenspartnerschaft folgte Deutschland nicht nur innerstaatlichen Forderungen nach einer Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Verbindungen, sondern auch einer Entschließung des Europäischen Parlaments vom 8. 2. 1994,² wonach die

¹ Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften v. 22. 2. 2001, BGBl I, 266.

² BT-Drs. 12/7069, S. 3. Vgl. Funken, Anerkennungsprinzip 2009, S. 303.

Mitgliedstaaten die ungleiche Behandlung von Personen mit gleichgeschlechtlicher Orientierung in den Rechts- und Verwaltungsvorschriften vermeiden sollen.³ Aus vorsorglicher Rücksicht auf Art. 6 GG verzichtete der Gesetzgeber anfangs auf eine weitgehende Gleichstellung von Lebenspartnerschaft und Ehe. Nachdem das Bundesverfassungsgericht das Lebenspartnerschaftsgesetz durch Urteil vom 17. 7. 2002 für verfassungsmäßig erklärt und insbesondere das in der Literatur vertretene Abstandsgebot verworfen hatte,⁴ war der Weg für Angleichungen frei. Durch das Überarbeitungsgesetz⁵ wurden zum 1. 1. 2005 „künstliche Unterschiede“⁶ etwa beim Unterhalt und Güterstand beseitigt. Insbesondere gilt anstelle der ursprünglichen Wahlvermögensstände (Ausgleichsgemeinschaft, Vermögenstrennung, Vermögensgemeinschaft)⁷ seither das eheliche Güterrecht mit dem gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft (§ 6 LPartG).⁸ Darüber hinaus wurden der Versorgungsausgleich (§ 20 LPartG),⁹ die Verlobung (§ 1 Abs. 4 LPartG) und die Stiefkindadoption (§ 9 Abs. 7 LPartG) für Lebenspartner eingeführt. Trotz fortbestehender Unterschiede auch im Zivilrecht,¹⁰ etwa hinsichtlich der gemeinschaftlichen Adoption,¹¹ hat die Lebenspartnerschaft, erst recht seit der Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsgesetzes, den Rang eines eheähnlichen Statusverhältnisses.¹² Diese Entwicklung hat ihre Entsprechung im sekundären Gemeinschaftsrecht, wo registrierten Partnerschaften zunehmend Rechnung getragen wird.¹³

Für Sachverhalte mit Auslandsberührung hat der Gesetzgeber in Art. 17b EGBGB die Grundsatzanknüpfung an die Sachvorschriften des Registerstaates verankert, damit gleichgeschlechtliche Partnerschaften mit Ausländerbeteiligung auch dann in Deutschland anerkannt werden können, wenn das Heimatrecht zumindest eines Beteiligten eine solche Verbindung verbietet.¹⁴ Die Durchbrechung des internationalfamilienrechtlichen Grundsatzes der Heimatrechtsanknüpfung (Art. 13 ff. EGBGB) für Lebenspartner gewährleistet eine Gleichstellung ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit. Das Registerprinzip dient der Freizügigkeit innerhalb der EU und sollte daher auch Richtschnur bei der Kollisionsrechtsharmonisierung, insbesondere im Rahmen der künftigen Güterrechtsverordnung, sein. Die Vorbildfunktion von Art. 17b EGBGB ist jedoch begrenzt: So beherzt der deutsche Gesetzgeber dafür gesorgt hat, dass restriktive Heimatrechte außer Betracht bleiben, so unwillig war er, die im materiellen Lebenspartnerschaftsrecht entwickelten Maßstäbe auf kollisionsrechtlicher Ebene nach oben freizugeben. So steht Art. 17b Abs. 4 EGBGB seit jeher in der Kritik, weil diese Regelung bei wörtlicher Auslegung die Wirkungen einer im Ausland eingetragenen Partnerschaft auf das deutsche Maß „kappt“. Da sie der für Statusverhältnisse gebotenen Rechtssicherheit nicht hinreichend Rechnung trägt, bedarf sie einer teleologischen Reduktion und sollte als Verkehrsschutzvorschrift ausgelegt werden. Ob die Zivilgerichte dieser Auslegung folgen oder Art. 17b Abs. 4 EGBGB beispielsweise auch zur Beschneidung eines über § 10 LPartG hinausgehenden Partnererbrechts anwenden, ist nach wie vor offen. Jedenfalls werden sich die Gerichte zu gegebener Zeit auch mit der Vereinbarkeit einer wörtlichen Auslegung von Art. 17b Abs. 4

EGBGB mit dem Recht auf Freizügigkeit (Art. 21 AEU) auseinandersetzen müssen.

Anwendungsfälle gäbe es für eine umfassende „Kapungsgrenze“ durchaus: Viele europäische Länder schufen mittlerweile Partnerschaften, deren Wirkungen zwar teils weniger weit reichen als das Lebenspartnerschaftsgesetz, teils jedoch deutlich darüber hinausgehen.¹⁵ Viele dieser Verbindungen stehen homo- und heterosexuellen Paaren gleichermaßen offen. Dies gilt etwa für den französischen *pacte civil de solidarité* (PACS), die belgische *cohabitation légale* und die niederländische *geregistreerd partnerschap*. In Europa haben daneben die Niederlande,¹⁶ Belgien¹⁷ und Spanien¹⁸ sowie vor kurzem Norwegen¹⁹ und Schweden²⁰ die gleichgeschlechtliche Ehe zugelassen. Dagegen nimmt die Zahl derjenigen europäischen Staaten, die keinerlei formalisierte Verbindungen für gleichgeschlechtliche Paare vorsehen, beständig ab.²¹ Unlängst haben Österreich und Ungarn (auf Gleichgeschlechtliche beschränkte) Lebenspartner-

3 BT-Drs. 14/3751, S. 33.

4 BVerfGE 105, 313 = DNotZ 2002, 785. Kritisch Burkiczak ThürVBl. 2003, 7 ff. Gegen das Abstandsgebot jüngst BVerfG FamRZ 2009, 1977, 1980. Zur Verfassungswidrigkeit des LPartG wegen Benachteiligung gleichgeschlechtlicher Verbindungen Möller, DÖV 2005, 64.

5 Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts v. 15. 12. 2004, BGBl I, 3396. Dazu Stüber, FamRZ 2005, 574, 577 ff; Wellenhofer, NJW 2005, 705. Die Überleitung regelt § 21 LPartG.

6 Vgl. BT-Drs. 15/3445, S. 1.

7 Vgl. Dorsel, RNotZ 2001, 151.

8 Mangels abweichender Vereinbarung wurden die am 1. 1. 2005 bestehenden Ausgleichsgemeinschaften gem. § 21 Abs. 1 LPartG in Zugewinnngemeinschaften übergeleitet.

9 Für vor dem 1. 1. 2005 eingegangene Lebenspartnerschaften findet ein Versorgungsausgleich nicht statt, es sei denn, die Partner haben bis zum 31. 12. 2005 eine Erklärung gemäß § 21 Abs. 4 EGBGB abgegeben.

10 Einen ersten Schritt zur Gleichstellung im Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht hat der Gesetzgeber dadurch vollzogen, dass seit dem 1. 1. 2009 gemäß § 16 Abs. 1 Ziffern 1 u. 6 ErbStG der Ehegattenfreibetrag auch für Lebenspartner gilt. Zu weiteren Gleichstellungen Reith/Gehweiler, BWNotZ 2009, 1, 4; Wenzel, DStR 2009, 2403. Bezogen auf die betriebliche Hinterbliebenenversorgung im öffentlichen Dienst hat das BVerfG, FamRZ 2009, 1977, 1980 unlängst festgestellt, dass Art. 6 GG keine Ungleichbehandlung von anderen Lebensformen gegenüber der Ehe rechtfertigt, soweit jene nach dem geregelten Lebenssachverhalt und den mit der Regelung verfolgten Zielen mit der Ehe vergleichbar sind. Vgl. zur grundlegenden Bedeutung der Senatsentscheidung auch für das Zivilrecht Hillgruber, JZ 2010, 41; Hoppe, DVBl. 2009, 1516, 1519. Mit weiteren Angleichungen rechnen auch Funken, Anerkennungsprinzip, S. 307, Fn. 91 u. Wenzel, ebd., 2403, 2409.

11 Für die Einführung einer gemeinschaftlichen Adoption Stüber, FamRZ 2005, 574, 577.

12 Zum Stand der rechtlichen Gleichstellung homosexueller Lebenspartnerschaften BT-Drs. 16/10432.

13 Vgl. etwa Art. 2 Abs. 2 b) der EG-Richtlinie 2004/38 v. 29. 4. 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten. Dazu Schotten/Schmellenkamp, 2. Aufl., 2007, IPR, Rn. 237 a, Coester-Waltjen, IPRax 2006, 392, 395 f. Zur Richtlinienumsetzung Breitreutz/Franßen – de la Cerda/Hübner, ZAR 2007, 341 ff. u. 381 ff.

14 BT-Drs. 14/3751, S. 60.

15 Überblick bei Röthel, StAZ 2006, 34.

16 Vlaardingerbroek/v. Beekhoff, in: Süß/Ring, Eherecht in Europa 2006, Länderbericht Niederlande, Rn. 89.

17 Pintens/Scherpe, StAZ 2004, 290; Hustedt/Sproten, in: Süß/Ring, Eherecht in Europa, Länderbericht Belgien, Rn. 4.

18 Daum, in: Bergmann/Ferid/Henrich, Int. Ehe- und Kindschaftsrecht, Spanien, S. 25; Huzel, in: Süß/Ring, Eherecht in Europa, Länderbericht Spanien, Rn. 2.

19 Frantzen, FamRZ 2008, 1707; Ring/Olsen-Ring, StAZ 2008, 304.

20 Ring/Olsen-Ring, ZEV 2009, 508.

21 Vgl. Funken, Anerkennungsprinzip, S. 303 f.

schaften eingeführt.²² Zudem eröffnet das ungarische Recht neuerdings faktischen Lebenspartnern die Möglichkeit, sich in einem notariellen Register eintragen zu lassen. An diese Registrierung sind grundsätzlich keine konstitutiven Wirkungen geknüpft. Sie dient vornehmlich dazu, das Bestehen der Lebensgemeinschaft zu beweisen.²³

Auch ohne jedwede Registrierung knüpfen ausländische Rechtsordnungen an solche faktischen Lebensgemeinschaften mitunter so weitreichende familienrechtliche Wirkungen, dass sich das tatsächliche Zusammenleben zu einem Statusverhältnis verdichtet. Dies gilt insbesondere für die nichtehelichen Gemeinschaften nach dem Recht einiger Nachfolgestaaten Jugoslawiens, wie Slowenien und Kroatien.²⁴ Angesichts der Regelungslücke im deutschen IPR ist ihre Einordnung und Anerkennung ebenso unklar wie die Qualifikation der gleichgeschlechtlichen Ehe und der registrierten verschiedengeschlechtlichen Partnerschaft. Auf den Standpunkt „Was ich nicht kenne, knüpfe ich nicht an.“ kann sich der Rechtspraktiker keinesfalls zurückziehen. Vor einer Betrachtung des Kollisionsrechts²⁵ soll daher zunächst ein Überblick über die verschiedenen europäischen Partnerschaftsformen außerhalb der traditionellen Ehe vermittelt werden. Ausgenommen hiervon sind sog. Einstandsgemeinschaften zwischen Verwandten oder Nichtverwandten, also über bloße Wohn- und sonstige Zweckgemeinschaften hinausgehende Formen des Zusammenlebens ohne Paarcharakter,²⁶ deren Vielgestaltigkeit einer einheitlichen kollisionsrechtlichen Behandlung entgegen steht.²⁷

B. Typologie

Deutlicher als bei der Ehe treten bei den registrierten und faktischen Partnerschaften die Unterschiede zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen hervor. Zwar ist Art. 17 b Abs. 4 EGBGB ein trefflicher Beleg für die hiesigen Vorbehalte gegenüber formalisierten ausländischen Rechtsinstituten, die über das deutsche materielle Lebenspartnerschaftsrecht hinausgehen. Für die Subsumtion solcher Partnerschaften unter Art. 17 b EGBGB spielt diese – erst im Anschluss an die Qualifikation zu prüfende – Vorschrift jedoch keine Rolle. Im Gegenteil verdeutlicht sie, dass Art. 17 b EGBGB dem Grunde nach auch Partnerschaften mit weiter gehenden Rechtswirkungen erfasst. Für die Qualifikation unbeachtlich ist auch die – etwa in der französischen Literatur vertretene –²⁸ Einteilung in Partnerschaften schwächeren und stärkeren Rechts. Stellt sich jedoch beispielsweise bei der Beantragung eines Erbscheins nach einem deutschen Erblasser, der einen französischen *pacte civil de solidarité* eingegangen ist, die (sachrechtliche) Frage, ob dem überlebenden Partner ein gesetzliches Erbrecht gemäß § 10 LPartG zusteht, so ist ein abstrakter Wirkungsvergleich zwischen der im Erbstatut vorgesehenen Partnerschaftsform (eingetragene Lebenspartnerschaft) und der tatsächlich eingegangenen Partnerschaft (französischer PACS) unabdingbar. Für die Substitution bietet die Einteilung in Partnerschaften schwächeren oder stärkeren Rechts also zumindest eine erste Orientierung. Stets muss die Prüfung der materiellen Gleichwertigkeit

jedoch für jede sachrechtliche (inländische oder ausländische) Rechtsnorm gesondert vorgenommen werden.

Bezugspunkt für die Einteilung der förmlichen Partnerschaften ist die deutsche Lebenspartnerschaft, die ein eheähnliches Statusverhältnis begründet und daher in die Kategorie der Partnerschaften stärkeren Rechts fällt. Noch ausgeprägter ist der eheähnliche Charakter beispielsweise bei der niederländischen *geregistreerd partnerschap*, die nunmehr auch ein Recht zur gemeinschaftlichen Adoption vermittelt. Umgekehrt handelt es sich bei den registrierten Partnerschaften in Ländern wie Frankreich und Belgien um Verbindungen schwächeren Rechts, weil ihre Rechtswirkungen im bewussten Abstand zur Ehe ausgestaltet sind. Auf faktische Lebensgemeinschaften lässt sich diese vom hiesigen Recht ausgehende Typologie nicht übertragen, weil das deutsche Recht keine familienrechtlichen Wirkungen an das tatsächliche Zusammenleben knüpft.

Der materiellrechtlichen Typologie vergleichbar, ließen sich auch die Kollisionsrechtsordnungen anderer Länder²⁹ danach unterteilen, inwieweit sie geeignet sind, den Partnerschaften außerhalb der traditionellen Ehe trotz entgegen stehender Eingehungsverbote nach den Heimatrechten der Partner Wirkung zu verleihen. Zu diesem Zweck ungeeignet ist es beispielsweise, auf der materiellrechtlichen Ebene die gleichgeschlechtliche Ehe zuzulassen, auf der kollisionsrechtlichen Ebene entweder durch die unbesehene Anwendung der für verschiedengeschlechtliche Ehen geltenden Regelungen oder bewusst zur Vermeidung „hinkender“ Rechtsverhältnisse

22 Zur eingetragenen Partnerschaft in Österreich ÖJZ 2010, 1. Zur registrierten Partnerschaft in Ungarn Weiss, FamRZ 2009, 1566.

23 Weiss, ebd., 1566, 1567.

24 Süß, RPF 2003, 53, 65 m. w. N. zu den skandinavischen und südamerikanischen Rechtsordnungen. Überblick bei Schaal, ZNotP 2009, 290, 291; Schumann, Nichteeliche Lebensgemeinschaften, 2001, S. 31 ff.

25 Nicht behandelt wird das internationale Zivilverfahrensrecht. Hinsichtlich der internationalen Zuständigkeit deutscher Gerichte in Lebenspartnerschaftssachen ist zu beachten, dass § 661 Abs. 3 ZPO a. F. mit Wirkung zum 1. 9. 2009 gestrichen und durch § 103 FamFG ersetzt wurde. Althammer, IPRax 2009, 381, 384 f. zufolge werden ausländische Rechtsinstitute von § 103 FamFG nur erfasst, soweit es sich um gleichgeschlechtliche, registrierte Partnerschaften handelt. Für die Anerkennung ausländischer Entscheidungen über förmliche Partnerschaften findet nicht § 107 FamFG Anwendung, sondern § 108 FamFG; vgl. Althammer, ebd., 381, 386, 387; Hau, FamRZ 2009, 821, 825; Heiderhoff, StAZ 2009, 328, 330; MünchKomm/Coester, 5. Aufl. 2010, Art. 17 b EGBGB, Rn. 124. Das autonome IZVR wird in weiten Teilen nicht von EG-Verordnungen verdrängt. So ist die EheVO II v. 27. 11. 2003 auf Lebenspartnerschaftssachen nicht anwendbar; vgl. Althammer, ebd., 381, 384; Bumiller/Harders, 9. Aufl. 2009, § 103 FamFG, Rn. 5; Martiny, FPR 2008, 206, 211; MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 119; Wagner, FamRZ 2009, 269, 270. Für Unterhaltssachen zwischen (gleich- und verschiedengeschlechtlichen) Lebenspartnern sowie gleichgeschlechtlichen Ehegatten gilt dagegen die EuGVO II v. 22. 12. 2000; vgl. Andrae, Int. Familienrecht, 2. Aufl. 2006, § 10, Rn. 9; AnwKomm/Gebauer, 2005, Art. 17 b EGBGB, Rn. 80; MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 119. Zum Ausschluss sonstiger Lebenspartnerschaftssachen aus ihrem Anwendungsbereich Andrae, ebd., § 10, Rn. 10; Wagner, ebd., 269, 270. Vgl. aber die Europäische Kommission im Grünbuch zum Internationalen Ehegüterrecht KOM (2006) 400 endg., S. 11.

26 MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 158.

27 MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 159.

28 Khairallah, Rev. crit. DIP 89 (2000), 317, 327 ff; Lagarde, Rev. crit. DIP 95 (2006), 331, 333 f.

29 Überblick bei Funken, Anerkennungsprinzip, S. 309 f.; MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 9.

jedoch nicht sicherzustellen, dass restriktive Heimatrechte außer Betracht bleiben. Kollisionsrechtsordnungen wie die deutsche, in denen die Qualifikation der gleichgeschlechtlichen Ehe weder gesetzlich geregelt noch höchstrichterlich geklärt ist, bergen zumindest ein erhebliches Maß an Rechtsunsicherheit für die Beteiligten und bedürfen schon aus diesem Grunde der Nachbesserung. Entscheidet man sich grundsätzlich gegen eine Sonderbehandlung registrierter Partnerschaften im Verhältnis zur Ehe, so ist angesichts der Regelungslücke in vielen Kollisionsrechtsordnungen zumindest eine subsidiäre Anknüpfung vonnöten, wie sie Art. 65 c Abs. 1 des schweizerischen IPR-Gesetzes zugunsten des schweizerischen Rechts vorsieht.³⁰ Interessengerecht ist auch die in Belgien geltende Regelung. Nach dem dortigen Kollisionsrecht, welches grundsätzlich an das Heimatrecht anknüpft, wird eine Vorschrift des Heimatrechts, die die gleichgeschlechtliche Ehe verbietet, nicht angewandt, wenn einer der Partner die Staatsangehörigkeit eines Staates besitzt oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Staat hat, dessen Recht eine solche Ehe erlaubt.³¹ Darüber hinaus werden registrierte Partnerschaften ausländischen Rechts im belgischen IPR teilweise als gleichgeschlechtliche Ehe qualifiziert.³² Weiter vertieft werden sollen die unterschiedlichen Lösungswege an dieser Stelle nicht, zumal das deutsche IPR für die formalisierten Partnerschaften in Art. 17 b Abs. 1 S. 1 EGBGB eine Sachnormverweisung vorsieht und ausländisches Kollisionsrecht damit außer Betracht bleibt.

I. Partnerschaft stärkeren Rechts am Beispiel der niederländischen *geregistreerd partnerschap*

Die Niederlande sind bei der Anerkennung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften frühzeitig vorangeschritten, indem sie mit Wirkung zum 1. 1. 1998 die *geregistreerd partnerschap* einführten und mit Wirkung zum 1. 4. 2001 die Ehe für gleichgeschlechtliche Partner zuließen. Die registrierte Partnerschaft ist der Ehe weitestgehend angenähert. Beide Rechtsinstitute unterscheiden sich vor allem dadurch, dass die registrierte Partnerschaft einvernehmlich ohne gerichtliches Verfahren aufgelöst werden kann.

1. Begründung und Wirkungen

Eine registrierte Partnerschaft kann von zwei Personen gleichen oder unterschiedlichen Geschlechts geschlossen werden, die nicht anderweitig durch eine registrierte Partnerschaft oder Ehe gebunden sind, soweit einer der Partner die niederländische Staatsangehörigkeit, seinen gewöhnlichen Aufenthalt in den Niederlanden oder eine gültige Aufenthaltserlaubnis hat,³³ und zwar durch Errichtung einer konstitutiven Partnerschaftsurkunde durch den Standesbeamten.³⁴ Die Wirkungen der Partnerschaft sind mit denen der Ehe nahezu deckungsgleich. So leben die Partner mangels abweichender Regelung wie Ehegatten im gesetzlichen Güterstand der Gütergemeinschaft.³⁵ Auch erbrechtlich ist der überlebende Partner einem Ehegatten gleichgestellt und erbt mangels anderweitiger Anordnung kraft der gesetzlich angeordneten Verteilung den gesamten Nachlass, während Abkömmlinge lediglich einen aufgeschobenen Geldanspruch haben.³⁶ Stufenweise wurde das Recht zur ge-

meinschaftlichen Adoption nichtehelichen heterosexuellen Paaren gewährt und auf gleichgeschlechtliche Paare ausgedehnt.³⁷

2. Auflösung

Abgesehen von der Beendigung durch Tod oder wegen Verschollenheit,³⁸ kann eine *geregistreerd partnerschap* auf Antrag eines Partners durch gerichtliche Entscheidung³⁹ oder ohne gerichtliches Verfahren einvernehmlich aufgelöst werden. Hierzu bedarf es einer von beiden Partnern gegenüber dem Standesbeamten abzugebenden Erklärung, die von einem Rechtsanwalt oder Notar unterzeichnet ist.⁴⁰ Daneben kann sie durch Erklärung der Partner vor dem Standesbeamten in eine Ehe umgewandelt werden; für den umgekehrten Fall gilt Entsprechendes.⁴¹

3. Kollisionsrecht

Das niederländische Gesetz zum Kollisionsrecht der eingetragenen Partnerschaft⁴² unterscheidet hinsichtlich deren Begründung zwischen registrierten Partnerschaften, die im Inland eingegangen wurden und für die niederländisches Recht gilt, und solchen, die im Ausland registriert wurden. Für die Anerkennung letzterer sieht

30 Dazu Widmer, IPRax 2007, 155.

31 Art. 46 Abs. 2 IPR-G. Vgl. Hustedt/Sproten, in: Süß/Ring, Eherecht in Europa, Länderbericht Belgien, Rn. 124; Winkler v. Mohrenfels, Die gleichgeschlechtliche Ehe im deutschen IPR und im europäischen Verfahrensrecht, FS Ansay, 2006, 533.

32 Dies gilt beispielsweise für die deutsche Lebenspartnerschaft, nicht hingegen für den französischen PACS. Zu den Einzelheiten Pintens, FamRZ 2007, 1491, 1495; Sieberichs, IPRax 2008, 277.

33 Art. 1:80 a BW. Vgl. Boele-Woelki/Schrama, in: Scherpe/Yassari, Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften 2005, S. 307, 316 f.

34 Breemhaar, in: Kroppenber/Schwab/Henrich u. a., Rechtsregeln für nichteheliches Zusammenleben 2009, S. 102.

35 Art. 1:80 b, 1:93 ff. BW. Bei der Gütergemeinschaft niederländischen Rechts handelt es sich nicht um eine Gesamthandsgemeinschaft, sondern lediglich um gebundenes Miteigentum, welches bei Auflösung des Güterstandes hälftig aufgeteilt wird; vgl. Boele-Woelki/Schrama, a.a.O. (Fn. 33), S. 333; Eule, RNotZ 2003, 434, 441, Fn. 62; Weber, in: Bergmann/Ferid/Heinrich, Int. Ehe- und Kindschaftsrecht, Niederlande, S. 44, Fn. 156. Mangels gesamthänderischer Bindung und Mitberechtigung des anderen Partners während des Bestehens des Güterstandes besteht im deutschen Grundbuchverkehr kein notwendiges Erwerbsverhältnis und kann jeder Partner zu Alleineigentum erwerben. Für eine Zulässigkeit der Eintragung der Partner in Bruchteilsgemeinschaft Britz, RNotZ 2008, 333, 335; Eule, MittBayNot 2008, 196, 197; Fetsch, RNotZ 2007, 456, 468; Schotten/Schmellenkamp, IPR, Anh. II, S. 533. A. A. OLG München, NJW-RR 2009, 806 m. w. N. Zu weiteren Einzelheiten, insb. zum Vorbehalt für die vom anderen Partner selbstgenutzte Wohnung Schotten/Schmellenkamp, ebd. Zur Reform des Güterrechts Breemhaar, ebd., S. 105.

36 Boele-Woelki/Schrama, a.a.O. (Fn. 33), S. 350; Breemhaar, a.a.O. (Fn. 34), S. 111; Eule, RNotZ 2003, 434; Weber, ebd., S. 42 f.

37 Boele-Woelki/Schrama, a.a.O. (Fn. 33), S. 323.

38 Siehe Vlaardingerbroek/v. Beekhoff, in: Süß/Ring, Eherecht in Europa, Länderbericht Niederlande, Rn. 93.

39 Art. 1:80 c sub d BW.

40 Art. 1:80 c u. d BW. Dazu Boele-Woelki/Schrama, a.a.O. (Fn. 33), S. 363; Breemhaar, a.a.O. (Fn. 34), S. 108 f.; Vlaardingerbroek/v. Beekhoff, a.a.O. (Fn. 38), Rn. 89 ff.

41 Art. 1:80 g bzw. Art. 1:77 a BW. Vgl. Schwidich, Nichteheliche Lebensgemeinschaft 2007, S. 20; Weber, in: Bergmann/Ferid/Heinrich, Int. Ehe- und Kindschaftsrecht, Niederlande, S. 43. Die frühere Möglichkeit einer „Blitzscheidung“ durch vorherige Umwandlung der Ehe in eine *geregistreerd partnerschap* und anschließende Auflösung durch Erklärung gegenüber dem Standesbeamten besteht nicht mehr.

42 Das Gesetz ist am 1. 1. 2005 in Kraft getreten.

Art. 2 des Gesetzes einzelne Anerkennungsvoraussetzungen vor, insbesondere die Übereinstimmung der wichtigsten gegenseitigen Rechte und Pflichten mit den für Ehegatten geltenden Regelungen.⁴³

II. Partnerschaft schwächeren Rechts am Beispiel des französischen *pacte civil de solidarité*

Mit Gesetz vom 15. 11. 1999⁴⁴ hat der französische Gesetzgeber im Ersten Buch des Code civil („Des personnes“) mit dem *pacte civil de solidarité* (PACS)⁴⁵ dem nichtehelichen Zusammenleben zweier verschiedenen oder gleichgeschlechtlicher Personen einen rechtlichen Rahmen verschafft. Die Einführung des PACS wurde von leidenschaftlichen Debatten begleitet und offenbarte auch außerhalb des Parlaments eine Spaltung hinsichtlich der Frage, ob homosexuellen Paaren die Möglichkeit eröffnet werden soll, ihre Partnerschaft registrieren zu lassen.⁴⁶ Vor diesem Hintergrund ist der PACS als Kompromiss zu verstehen. Da frühere Versuche, ein eheähnliches Rechtsinstitut für gleichgeschlechtliche Paare einzuführen, scheiterten, wurde der PACS im bewussten Abstand zur Ehe ausgestaltet und zugleich für heterosexuelle Paare zugelassen.⁴⁷ Ursprünglich handelte es sich beim PACS im Kern um einen Vertrag,⁴⁸ der vornehmlich vermögensrechtliche Fragen der Partnerschaft regelt.⁴⁹ In diesem Sinne begründet er weder Verwandtschaft noch Adoptionsrechte.⁵⁰

Der weite Abstand des PACS zur Ehe wurde durch das am 1. 1. 2007 in Kraft getretene Änderungsgesetz vom 23. 6. 2006⁵¹ erheblich verringert. Insbesondere wird seine Eingehung nunmehr mit dem Namen des Partners auf der Geburtsurkunde vermerkt,⁵² was die personenrechtliche Wirkung verdeutlicht.⁵³ Zwar vermittelt der PACS dem überlebenden Partner nach wie vor kein gesetzliches Erbrecht. Allerdings wurde seine Absicherung im Todesfall gegenüber den gesetzlichen Erben insbesondere dadurch verstärkt, dass er entweder die gemeinsame Wohnung ein Jahr unentgeltlich nutzen oder, soweit er als testamentarischer Erbe eingesetzt ist, sich das Alleineigentum an der gemeinsamen Wohnung gegen Auszahlung sonstiger Erben, zuweisen lassen kann.⁵⁴ Schließlich haben die Partner erstmalig die Möglichkeit, von der (seit dem 1. 1. 2007 geltenden) gesetzlichen Gütertrennung abzuweichen und einen Vermögensstand zu wählen.⁵⁵ In der Literatur werden diese Modifikationen als Beleg dafür angesehen, dass sich der PACS vom Vertrag zu einem Statusverhältnis entwickelt hat,⁵⁶ zumal sich die mit Wirkung zum 1. 1. 2007 eingeführte gewillkürte *indivision* dem gesetzlichen Ehegüterstand der Erzungenschaftsgemeinschaft (*communauté réduite aux acquêts*)⁵⁷ annähert.⁵⁸ Gemessen an der eingetragenen Lebenspartnerschaft und anderen europäischen Partnerschaftsformen, entfaltet der PACS nach wie vor jedoch relativ begrenzte familienrechtliche Wirkungen. Rechtsvergleichend betrachtet, kommt er damit der belgischen *cohabitation légale*⁵⁹ nahe.⁶⁰

1. Begründung und Wirkungen

Der PACS kann von zwei gleich- oder verschiedengeschlechtlichen Personen durch Abgabe übereinstimmender Erklärungen der Partner vor dem *Tribunal d'Instance* des gemeinsamen Wohnsitzes oder vor einem

französischen Notar geschlossen werden. Bei ausländischem Wohnsitz kann er vor einem französischen Konsularbeamten eingegangen werden, soweit einer der Partner die französische Staatsangehörigkeit hat.⁶¹ Gemäß Art. 515–4 Code civil versprechen sich die Partner bei Eingehung des PACS gegenseitige materielle Hilfe (*aide matérielle*) und Unterstützung (*assistance*). Die Verwirklichung der vom Gesetz stillschweigend vorausgesetzten Paarbeziehung⁶² wird durch die Verpflichtung zum Zusammenleben (*engagement à une vie commune*) umgesetzt. Diese Pflichten sind zwar mit denjenigen von Ehegatten nicht identisch,⁶³ kommen ihnen jedoch nahe.⁶⁴

Im Jahre 1999 hatte der Gesetzgeber vorgesehen, dass der PACS, ohne einen Güterstand zu begründen,

43 Zu den Einzelheiten Boele-Woelki/Schrama, a.a.O. (Fn. 33), S. 367 f.

44 Loi n° 1999–944, JO du 16 novembre 1999. Aus Anlass der Einführung des PACS wurde in Art. 515–8 C. civ. zugleich die faktische Lebensgemeinschaft (*concubinage*) neu definiert, welche seither nichteheliche/nichteingetragene Gemeinschaften unabhängig vom Geschlecht der Partner umfasst; vgl. Ferrand, in: Scherpe/Yassari, Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, S. 211 ff.; Wöfl, Lebenspartnerschaft 2005, S. 478.

45 Vgl. zur neuen Rechtslage und zum Steuerrecht Mécarry, PACS, 2. Aufl. 2009; Pillebout, PACS, 3. Aufl. 2007. Zur Frage der Modellfunktion des PACS für das deutsche Recht ablehnend Winkler v. Mohrenfels, Der Pacte civil de solidarité: Ein Modell für das deutsche Familienrecht?, FS Sonnenberger, 2004, 162 ff., dem zufolge die Schaffung einer registrierten Lebensgemeinschaft für verschiedengeschlechtliche Paare wiederum gleichgeschlechtliche Paare diskriminieren würde, weil letzteren nicht die Wahl zwischen Ehe und Lebenspartnerschaft offenstünde. Rechtsvergleich des Unterhaltsrechts bei Uhlenbrock, Gesetzliche Regelungen für nichteheliche Lebensgemeinschaften in Deutschland in Frankreich, 2005.

46 Ferrand, a.a.O. (Fn. 44), S. 213 ff.

47 Alleaume, Dalloz 2000, 450, Fn. 5; Rubellin-Devichi, JCP 1999, n° 43, 1909. Die verschiedengeschlechtlichen Paare sind heutzutage in der weit überwiegenden Mehrheit; siehe Pillebout, in: Jurisclasseur Notarial, Band 19, PACS, fasc. 10, Rn. 3.

48 Kessler, Partenariats enregistrés 2005, Rn. 285 u. 304; Pillebout, ebd., Rn. 31; Wöfl, Lebenspartnerschaft, S. 479 f. Ebenso, jedoch unter Verweis auf das daneben begründete Statusverhältnis Fulchiron, J.D.I. 2000, 889, 900; Khairaliah, Rev. crit. DIP 89 (2000), 317, 323.

49 Röthel, RabelsZ 72 (2008), 158, 160 f.

50 Zur Unzulässigkeit der gemeinsamen Adoption Ferrand, a.a.O. (Fn. 44), S. 225 u. 234 f.; Röthel, RabelsZ 72 (2008), 158, 161, Fn. 11. Zur Unzulässigkeit der Stiefkindadoption Ferrand/Francoz-Terminal, FamRZ 2007, 1499, 1500 f.; Pillebout, a.a.O. (Fn. 47), Rn. 23.

51 Loi n° 2006–728, JO du 24 juin 2006.

52 Art. 515–3 u. 515–3–1 C. civ. Zum Übergangsrecht Mécarry, PACS, Rn. 215. Damit ist die Notwendigkeit für Notare, ein *certificat de non-PACS* anzufordern, weitestgehend entfallen.

53 Pillebout, PACS, Rn. 2.

54 Art. 515–6 C. civ. Vgl. auch Pillebout, a.a.O. (Fn. 47), fasc. 10, Rn. 23 u. fasc. 30, Rn. 67; Mécarry, PACS, Rn. 719.

55 Pillebout, a.a.O. (Fn. 47), Rn. 32.

56 Delecraz, AJ famille 2007, 12; Pillebout, a.a.O. (Fn. 47), Rn. 32. In diesem Sinne auch Ferrand/Francoz-Terminal, FamRZ 2007, 1499, 1501.

57 Zum französischen Ehegüterrecht Schotten/Schmellenkamp, IPR, Anh. II, S. 448 ff.

58 Delecraz, AJ famille 2007, 12, 14.

59 Dazu Hustedt/Sproten, in: Süß/Ring, Eherecht in Europa, Länderbericht Belgien, Rn. 128 ff.; Jakob, Lebenspartnerschaft, 2002, 70 ff.; Pintens, FamRZ 2007, 1491, 1494; ders., in: Scherpe/Yassari, Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, S. 277 ff.; ders., in: Kroppenberger/Schwab/Henrich u. a., Rechtsregeln für nichteheliches Zusammenleben, S. 281 ff.

60 Röthel, RabelsZ 72 (2008), 158, 162.

61 Art. 515–3 C. civ.

62 Chanteloup/Fauré, Conclure un PACS 2001, Rn. 39; Ferrand, a.a.O. (Fn. 44), S. 223; Mécarry, PACS, Rn. 304 f.

63 Siehe insb. art. 212 ff. C. civ.

64 Ferrand/Francoz-Terminal, FamRZ 2007, 1499, 1501; Pillebout, a.a.O. (Fn. 47), Rn. 2.

(Schutz-) Wirkungen zugunsten des anderen Partners und von Gläubigern durch die gesetzliche Vermutung zeitigt, wonach die während der Partnerschaft von einem Partner oder beiden gemeinsam entgeltlich erworbenen Gegenstände in das hälftige Eigentum beider Partner in Gestalt der sog. *indivision*⁶⁵ fallen. Dies galt, mangels abweichender Vereinbarung,⁶⁶ sowohl für Einrichtungsgegenstände und Hausratsgüter (*meubles meublants*) als auch für sonstige (bewegliche und unbewegliche) Gegenstände. Mit Gesetz vom 23. 6. 2006⁶⁷ hat der Gesetzgeber eine Kehrtwende vollzogen und das Prinzip der Gütertrennung an die Stelle der – in der Literatur als praxisuntauglich kritisierten –⁶⁸ gesetzlichen Vermutung zur Bildung gemeinschaftlichen Eigentums gesetzt.⁶⁹ Nunmehr haben die Partner jedoch die Möglichkeit, durch Abänderung ihres PACS festzulegen, dass von ihnen beiden oder einem von ihnen erworbene Gegenstände ab Registrierung dieser Modifikation als von beiden hälftig erworben gelten.⁷⁰

2. Auflösung

Der PACS wird aufgelöst durch Tod, übereinstimmende schriftliche Auflösungserklärung der Partner gegenüber dem Registergericht, durch einseitige Erklärung eines Partners, welche dem anderen per Gerichtsvollzieher zugestellt werden muss,⁷¹ oder durch Heirat der Partner oder Heirat eines Partners mit einer dritten Person.⁷² Anders als nunmehr in § 1306 BGB geregelt, stellt ein PACS nach französischem Eherecht kein Ehehindernis dar; er erlischt von Gesetzes wegen mit der Eheschließung.⁷³ Nach Auflösung des PACS besteht kein Unterhaltsanspruch.⁷⁴

3. Kollisionsrecht

Obwohl die Qualifikation des PACS im französischen IPR stets umstritten war, hat es der Gesetzgeber versäumt, anlässlich der Überarbeitung eine besondere Kollisionsvorschrift zu schaffen.⁷⁵ Während einige angesichts der vertraglichen Wesensmerkmale des PACS eine schuldrechtliche Qualifikation mit – begrenzter – Rechtswahlfreiheit vertreten,⁷⁶ befürworten andere eine Heranziehung der für das eheliche Güterrecht geltenden Vorschriften,⁷⁷ welche eine vorrangige Anknüpfung an das Recht des ersten gemeinsamen Wohnsitzes vorsehen.⁷⁸ Schließlich wird eine Anknüpfung an das Recht vertreten, unter welchem die Partnerschaft begründet wurde, also an das Registerstatut.⁷⁹

III. Faktische Lebensgemeinschaft am Beispiel Sloweniens

Im Gegensatz zum deutschen Recht knüpfen andere Länder an das tatsächliche Zusammenleben in einer Paarbeziehung weitreichende familienrechtliche Wirkungen. Mitunter wird die faktische Lebensgemeinschaft der Ehe in vermögensrechtlicher Hinsicht vollends gleichgestellt. Dies gilt etwa für Slowenien, soweit das Zusammenleben von gewisser Dauer und damit rechtlich anerkannt ist.⁸⁰ Wesentlich unterscheiden sich die in den Nachfolgestaaten Jugoslawiens verbreiteten faktischen Partnerschaften auch dadurch, dass manche auf verschiedengeschlechtliche Paare beschränkt sind (Slowenien,⁸¹ Föderation Bosnien und Herzegowina und Repu-

blika Srpska⁸²), andere dagegen, wenn auch mit Abwandlungen, gleichgeschlechtlichen Paaren offenstehen, wie in Kroatien.⁸³

1. Begründung, Wirkungen und Auflösung

Bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft slowenischen Rechts handelt es sich gemäß Art. 12 des slowenischen Gesetzes über die Ehe und die familiären Bezie-

65 Hierbei handelt es sich aus deutscher Sicht um eine Bruchteils-gemeinschaft mit Gesamthandselementen, bei der die Mit-eigentümer einen ideellen Anteil sowohl an der Gemeinschaft als auch an den ihr zugehörigen Einzelgegenständen haben; vgl. Frucht, *Pacte civil de solidarité* 2005, S. 19, Fn. 86; Sonnenberger/Auxetier, Einführung in das französische Recht, 3. Aufl. 2000, S. 146.

66 Art. 515–5 Abs. 1 u. 2. C. civ. a.F. Die abweichende Vereinbarung musste bei meubles meublants in der Urkunde über den PACS oder seiner Modifikation enthalten sein. Bei sonstigen Gegenständen bedurfte es einer abweichenden Vereinbarung im Rahmen des Erwerbsaktes. Zu den Einzelheiten Ferrand, in: Kroppenberg/Schwab/Henrich u. a., Rechtsregeln für nichteheliches Zusammenleben, S. 140; Kessler, *Partenariats enregistrés*, Rn. 299, Fn. 72; Mécarry, PACS, Rn. 502 ff.

67 Loi n° 2006–728, JO du 24 juin 2006.

68 Ferrand, a.a.O. (Fn. 44), S. 226; Flour, *Gazette du Palais* 1999, 284; Rubellin-Devichi, *JCP* 1999, n° 43, 1909, 1910.

69 Art. 515–5 C. civ. n.F. Die vor dem 1. 1. 2007 eingegangenen Solidaritätspakte unterliegen weiterhin den alten vermögensrechtlichen Regelungen, es sei denn, die Partner ändern den PACS ab; vgl. Mécarry, PACS, Rn. 519.

70 Art. 515–5–1 ff. C. civ. Durch diese gesetzliche Fiktion wird der Einwand, wonach die Finanzierungsbeteiligung unterschiedlich hoch gewesen sei, abgeschnitten; vgl. Mécarry, PACS, Rn. 523 ff. Vgl. zur Reichweite und den sonstigen Rechtsfolgen einer gewillkürten *indivision* Delecraz, *AJ famille* 2007, 12, 14 ff.; van Steenlandt, *JCP N* 2009, n° 35, 1251, p. 21.

71 Die dreimonatige Wartefrist ist mit Wirkung zum 1. 1. 2007 entfallen. Zu den Einzelheiten Mécarry, PACS, Rn. 1106.

72 Art. 515–6 C. civ.

73 Ferrand, a.a.O. (Fn. 44), S. 218; Mécarry, PACS, Rn. 1104.

74 Ferrand, a.a.O. (Fn. 44), S. 231. Vgl. jedoch Art. 515–7 Abs. 10 C. civ. betr. einen etwaigen Schadensersatzanspruch bei Auflösung.

75 Pillebout, a.a.O. (Fn. 47), Rn. 33. Überblick über den Streitstand bei Döbereiner, in: Süß/Ring, *Eherecht in Europa*, Länderbericht Frankreich, Rn. 250 m. w. N.; Jakob, *Lebenspartnerschaft*, 63 ff.

76 Kessler, *Partenariats enregistrés*, Rn. 283 ff. u. 290, dem zufolge mangels Rechtswahl an das Recht des Registerstaates angeknüpft werden soll.

77 Pillebout, a.a.O. (Fn. 47), Rn. 33. Ebenso Khairaliah, *Rev. crit. DIP* 89 (2000), 317, 327 ff. für „statusstarke“ Partnerschaften des dänischen oder niederländischen Rechts, wohingegen das jeweilige Heimatrecht die Begründung der Partnerschaft regeln soll.

78 Zu den Einzelheiten des französischen Ehegüterrechts Schotten/Schmellenkamp, *IPR*, Anh. II, S. 445 ff.

79 Ferrand, a.a.O. (Fn. 44), S. 244; Fulchiron, *J.D.I.* 2000, 889, 909. Ebenso Khairaliah, *Rev. crit. DIP* 89 (2000), 317, 327 u. 329 f. für „statusschwache“ Partnerschaften wie den PACS, wohingegen das jeweilige Heimatrecht die Begründung der Partnerschaft regeln soll.

80 Schotten/Schmellenkamp, *IPR*, Anh. II, S. 580; Schumann, *Nichteheliche Lebensgemeinschaften*, S. 35 f.; Rijavec/Kraljic, in: Scherpe/Yassari, *Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften*, S. 376, 382.

81 Rijavec/Kraljic, ebd., S. 379; Schumann, *Nichteheliche Lebensgemeinschaften*, S. 36. Zur registrierten gleichgeschlechtlichen Partnerschaft im slowenischen Recht Novak, *FamRZ* 2006, 600; Zadravec, *StAZ* 2007, 214.

82 Vgl. Bubić, in: Süß/Ring, *Eherecht in Europa*, Länderbericht Bosnien und Herzegowina, Rn. 81 ff. u. 132 f.; Jessel-Holst, in: Bergmann/Ferid/Henrich, *Int. Ehe- und Kindschaftsrecht*, Bosnien und Herzegowina, S. 42.

83 Vgl. Mihaljevic-Schulze/Pürner, in: Süß/Ring, *Eherecht in Europa*, Länderbericht Kroatien, Rn. 73 ff. und 82 ff. Insbesondere steht dem überlebenden gleichgeschlechtlichen Partner kein gesetzliches Erbrecht zu; vgl. Hlača, *FamRZ* 2008, 1701, 1703; Hrabar, in: Scherpe/Yassari, *Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften*, S. 402. Siehe auch OLG Koblenz, *NJW-RR* 1994, 648; Schotten/Schmellenkamp, *IPR*, Anh. II, S. 496.

hungen um eine längere Zeit dauernde Lebensgemeinschaft eines Mannes und einer Frau, die keine Ehe geschlossen haben und der im Falle einer Eheschließung keine Ehehindernisse (wie das Bigamieverbot oder Verwandtschaft) entgegenstünden.⁸⁴ Weder durch zweiseitige Vereinbarung noch durch einseitige Erklärung eines Partners gegenüber dem anderen kann die rechtliche Anerkennung der Verbindung als faktische Lebensgemeinschaft verhindert werden.⁸⁵ Von der Ehe unterscheidet sich die nichteheliche Lebensgemeinschaft nach außen durch die formlose Eingehung und (einseitige oder einvernehmliche) Auflösbarkeit.⁸⁶ Dagegen erstreckt sich die Lebensgemeinschaft in beiden Partnerschaften gleichermaßen auf das tatsächliche (insbesondere häusliche), emotionale, geschlechtliche und wirtschaftliche Zusammenleben.⁸⁷ Die erforderliche Dauer der Lebensgemeinschaft ist gesetzlich nicht geregelt. Es ist für den Einzelfall festzustellen, ob die Verbindung die für eine eheähnliche Paarbeziehung erforderliche Intensität erreicht hat.⁸⁸ Insbesondere genügt allein die Begründung eines gemeinsamen Haushalts nicht für die Annahme einer dauerhaften Lebensgemeinschaft; vielmehr muss dieser gemeinsame Haushalt eine relativ lange Zeit bestehen.⁸⁹ Die Prüfung, ob eine anzuerkennende nichteheliche Lebensgemeinschaft besteht, kann daher mit Unsicherheiten behaftet sein,⁹⁰ zumal das slowenische Recht keine gerichtliche Entscheidung über das Bestehen der faktischen Lebensgemeinschaft als Hauptfrage zulässt.⁹¹

Vermögensrechtlich hat die nichteheliche Lebensgemeinschaft dieselben Wirkungen wie eine Ehe, und zwar, sobald sie rechtlich anerkannt wird, rückwirkend ab dem Zeitpunkt ihrer Begründung.⁹² Ab diesem Zeitpunkt besteht eine Errungenschaftsgemeinschaft⁹³ und wird durch Arbeit erlangtes Vermögen, welches beide Partner gemeinsam oder einer von ihnen anschaffen, Gesamthandseigentum zu unbestimmten Teilen.⁹⁴ Dieses Erwerbsverhältnis ist bei Liegenschaften im Grundbuch einzutragen.⁹⁵ Mangels abweichender Vereinbarung können die Partner über ihr gemeinschaftliches Vermögen nur gemeinsam und einvernehmlich verfügen.⁹⁶

Ab ihrer rechtlichen Anerkennung begründet die nichteheliche Lebensgemeinschaft wie die Ehe ein gesetzliches Erbrecht des überlebenden Partners, so dass er beispielsweise mit Abkömmlingen zu gleichen Teilen erbt.⁹⁷ Zudem ist er pflichtteilsberechtigt.⁹⁸

2. Kollisionsrecht

Nach der Anknüpfungsleiter in Art. 41 des slowenischen IPR-Gesetzes⁹⁹ gilt für die familienrechtlichen Vermögensbeziehungen¹⁰⁰ der nichtehelichen Lebensgemeinschaft – wandelbar – vorrangig das gemeinsame Heimatrecht, bei unterschiedlicher Staatsangehörigkeit das Recht des gemeinsamen Wohnsitzes.¹⁰¹ Verweist das slowenische Kollisionsrecht auf das Recht eines anderen Staates, so handelt es sich dabei gemäß Art. 6 Abs. 1 IPR-Gesetz um eine Gesamtverweisung.¹⁰² Aus deutscher Sicht ist also das Kollisionsrecht des dritten Staates bei einer Weiterverweisung vom slowenischen IPR auf eine dritte Rechtsordnung vorab zu prüfen.¹⁰³

C. Partnerschaften im Anwendungsbereich von Art. 17 b EGBGB

I. Unmittelbarer Anwendungsbereich: eingetragene Lebenspartnerschaften

Gemäß Art. 17 b Abs. 1 S. 1 EGBGB unterliegen die Begründung, die allgemeinen und güterrechtlichen Wirkungen sowie die Auflösung einer Lebenspartnerschaft den Sachvorschriften des Register föhrenden Staates. Diese Anknüpfung an das Recht des Registerstaates (*lex libri*) gilt nicht nur für Lebenspartnerschaften i. S. des Lebenspartnerschaftsgesetzes, sondern erfasst auch funktional vergleichbare ausländische Partnerschaften. Ob deren Rechtswirkungen über die Rechtsfolgen der deutschen Lebenspartnerschaft hinausgehen oder hinter ihr zurückbleiben, ist ohne Belang. Dass Partnerschaften stärkeren Rechts von Art. 17 b EGBGB umfasst sind, ergibt sich aus Absatz 4, wonach die Wirkungen einer im Ausland eingetragenen Lebenspartnerschaft nicht weiter gehen als nach den deutschen Vorschriften. Dass Partnerschaften schwächeren Rechts einbezogen sind, folgt mittelbar aus Art. 17 b Abs. 3 EGBGB, wonach bei Neubegründung der Partnerschaft in einem weiteren Staat das Registerstatut der letzten Registrierung maßgeblich ist. Obwohl die Regelung allseitig ausgestaltet ist, kommt darin der Wille des Gesetzgebers zum Ausdruck, den Partnern einen Anreiz zur Neubegründung ihrer Gemeinschaft als deutsche Lebenspartnerschaft zu geben und damit die Geltung des (möglicherweise bindungsstärkeren) hiesigen Rechts zu gewährleisten.¹⁰⁴ Unstreitig gilt Art. 17 b EGBGB damit für alle gleichgeschlechtlichen Gemeinschaften, welche behördlich oder gerichtlich registriert sind, und zwar unabhängig

84 Vgl. Rijavec/Kraljic, a.a.O. (Fn. 80), S. 379 ff.

85 Novak, in: Kroppenberg/Schwab/Henrich u.a., Rechtsregeln für nichteheliches Zusammenleben, S. 267.

86 Vgl. Rijavec/Kraljic, a.a.O. (Fn. 80), S. 394.

87 Rijavec/Kraljic, a.a.O. (Fn. 80), S. 379.

88 Rijavec/Kraljic, a.a.O. (Fn. 80), S. 380; Schümann, Nichteeliche Lebensgemeinschaften, S. 157.

89 Rijavec/Kraljic, a.a.O. (Fn. 80), S. 380.

90 Rijavec/Kraljic, a.a.O. (Fn. 80), S. 381.

91 Novak, a.a.O. (Fn. 85), S. 279; Rijavec/Kraljic, a.a.O. (Fn. 80), S. 381.

92 Novak, a.a.O. (Fn. 85), S. 270. Zum Unterhaltsrecht Novak, FamRZ 2005, 1637.

93 Schotten/Schmellenkamp, IPR, Anh. II, S. 579 f.; Zupančič, in: Bergmann/Ferid/Henrich, Int. Ehe- und Kindschaftsrecht, Slowenien, S. 28.

94 Art. 51 Abs. 2 EheFamG. Vgl. Rijavec/Kraljic, a.a.O. (Fn. 80), S. 384 ff. Zur Abgrenzung vom Sondervermögen jedes Partners dies., S. 387; Schotten/Schmellenkamp, IPR, Anh. II, S. 579 f.; Zupančič, ebd., S. 58 ff.

95 Art. 55 EheFamG. Rijavec/Kraljic, a.a.O. (Fn. 80) S. 385.

96 Art. 52 Abs. 2 EheFamG. Vgl. Rijavec/Kraljic, a.a.O. (Fn. 80), S. 385; Schotten/Schmellenkamp, IPR, Anh. II, S. 580.

97 Zu Einzelheiten Rijavec/Kraljic, a.a.O. (Fn. 80), S. 392.

98 Novak, a.a.O. (Fn. 85), S. 273.

99 Dazu Rudolf, IPRax 2003, 158.

100 Für vertragliche Vermögensbeziehungen zwischen den Partnern gilt gemäß Art. 41 IPR-Gesetz unwandelbar das Recht, welches bei Vertragsschluss für die familienrechtlichen Vermögensbeziehungen maßgeblich war; vgl. Schotten/Schmellenkamp, IPR, Anh. II, S. 577.

101 Rijavec/Kraljic, a.a.O. (Fn. 80), S. 395; Schotten/Schmellenkamp, IPR, Anh. II, S. 577.

102 Vgl. Schotten/Schmellenkamp, IPR, Anh. II, S. 578.

103 Bei einer Rückverweisung auf das deutsche Recht bleibt das hiesige IPR dagegen gemäß Art. 4 Abs. 1 S. 2 EGBGB außer Betracht.

104 BT-Drs. 14/3751 S. 61; AnwKomm/Gebauer, Art. 17 b EGBGB, Rn. 69; MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 12.

davon, wie sie nach ihrem jeweiligen Registerrecht qualifiziert werden. Dass beispielsweise der französische PACS vor dem Inkrafttreten des Änderungsgesetzes zum 1. 1. 2007 im Kern als Vertrag angesehen wurde und die belgische *cohabitation légale* überwiegend vermögensrechtlich eingeordnet wird, hindert ihre Subsumtion *de lege fori* unter Art. 17 b EGBGB nicht.¹⁰⁵

Umstritten ist dagegen, ob gleichgeschlechtliche Ehen und heterosexuelle registrierte Partnerschaften Art. 17 b EGBGB unterliegen.¹⁰⁶ Diese Gemeinschaften finden in der Gesetzesbegründung keine Erwähnung. Auch § 35 Personenstandsgesetz gibt hierüber keinen Aufschluss: Mit Wirkung zum 1. 1. 2009 hat der Gesetzgeber Lebenspartnern, von denen zumindest einer Deutscher ist, darin die Möglichkeit eröffnet, ihre im Ausland eingegangene Verbindung im Lebenspartnerschaftsregister standesamtlich nachbeurkunden zu lassen.¹⁰⁷ Ausweislich der Gesetzesbegründung erfasst diese Vorschrift nur gleichgeschlechtliche Verbindungen, zumal die Nachbeurkundung auf „Lebenspartnerschaften i. S. des Lebenspartnerschaftsgesetzes“ beschränkt ist. Für verschiedengeschlechtliche Gemeinschaften gilt § 35 Personenstandsgesetz dagegen nicht.¹⁰⁸ Ob gleichgeschlechtliche Eheleute ihre Verbindung als Lebenspartnerschaft nachbeurkunden lassen können, ist unklar.¹⁰⁹ Für die kollisionsrechtliche Frage, ob Art. 17 b EGBGB gleichgeschlechtliche Ehen und registrierte verschiedengeschlechtliche Partnerschaften erfasst, ist der Anwendungsbereich von § 35 Personenstandsgesetz als Verfahrensvorschrift, die lediglich den Nachweis einer dem ausländischen Recht unterliegenden Lebenspartnerschaft erleichtern soll,¹¹⁰ allerdings unergiebig.¹¹¹ Die kollisionsrechtliche Qualifikation ist damit offen.

II. Sonstige förmlich begründete Partnerschaften

1. Gleichgeschlechtliche Ehe

Seinem Wortlaut nach fallen gleichgeschlechtliche Ehen, die in Europa bislang nur in den Niederlanden, Belgien, Spanien, Norwegen und Schweden eingeführt wurden, nicht in den Anwendungsbereich von Art. 17 b EGBGB. Zwar ist das niederländische Gesetz zur Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare bereits am 1. 4. 2001 und damit vor dem Lebenspartnerschaftsgesetz in Kraft getreten. Dennoch hat die gleichgeschlechtliche Ehe keinen Niederschlag in der Gesetzesbegründung zu Art. 17 a EGBGB a. F. gefunden.¹¹² In der Literatur wird teils von einer eherechtlichen Qualifikation ausgegangen mit der Folge, dass Art. 13 ff. EGBGB direkt oder analog und damit ggf. restriktive Heimatrechte Anwendung finden.¹¹³ Teils werden die gleichgeschlechtliche Ehe als Lebenspartnerschaft qualifiziert und ihre Wirkungen gemäß Art. 17 b EGBGB analog angeknüpft.¹¹⁴

a) „Qualifikation“ im Steuer- und Verwaltungsrecht

Die Zivilgerichte hatten, soweit ersichtlich, über die Qualifikation bislang nicht zu entscheiden. Indes haben der BFH und einige Verwaltungsgerichte die gleichgeschlechtliche Ehe als Lebenspartnerschaft „qualifiziert“ und insbesondere die „Kappungsregelung“ in Art. 17 b Abs. 4 EGBGB für anwendbar gehalten.¹¹⁵ Im Gegensatz dazu zieht das VG Darmstadt eine ehe-

rechtliche Qualifikation in Erwägung.¹¹⁶ Bei den Ausführungen in sämtlichen Entscheidungen handelt es sich jedoch um Hilferwägungen.¹¹⁷ Diese betreffen zudem nicht die zivilrechtlichen Wirkungen von gleichgeschlechtlichen Ehen und damit nicht das IPR. Stattdessen liegt ihnen die Fragestellung zugrunde, inwieweit das Tatbestandsmerkmal der Ehe i. S. einer öffentlich-rechtlichen Vorschrift (etwa die Hinterbliebenenrente betreffend) durch eine gleichgeschlechtliche Ehe als Auslandssachverhalt erfüllt wird.¹¹⁸ In der Terminologie des IPR¹¹⁹ waren der BFH und die Verwaltungsgerichte

105 Vgl. MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 12, der zutreffend darauf hinweist, dass die kollisionsrechtliche Subsumtion dieser Partnerschaften unter Art. 17 b EGBGB nicht die materiellrechtliche Substitution präjudiziert. Die Frage, ob bei Anwendung einer deutschen (zivil-, verwaltungs- oder strafrechtlichen) Rechtsnorm die Tatbestandsvoraussetzung der eingetragenen Lebenspartnerschaft durch eine bindungsschwächere Partnerschaft ausländischen Rechts erfüllt wird, ist also unabhängig von deren Einordnung im Rahmen von Art. 17 b EGBGB zu beurteilen.

106 Vgl. zu den daraus resultierenden Qualifikationsproblemen MünchKomm/Sonnenberger, Einl. IPR, Rn. 517.

107 § 23 LPartG sieht eine Länderöffnungsklausel vor. Dazu Gaaz, StAZ 2008, 198, 203 f.

108 Gaaz/Bornhofen, 2008, § 35 PStG, Rn. 7; Fachausschuss, StAZ 2009, 187, 189.

109 Gaaz/Bornhofen, § 35 PStG, Rn. 7.

110 Gaaz/Bornhofen, § 35 PStG, Rn. 15. Nach dem Gesetzeswortlaut genügt für die Nachbeurkundung die Begründung einer Lebenspartnerschaft im Ausland. Die Neubegründung der Lebenspartnerschaft in Deutschland würde also einer Nachbeurkundung der ursprünglich im Ausland begründeten Verbindung nicht entgegen stehen. Jedoch scheidet eine solche Nachbeurkundung an Art. 17 b Abs. 3 EGBGB, der vom Standesamt zu berücksichtigen ist. Zum kollisionsrechtlichen Prüfungsumfang des Standesamts Gaaz/Bornhofen, § 35 PStG, Rn. 8.

111 Der Gesetzgeber stellt in der Begründung zu § 35 PStG unter Bezugnahme auf Art. 17 b EGBGB klar, dass diese Kollisionsvorschrift nur solche „Verbindungen zweier gleichgeschlechtlicher Personen erfasst, die dem Institut der Lebenspartnerschaft i. S. des Lebenspartnerschaftsgesetzes (nur) funktional vergleichbar sind.“ Vgl. BT-Drs. 16/1831, S. 64. Für die Auslegung von Art. 17 b EGBGB ist diese – im Zuge der Reform des PStG „nachgeschobene“ – Einschätzung jedoch nicht bindend.

112 Laut VG Darmstadt, 5 L 277/08.DA, abrufbar über juris, Rn. 18 hat der Gesetzgeber an die gleichgeschlechtliche Ehe offenbar überhaupt nicht gedacht. In der Gesetzesbegründung wird lediglich auf ausländische Rechtsinstitute verwiesen, welche mit der eingetragenen Lebenspartnerschaft vergleichbar sind. Siehe BT-Drs. 14/3751, S. 60. So auch Winkler v. Mohrenfels, Die gleichgeschlechtliche Ehe im deutschen IPR und im europäischen Verfahrensrecht, FS Ansay, 2006, 530.

113 AnwKomm/Gebauer, Art. 17 b EGBGB, Rn. 18 f.; Forkert, Lebenspartnerschaften, S. 76 ff.; Jakob, Lebenspartnerschaft, S. 285; Palandt/Thorn, 69. Aufl. 2010, Art. 17 b EGBGB, Rn. 1; Winkler v. Mohrenfels, ebd., 539.

114 Hertel, in: Würzburger Notarhandbuch, 2. Aufl. 2010, Teil 7, Kap. 2, Rn. 72; MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 145 ff.; MünchKomm/Siehr, Art. 15 EGBGB, Rn. 201; Staudinger/Mankowski (2003), Art. 17 b EGBGB, Rn. 22; Süß, in: Süß/Ring, Ehe-recht in Europa, Teil II, Rn. 249.

115 BFH IPRax 2006, 287, 288; VG Karlsruhe IPRax 2006, 284, 287; VG Münster, Urteil v. 13. 12. 2007, 3 K 1845/05, abrufbar über beck-online; VG Köln, Urteil v. 19. 3. 2009, 13 K 1841/07 (nicht veröffentlicht).

116 VG Darmstadt, Beschluss v. 5. 6. 2008, 5 L 277/08.DA, abrufbar über juris, Rn. 17 f.

117 Röthel, IPRax 2006, 250, 251. In den in Fn. 115 genannten Entscheidungen diene Art. 17 b Abs. 4 EGBGB den Gerichten jeweils als Argumentationshilfe zur Begrenzung der öffentlich-rechtlichen Wirkungen einer gleichgeschlechtlichen Ehe.

118 Röthel, IPRax 2006, 250, 251.

119 Zutreffend weist Röthel, ebd., 251 darauf hin, dass das Verwaltungsrecht kein Kollisionsrecht im engeren Sinne kennt.

also nicht mit einer Qualifikation befasst,¹²⁰ sondern mit der materiellrechtlichen Substitution.¹²¹

Mithin ist die Qualifikation von gleichgeschlechtlichen Ehen keinesfalls geklärt.¹²² Jedoch kommt dem Urteil des BFH durchaus Indizwirkung für die Zivilgerichte zu. Zwar stellt sich die Frage der Substitution für jede Vorschrift neu. Auch deshalb scheidet eine vorbehaltlose Übertragung der im öffentlichen Recht erzielten Auslegungsergebnisse auf das Kollisionsrecht aus. Allerdings sind die Wechselwirkungen zwischen den zivilrechtlichen und den öffentlich-rechtlichen Rechtsfolgen von gleichgeschlechtlichen Ehen (bzw. anderen förmlich begründeten Partnerschaften) zu beachten. Dies gilt etwa für den Zusammenhang zwischen der gesetzlichen Unterhaltspflicht gleichgeschlechtlicher Ehepartner und ihrer im geltenden Recht noch nicht verankerten Hinterbliebenenversorgung.¹²³ Die bestehenden Wechselwirkungen auf der Ebene des Sachrechts legen eine einheitliche Einordnung gleichgeschlechtlicher Ehen im öffentlichen Recht und im IPR zumindest nahe. Anders als bei Partnerschaften schwächeren Rechts ist insbesondere die materielle Gleichwertigkeit mit dem Statusverhältnis der eingetragenen Lebenspartnerschaft bei gleichgeschlechtlichen Ehen stets zu bejahen.

b) Kollisionsrechtliche Qualifikation

Die Qualifikation muss sich vorrangig an der – auf das Kollisionsrecht durchschlagenden – Zielsetzung des Lebenspartnerschaftsgesetzes, die Diskriminierung homosexueller Lebensformen zu beenden, orientieren. Soweit allerdings vorgebracht wird, eine Anwendung von Art. 17 b EGBGB sei i. S. einer liberalen Grundhaltung geboten, damit vor allem bei gemischtnationalen Paaren nicht restriktive Heimatrechte gemäß Art. 13 EGBGB Geltung beanspruchen können, ist diese Argumentation zumindest ungenau. Legt man Art. 17 b Abs. 4 EGBGB mit der herrschenden Auffassung nicht einschränkend, sondern wörtlich als starre „Kappungsgrenze“ aus, so bedeutet die Subsumtion unter Art. 17 b EGBGB für ein niederländisches oder ein norwegisch-spanisches Ehepaar, deren Heimatrecht(e) die gleichgeschlechtliche Ehe zulassen, einen beträchtlichen Rückschritt und Eingriff in ihr Statusverhältnis.¹²⁴ Ob das Ziel, gleichgeschlechtliche Gemeinschaften unter Geltung des Registerprinzips anzuerkennen, unabhängig davon, ob deren Rechtswirkungen schwächer oder stärker als im deutschen Recht sind, durch die Subsumtion von gleichgeschlechtlichen Ehen unter Art. 17 b EGBGB erreicht wird, bleibt also nachzuweisen. Hierzu ist der Zielkonflikt zwischen der Anerkennung der gleichgeschlechtlichen Ehe dem Grunde nach und der Anerkennung ihrer weiter reichenden Rechtswirkungen zu entscheiden. Jedenfalls verdeutlicht Art. 17 b Abs. 4 EGBGB, dass das liberale Registerprinzip vorrangig der Anerkennung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften dem Grunde nach dienen soll, wohingegen die Reichweite ihrer Rechtswirkungen dem Vorbehalt des deutschen Registerstatuts unterliegt. In diesem Sinne ist das Interesse zweier Ehepartner, deren Heimatrecht(e) die gleichgeschlechtliche Ehe zulassen, an einer umfassenden Anerkennung ohne das Damoklesschwert des Art. 17 b Abs. 4 EGBGB weniger schutzwürdig als das Interesse eines Paares an der Überwindung eines re-

striktiven Heimatrechts und der Anerkennung ihrer Ehe dem Grunde nach. Die Frage nach den Wirkungen einer dem Grunde nach anzuerkennenden Partnerschaft betrifft „nur“ die kollisionsrechtliche Feinsteuerung nach Maßgabe des *ordre public*. Ohnehin scheidet eine Wirkungsbegrenzung bei Subsumtion unter Art. 17 b EGBGB aus, wenn man dessen Absatz 4 EGBGB angesichts der gebotenen teleologischen Reduktion als Verkehrsschutzvorschrift auslegt. Zieht man diese missglückte Regelung dagegen als Gradmesser für die Qualifikation der gleichgeschlechtlichen Ehe heran, würde man ihr mehr Bedeutung beimessen, als sie heute verdient.

Sind Statusangelegenheiten betroffen, so ist ferner zu berücksichtigen, dass die Partner auch vom deutschen IPR weitgehend vor einem „hinkenden“ Rechtsverhältnis bewahrt werden müssen. Da die gleichgeschlechtliche Ehe bislang nur in fünf europäischen Rechtsordnungen verankert ist, bestünde die Gefahr, dass ein nicht unerheblicher Teil der Ehen bei Geltung von Art. 13 EGBGB und damit Berücksichtigung von restriktiven Heimatrechten „hinkend“ wäre. Diesem Argument wird entgegengehalten, dass es die Betroffenen selbst in der Hand hätten, das „Hinken“ ihrer Partnerschaft zu verhindern: Anstelle einer gleichgeschlechtlichen Ehe nach niederländischem, belgischem, spanischem, neuerdings auch norwegischem oder schwedischem Recht sollten sie nach der jeweiligen Rechtsordnung eine registrierte Partnerschaft eingehen, deren Eingehungsvoraussetzungen nicht dem Heimatrecht, sondern dem Registerstatut unterliegen.¹²⁵ Überzeugen kann dieser Einwand nicht. Zum einen wird vorausgesetzt, dass die registrierte Partnerschaft stets als Alternative zur Verfügung steht. Dies ist in Norwegen und Schweden nicht der Fall. Diese beiden Staaten haben mit Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe¹²⁶ ihre Gesetze über gleichgeschlechtliche Partnerschaften auf-

120 Röthel, IPRax 2006, 250, 251.

121 Vgl. allg. zur Substitution MünchKomm/Sonnenberger, Einl. IPR, Rn. 602. In diesem Sinne, von einer Auslegungsfrage ausgehend, Röthel, IPRax 2006, 250, 251.

122 Röthel, IPRax 2006, 250, 251.

123 Vgl. BVerwG NJW 2000, 2038, 2039 betreffend gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften. Ihm folgend VG Münster, Urteil v. 13. 12. 2007, 3 K 1845/05, wonach die Ungleichbehandlung von eingetragenen Lebenspartnern und Ehegatten angesichts der Angleichung der Unterhaltsansprüche durch das LPartG zunehmend rechtfertigungsbedürftig werde. Vgl. auch BVerfG, FamRZ 2009, 1977 betreffend die betriebliche Hinterbliebenenversorgung für eingetragene Lebenspartner im öffentlichen Dienst.

124 Dieser Erwägung kann auch nicht entgegengehalten werden, dass sich eine Verkürzung der Rechtswirkungen einer gleichgeschlechtlichen Ehe bei Anwendung der Art. 14 f. EGBGB jedenfalls aus Art. 6 EGBGB ergeben würde. Denn anders als der allgemeine *ordre public*-Vorbehalt verlangt die Kappungsregelung in Art. 17 b Abs. 4 EGBGB ihrem Wortlaut nach weder Inlandsbezug noch einen gravierenden Verstoß gegen die wesentlichen Grundsätze des deutschen Rechts. Sie hat damit eine äußerst einschneidende Wirkung.

125 Winkler v. Mohrenfels, Die gleichgeschlechtliche Ehe im deutschen IPR und im europäischen Verfahrensrecht, FS Ansay, 2006, 537.

126 Zu den Übergangsregelungen für bereits registrierte Partnerschaften in Norwegen Frantzen, FamRZ 2008, 1707; Ring/Olsen-Ring, StAZ 2008, 304, 307; in Schweden Ring/Olsen-Ring, ZEV 2009, 508.

gehoben.¹²⁷ Selbst wenn eine Wahlmöglichkeit besteht, gibt es gute Gründe für die Eingehung der bindungsstärkeren Ehe; vorwerfbar ist diese Wahl in keinem Fall.¹²⁸ Zwar können die Eheleute nicht erwarten, dass ihre Verbindung außerhalb der Niederlande, Belgiens, Spaniens, Norwegens und Schwedens als Ehe anerkannt wird. Allerdings dürfen sie zumindest darauf vertrauen, dass ihre Ehe in Deutschland in demselben Umfang anerkannt wird wie eine ausländische registrierte Partnerschaft.¹²⁹

c) Konsequenz: vorsorgliche Begründung einer eingetragenen Lebenspartnerschaft?

Bis die Zivilgerichte die Anwendbarkeit von Art. 17 b EGBGB auf gleichgeschlechtliche Ehen bestätigt haben, stellt sich für in Deutschland lebende Eheleute, deren Heimatrecht oder Heimatrechte die gleichgeschlechtliche Ehe nicht zulassen,¹³⁰ die Frage, ob vorsorglich eine hiesige Lebenspartnerschaft begründet werden sollte. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die Eintragung der gleichgeschlechtlichen Ehe im Eheregister – sollte sie zugelassen werden –¹³¹ oder im Lebenspartnerschaftsregister keine rechtsbegründende Wirkung hat. Vielmehr bedarf es einer Neuregistrierung der bestehenden Ehe gemäß Art. 17 b Abs. 3 EGBGB als deutsche Lebenspartnerschaft. Abgesehen von den weiteren möglichen Folgen eines Statutenwechsels (bspw. Güterstandswechsel),¹³² geht die Neuregistrierung, jedenfalls aus der Perspektive des hiesigen IPR, mit einer Herabstufung der Rechtswirkungen auf das nach deutschem Recht zulässige Maß einher. Unter Fortgeltung eines ausländischen Registerstatuts besteht dagegen angesichts der schwerwiegenden Einwände gegen eine Anwendung von Art. 17 b Abs. 4 EGBGB als „Kappungsgrenze“ zumindest die Chance, dass die über das Lebenspartnerschaftsgesetz hinausgehenden Rechtswirkungen einer ausländischen Rechtsordnung auch in Deutschland anerkannt werden.

2. Verschiedengeschlechtliche registrierte Lebensgemeinschaft

Vor einer Subsumtion unter Art. 17 b EGBGB, der mit seinem Bezug auf eingetragene Lebenspartnerschaften nur gleichgeschlechtliche Gemeinschaften erfasst, stellt sich bei verschiedengeschlechtlichen registrierten Lebensgemeinschaften die „Vorfrage“, ob diese schuld- und damit nicht familienrechtlich zu qualifizieren sind.

a) Familienrechtliche Qualifikation

Eine schuldvertragliche Qualifikation kommt unter zwei Gesichtspunkten in Betracht. Generell ließe sie sich darauf stützen, dass der deutsche Gesetzgeber die Lebenspartnerschaft auf homosexuelle Paare beschränkt hat und heterosexuellen Paaren neben der Ehe nur die faktische Lebensgemeinschaft offensteht. Darüber hinaus liegt eine schuldvertragliche Qualifikation im Besonderen für solche heterosexuellen Partnerschaften nahe, die im Verhältnis zur deutschen Lebenspartnerschaft geringere familienrechtliche Wirkungen haben, wie etwa der *pacte civil de solidarité*.¹³³

Für die generelle Qualifikation ist die Entscheidung des deutschen Gesetzgebers, verschiedengeschlechtlichen

Paaren keine Registrierung zu ermöglichen, jedoch unbeachtlich. Dies ergibt sich zum einen aus der notwendigen Abstraktheit des Kollisionsrechts gegenüber dem materiellen Recht. Die im materiellen Familienrecht bestehende Regelungslücke für verschiedengeschlechtliche Paare hat also nicht zwangsläufig ihre Entsprechung im IPR. Zum anderen würde die auf heterosexuelle Paare beschränkte schuldvertragliche Qualifikation einer allen Paaren offenstehenden Partnerschaft wie des PACS dazu führen, dass ein einheitliches Rechtsinstitut je nach sexueller Orientierung der Partner unterschiedlich qualifiziert wird.¹³⁴ Mit einer solchen Differenzierung würde der materiellrechtlichen Unzulässigkeit von registrierten Partnerschaften zwischen Heterosexuellen ein zu großes Gewicht im Kollisionsrecht eingeräumt. Zum Schutz der wesentlichen Grundsätze des deutschen Rechts genügt auch hier der *ordre public*-Vorbehalt.¹³⁵

Im Besonderen ist eine familienrechtliche Qualifikation auch solcher verschiedengeschlechtlicher Partnerschaften geboten, deren Rechtswirkungen hinter dem Lebenspartnerschaftsgesetz zurückbleiben.¹³⁶ Für gleichgeschlechtliche Partnerschaften folgt dies aus Art. 17 b Abs. 3 EGBGB und dem Bestreben, den Partnern einer nach dem hiesigem Registerstatut anerkannten Partnerschaft schwächeren Rechts den Anreiz zu einer Neuregistrierung in Deutschland zu geben.¹³⁷ Die familienrechtliche Regelungstiefe des Lebenspartnerschafts-

127 In gleicher Weise ist nicht auszuschließen, dass andere Staaten künftig unmittelbar die gleichgeschlechtliche Ehe zulassen, ohne die registrierte Partnerschaft als Vorstufe einzuführen. Winkler v. Mohrenfels, Die gleichgeschlechtliche Ehe im deutschen IPR und im europäischen Verfahrensrecht, FS Ansay, 2006, 537 hält dies für eher unwahrscheinlich.

128 A. A. Winkler v. Mohrenfels, Die gleichgeschlechtliche Ehe im deutschen IPR und im europäischen Verfahrensrecht, FS Ansay, 2006, 537.

129 Insoweit hinkt der von Winkler v. Mohrenfels, ebd., 537 ins Feld geführte Vergleich mit der polygamen Ehe. Die Vielehe wird zwar als Ehe i. S. von Art. 13 ff. EGBGB qualifiziert, unterliegt jedoch bei hinreichendem Inlandsbezug dem *ordre public*-Vorbehalt; vgl. MünchKomm/Coester, Art. 13 EGBGB, Rn. 66 ff. Dagegen kann bei einer gleichgeschlechtlichen Ehe bereits die Subsumtion unter Art. 13 ff. EGBGB dazu führen, dass diese Ehe in Deutschland keinerlei Rechtswirkungen zeitigt, ohne dass es auf den speziellen Vorbehalt in Art. 17 b Abs. 4 EGBGB überhaupt ankäme. Die gleichgeschlechtliche Ehe würde damit *de facto* gegenüber einer polygamen Ehe schlechtergestellt. Zum Bigamieverbot im Zusammenhang mit Partnerschaften außerhalb der traditionellen Ehe MünchKomm/Coester, Art. 13 EGBGB, Rn. 62 ff.

130 Lassen dagegen beide Heimatrechte die gleichgeschlechtliche Ehe zu, so führen sowohl Art. 13 EGBGB als auch Art. 17 b EGBGB zu einer Anerkennung dem Grunde nach. Handlungsbedarf besteht in diesem Fall nicht.

131 Laut Auskunft des Standesamts Köln wurde die Eintragung einer gleichgeschlechtlichen Ehe kanadischen Rechts in das Eheregister kürzlich abgelehnt. Vgl. zur Ablehnung der Eintragung einer gleichgeschlechtlichen Ehe als Ehe in das Melderegister VG Köln, Urteil v. 19. 3. 2009, 13 K 1841/07.

132 Dazu unten VI.

133 Obwohl der PACS ursprünglich als Vertrag konzipiert wurde, führt seine Eingehung zu familienrechtlichen Bindungen. Dies spricht gegen eine schuldrechtliche Qualifikation. Eine solche erwägt und verwirft im Ergebnis MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 128 f. Vgl. auch Heiderhoff, in: Bamberger/Roth, 2. Aufl. 2008, Art. 17 b EGBGB, Rn. 13 f.

134 Kritisch AnwKomm/Gebauer, Art. 17 b EGBGB, Rn. 14.

135 Selbstverständlich gilt Art. 6 EGBGB unabhängig davon, ob man verschiedengeschlechtliche registrierte Partnerschaften schuld- oder familienrechtlich qualifiziert.

136 Im Ergebnis MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 129.

137 Vgl. AnwKomm/Gebauer, Art. 17 b EGBGB, Rn. 69.

gesetzes stellt also keineswegs ein für die Qualifikation ausländischer Partnerschaften maßgebliches Minimum dar. In diesem Sinne ist Art. 17 b EGBGB für gleich- und verschiedengeschlechtliche Partnerschaften gleichermaßen weit auszulegen.¹³⁸

b) Entsprechende Anwendung von Art. 17 b EGBGB

Aus der familienrechtlichen Qualifikation von heterosexuellen Partnerschaften folgt ihre Zuordnung zu Art. 17 b EGBGB keineswegs zwingend. Ob die eherechtlichen Vorschriften der Art. 13 ff. EGBGB unmittelbar¹³⁹ bzw. analog¹⁴⁰ oder Art. 17 b EGBGB unmittelbare¹⁴¹ bzw. entsprechende¹⁴² Anwendung finden, ist vielmehr umstritten. Für eine Analogie zum Internationalen Eherecht könnte allenfalls sprechen, dass es sich bei der Partnerschaft möglicherweise um eine Vorstufe zur Heirat handelt,¹⁴³ so dass Anlass zur Wahrung der Anknüpfungskontinuität bestünde. Ob dieser Befund rechtstatsächlich zutrifft, darf bezweifelt werden, weil die Partnerschaft auch als dauerhafte Alternative zur Ehe gewählt werden kann. Auch die von Süß ins Felde geführten Qualifikationsprobleme angesichts der weitgehenden Angleichung der registrierten Lebensgemeinschaft an die Ehe, etwa in den Niederlanden, stehen einer Registeranknüpfung nicht entgegen. Anders als bei homosexuellen Partnerschaften, die entweder als Ersatz für die Ehe (in Deutschland) oder als zusätzliche Option (in den Niederlanden) konzipiert sind, ist die Einordnung heterosexueller Partnerschaften eindeutig, weil ihre Einführung stets eine zusätzliche Option eröffnet.¹⁴⁴ Schließlich ist nicht ersichtlich, warum gleichgeschlechtliche Paare in den Genuss des staatsangehörigkeitsunabhängigen und damit vorteilhaften¹⁴⁵ Registerprinzips sowie der erb- und unterhaltsrechtlichen Hilfsanknüpfungen (Art. 17 b Abs. 1 S. 2 EGBGB) kommen sollen, verschiedengeschlechtliche Paare hingegen nicht.¹⁴⁶ Dass das Lebenspartnerschaftsgesetz ursprünglich Diskriminierungen von gleichgeschlechtlichen Gemeinschaften beheben sollte, rechtfertigt in der Konsequenz keine mittelbare Diskriminierung von heterosexuellen Paaren.¹⁴⁷ Aus Gründen des Eheschutzes ist eine solche, an Art. 3 GG zu messende Ungleichbehandlung im Kollisionsrecht jedenfalls nicht geboten. Im Gegenteil genießen die Partner eines heterosexuellen *pacte civil de solidarité* in gleicher Weise Vertrauensschutz in die Fortgeltung der zwischen ihnen begründeten Bindungen bei Verzug ins Ausland und damit die gleiche Freizügigkeit hinsichtlich ihres Personenstandes wie homosexuelle Partner.¹⁴⁸

III. Intertemporale Anwendbarkeit auf „Altpartnerschaften“

Mangels Übergangsregelung¹⁴⁹ ist fraglich, ob Art. 17 b EGBGB für Partnerschaften gilt, die vor seinem Inkrafttreten am 1. 8. 2001 begründet worden sind. Wendet man die Übergangsvorschrift zum Gesetz vom 25. 6. 1986 zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts in Art. 220 Abs. 1 u. 2 EGBGB entsprechend an, so stünde die Begründung einer registrierten Lebensgemeinschaft als abgeschlossener Vorgang i. S. von Art. 220 Abs. 1 EGBGB analog mangels Rückwirkung unter dem Vor-

behalt, dass das Heimatrecht jedes Partners in entsprechender Anwendung von Art. 13 Abs. 1 EGBGB¹⁵⁰ deren Eingehung gestattet.¹⁵¹ Dies widerspricht nicht nur dem Interesse der Beteiligten, sondern auch dem uneingeschränkten Willen des Gesetzgebers, auch im Ausland eingetragenen Partnerschaften Geltung zu verschaffen.¹⁵² Weit überwiegend wird daher eine rückwirkende

138 Vgl. MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 12.

139 AnwKomm/Gebauer, Art. 17 b EGBGB, Rn. 18; Fachausschuss, StAZ 2009, 187, 189.

140 Looschelders, IPR, 2004, Art. 17 b EGBGB, Rn. 5; Martiny, in: Hausmann/Hohloch, Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, 2. Aufl. 2004, Kap. 12, Rn. 63; Staudinger/Mankowski, Art. 17 b EGBGB, Rn. 102; Süß, a.a.O. (Fn. 114), Teil II, Rn. 252 u. 280.

141 AnwKomm/Gebauer, Art. 17 b EGBGB, Rn. 9; Thorn, Besondere Kollisionsnormen und allgemeine Lehren des IPR, FS Jayme, 2004, Band I, 957; ders., IPRax 2002, 349, 355.

142 Palandt/Thorn, Art. 17 b EGBGB, Rn. 1; Erman/Hohloch, 12. Aufl. 2008, Art. 17 b EGBGB, Rn. 6; Heiderhoff, a.a.O. (Fn. 133), Art. 17 b EGBGB, Rn. 14; Coester, Die kollisionsrechtliche Bedeutung des BundesverfassungsgerichtsUrteils zur Lebenspartnerschaft, FS Sonnenberger, 2004, 329; Dörner, Grundfragen der Anknüpfung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften, FS Jayme, Band I, 2004, 151; MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 132; Schaal, ZNotP 2009, 290, 298. Tendenziell für eine analoge Anwendung Wagner, IPRax 2001, 281, 292. Kritisch zur Analogie Forkert, Lebenspartnerschaften, 2003, S. 71 ff.

143 In diesem Sinne Süß, a.a.O. (Fn. 114), Teil II, Rn. 252.

144 In diesem Sinne MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 130. Inwieweit die von Süß kritisierte Abgrenzung anhand der Bezeichnung durch den Gesetzgeber unbefriedigend sein soll, ist nicht ersichtlich. Letztlich ergibt auch die systematische Stellung der einschlägigen Vorschriften im Familienrecht, ob es sich um eine Ehe im traditionellen Sinne oder eine eheähnliche Partnerschaft handelt.

145 Vgl. Andrae, a.a.O., Fn. (25), § 10, Rn. 57; Dörner, Grundfragen der Anknüpfung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften, FS Jayme, Band I, 2004, 151; Hausmann, Überlegungen zum Kollisionsrecht registrierter Partnerschaften, FS Henrich, 2000, 252.

146 Im Ergebnis ebenso Schaal, ZNotP 2009, 290, 298; Thorn, Besondere Kollisionsnormen und allgemeine Lehren des IPR, FS Jayme, 2004, Band I, 966.

147 So jedoch im Ergebnis Looschelders, Art. 17 b EGBGB, Rn. 5. Vgl. auch Staudinger/Mankowski, Art. 17 b EGBGB, Rn. 101. Dagegen Heiderhoff, a.a.O. (Fn. 133), Art. 17 b EGBGB, Rn. 14; MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 131.

148 Im Ergebnis ebenso AnwKomm/Gebauer, Art. 17 b EGBGB, Rn. 14; MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 131; Schaal, ZNotP 2009, 290, 298. Vgl. auch Staudinger/Mankowski, Art. 17 b EGBGB, Rn. 102. Der Umstand, dass sich das Registerprinzip bislang international nicht durchgesetzt hat, ändert nichts daran, dass die mit der Registereintragung verbundenen Erwartungen der Beteiligten schutzwürdig sind.

149 Die Gesetzesbegründung stellt die zeitliche Anwendbarkeit ebenso wenig klar; vgl. BT-Drs. 14/3751.

150 Vgl. zu der vor Geltung des Art. 17 b EGBGB vorherrschenden Anknüpfung der Eingehungsvoraussetzungen gemäß Art. 13 Abs. 1 EGBGB analog Frank, MittBayNot 2001 SdH 35 m. w. N.; Thorn, Besondere Kollisionsnormen und allgemeine Lehren des IPR, FS Jayme, 2004, Band I, 967; Süß, DNotZ 2001, 168, 170, Fn. 11.

151 Vgl. MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 5. Dagegen geht der Fachausschuss, StAZ 2005, 21 von einem Dauerrechtsverhältnis aus, das ab Inkrafttreten von Art. 17 b EGBGB in dessen Anwendungsbereich fällt und, soweit zuvor Art. 13 Abs. 1 EGBGB analog der Wirksamkeit der Partnerschaft entgegen stand, ab diesem Zeitpunkt wirksam ist. Allerdings betrifft Art. 220 Abs. 2 EGBGB nur die Wirkung bestehender familienrechtlicher Verhältnisse; für deren wirksame Begründung ist allein Art. 220 Abs. 1 EGBGB maßgeblich, wonach Art. 17 b EGBGB auch *ex nunc* keine Anwendung finden könnte.

152 MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 5. Staudinger/Mankowski, Art. 17 b EGBGB, Rn. 95; Süß, DNotZ 2001, 168, 170. Thorn, Besondere Kollisionsnormen und allgemeine Lehren des IPR, FS Jayme, 2004, Band I, 967. Dagegen geht Jakob, Lebenspartnerschaften, S. 286 davon aus, dass die unwirksame Partnerschaft als geheilt anzusehen ist, wenn sie nach Maßgabe von Art. 17 b EGBGB wirksam wäre. Worin der Heilungsakt bestehen

Anwendung befürwortet,¹⁵³ zumal den Partnern eine neuerliche „Begründung“ im Ausland unter Geltung von Art. 17 b EGBGB, soweit sie nach dem ausländischen Registerstatut überhaupt zulässig ist,¹⁵⁴ schlechterdings nicht zugemutet werden kann.

IV. Grundsatzanknüpfung an das Registerstatut

Art. 17 b EGBGB sieht für die Begründung, die allgemeinen und güterrechtlichen Wirkungen sowie die Auflösung einer eingetragenen Lebenspartnerschaft, also den familienrechtlichen Kernbereich des Statusverhältnisses, die Anwendung der Sachvorschriften des Register führenden Staates (*lex libri*)¹⁵⁵ vor. Nur ausnahmsweise gilt der Grundsatz der Gesamtverweisung, und zwar im Rahmen der allgemeinen erbrechtlichen Anknüpfung nach Art. 25 EGBGB. Treffen die Partner außerhalb des familienrechtlichen Kernbereichs Abreden rein schuldrechtlicher Natur, so gelten die im Zusammenhang mit faktischen Lebensgemeinschaften nachstehend unter D. III. 1. a) dargestellten Grundsätze.

1. Registrierte Partnerschaft

Für gleich- oder verschiedengeschlechtliche Partnerschaften ist allein das Recht des Register führenden Staates maßgeblich. Unbeachtlich ist dagegen, etwa bei Eingehung einer Partnerschaft vor einer Auslandsvertretung in Deutschland,¹⁵⁶ der inländische¹⁵⁷ Ort der Registrierung der Lebenspartnerschaft (*lex loci celebrationis*).¹⁵⁸

2. Gleichgeschlechtliche Ehe

Bei gleichgeschlechtlichen Ehen, welche *per se* keinem Registerrecht unterliegen, bedeutet die Geltung des Registerstatuts sinngemäß, dass die Sachvorschriften derjenigen Rechtsordnung Anwendung finden, welcher sich die Partner durch die „Wahl“ der für ihre Eheschließung zuständigen Stelle unterworfen haben. Die vor einem niederländischen Standesbeamten eingegangene gleichgeschlechtliche Ehe unterliegt daher gemäß Art. 17 b Abs. 1 S. 1 EGBGB analog dem niederländischen Recht. Wird eine gleichgeschlechtliche Ehe vor einer Auslandsvertretung in Deutschland geschlossen, so finden gemäß Art. 17 b Abs. 1 S. 1 EGBGB analog wie bei registrierten Partnerschaften die Sachvorschriften des jeweiligen ausländischen Rechts Anwendung.¹⁵⁹

V. Fehlende Rechtswahlmöglichkeit

Anders als das Internationale Eherecht erlaubt Art. 17 b EGBGB keine Rechtswahl hinsichtlich der allgemeinen oder güterrechtlichen Wirkungen der Partnerschaft.¹⁶⁰ Die Gesetzesbegründung verweist stattdessen auf die Möglichkeit, im Wege der Neubegründung der Partnerschaft gemäß Art. 17 b Abs. 3 EGBGB die Wirkungen einer Rechtswahl herbeizuführen.¹⁶¹ Kollisionsrechtlich unterliegt eine solche mittelbare Rechtswahl zwar keinerlei Beschränkungen. Materiellrechtlich wird die Neubegründung in einem Staat, zu dem keiner der Partner hinreichend enge Verbindungen hat, allerdings daran scheitern, dass die Eingehungsvoraussetzungen des ausländischen Registerstatuts nicht vorliegen.¹⁶² Die gleichheitswidrige Benachteiligung gegenüber verschiedenge-

schlechtlichen Ehegatten liegt gerade darin, dass nicht das Kollisionsrecht die Rechtswahl beschränkt (Art. 14 Abs. 2 u. 3 EGBGB, Art. 15 Abs. 2 EGBGB), sondern die Entscheidung über die Beschränkung stattdessen dem ausländischen materiellen Recht überantwortet wird.¹⁶³

VI. Verhältnis „mehrerer“ Partnerschaften zueinander, Art. 17 b Abs. 3 EGBGB

Bestehen Partnerschaften zwischen denselben¹⁶⁴ Personen in verschiedenen Staaten, so ist die zuletzt begründete vom Zeitpunkt ihrer Begründung an für die Anknüpfung gemäß Art. 17 b EGBGB maßgebend. Zur Herbeiführung eines Statutenwechsels bedarf es einer erneuten konstitutiven Begründung in einem anderen Staat. Die standesamtliche Nachbeurkundung einer im Ausland begründeten Lebenspartnerschaft, wie sie § 35 Personenstandsgesetz vorsieht, genügt dagegen nicht, weil diese Registrierung lediglich zur Erlangung einer deutschen Personenstandsurkunde dient, welche die ausländische Partnerschaft verlaublich macht.¹⁶⁵

soll, bleibt dagegen unklar. Für eine Berücksichtigung von Altpartnerschaften, jedoch ohne Begründung Martiny, a.a.O. (Fn. 140), Kap. 12, Rn. 54.

153 AnwKomm/Gebauer, Art. 17 b EGBGB, Rn. 37; Palandt/Thorn, Art. 17 b EGBGB, Rn. 1; MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 5; Staudinger/Mankowski, Art. 17 b EGBGB, Rn. 95; Andrae, a.a.O. (Fn. 25), § 10, Rn. 2, Fn. 7; Thorn, Besondere Kollisionsnormen und allgemeine Lehren des IPR, FS Jayme, 2004, Band I, 967. Zweifelnd Jakob, Lebenspartnerschaft, S. 286. Frucht, Pacte civil de solidarité, S. 209ff. zufolge beschränkt sich die Rückwirkung indes auf das Innenverhältnis der Partnerschaft. Inwieweit Dritte ein schützenswertes Interesse an der Nicht-Anwendung des Registerprinzips auf Altpartnerschaften haben, ist jedoch nicht ersichtlich; so auch Thorn, ebd. Generell gegen eine rückwirkende Anwendung Erman/Hohloch, Art. 17 b EGBGB, Rn. 5; Fachauschuss, StAZ 2005, 21. Vermittelnd Forkert, Lebenspartnerschaften, S. 326 f.

154 Jedenfalls scheidet eine neuerliche Begründung in solchen Staaten aus, welche die registrierte Partnerschaft mit Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe abgeschafft haben, wie Norwegen und Schweden.

155 MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 20.

156 Die Eingehung einer registrierten Lebensgemeinschaft vor einer Auslandsvertretung gestattet etwa das französische Recht für den *pacte civil de solidarité*, soweit zumindest einer der Beteiligten die französische Staatsangehörigkeit hat; siehe Art. 515-3 Code civil. Die Begründung einer Lebenspartnerschaft vor einer deutschen Auslandsvertretung ist bislang nicht vorgesehen.

157 Auslandsvertretungen sind in diesem Sinne nicht extraterritorial; vgl. BGHZ 82, 34, 43 f. = NJW 1982, 517, 519; MünchKomm/Coester, Art. 13 EGBGB, Rn. 131 u. 134; vgl. auch Art. 13 Abs. 3 S. 2 EGBGB.

158 Andrae, a.a.O. (Fn. 25), § 10, Rn. 16; AnwKomm/Gebauer, Art. 17 b EGBGB, Rn. 2, Fn. 8; Martiny, a.a.O. (Fn. 140), Kap. 12, Rn. 74; MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 20.

159 Die Eheschließung vor einer Auslandsvertretung ist nach dem Recht der Niederlande, Spaniens und Schwedens generell nicht vorgesehen. Nach dem belgischen Recht ist sie zwar auch für gleichgeschlechtliche Ehen zulässig, wird jedoch nicht praktiziert. Die norwegischen Auslandsvertretungen in Deutschland nehmen eine Trauung gleichgeschlechtlicher Paare nicht vor, wenn einer der Partner Deutscher ist.

160 Kritisch Forkert, Lebenspartnerschaften, S. 117 ff.

161 BT-Drs. 14/3751, S. 61; Palandt/Thorn, Art. 17 b EGBGB, Rn. 3; Staudinger/Mankowski, Art. 17 b EGBGB, Rn. 77.

162 Staudinger/Mankowski, Art. 17 b EGBGB, Rn. 77.

163 Vgl. Süß, a.a.O. (Fn. 114), Teil II, Rn. 257.

164 Vgl. Staudinger/Mankowski, Art. 17 b EGBGB, Rn. 82.

165 Gaaz/Bornhofer, § 35 PStG, Rn. 15 f.

Der Gesetzeswortlaut vermittelt den Eindruck, dass bei Neubegründung einer bestehenden Partnerschaft, etwa im Fall der Eingehung einer deutschen Lebenspartnerschaft zwischen den Partnern eines *pacte civil de solidarité*, zwei Partnerschaften nebeneinander bestehen, und zwar vom Tage ihrer jeweiligen Begründung an.¹⁶⁶ Aus der Sicht des deutschen materiellen Rechts ist ein solches Nebeneinander möglich, weil das Bestehen einer Lebenspartnerschaft zwischen denselben Personen kein Eingehungshindernis i. S. von § 1 Abs. 3 Ziffer 3 Lebenspartnerschaftsgesetz begründet.¹⁶⁷ Ob die ausländische Partnerschaft nach dem dortigen materiellen Recht von Gesetzes wegen endet, wenn in einem weiteren Staat eine solche Verbindung eingegangen wird, und ob das ursprüngliche Registerstatut eine Neuregistrierung überhaupt zulässt,¹⁶⁸ wäre im Einzelfall festzustellen. Ausgeschlossen erscheint ein Nebeneinander zweier Partnerschaften also keineswegs.¹⁶⁹ Kollisionsrechtlich ist eine solche Kumulation jedoch nicht überzeugend. Mit der Regelung in Art. 17 b Abs. 3 EGBGB bringt der Gesetzgeber vielmehr zum Ausdruck, dass vom Zeitpunkt der Begründung der letzten Partnerschaft an ausschließlich diese maßgeblich sein soll, damit nicht zwei Rechtsordnungen parallel Anwendung finden.¹⁷⁰ Die an die „Begründung“ anknüpfende Gesetzesformulierung ist allein dem Umstand geschuldet, dass die im Ausland eingegangene Partnerschaft zwar im Melde- und ggf. im Lebenspartnerschaftsregister verlaubar, nicht hingegen in dem Sinne „neu registriert“ werden kann, dass sie durch bloße Eintragung fortan dem deutschen Recht unterliegt.¹⁷¹ Kollisionsrechtlich handelt es sich bei dem ursprünglich in Frankreich begründeten *pacte civil de solidarité* und der sodann in Deutschland neu begründeten Lebenspartnerschaft um ein und dieselbe Verbindung, welche nach deutschem IPR lediglich einem Statutenwechsel unterliegt.¹⁷² Allein auf diese Weise wird die Kontinuität des Statusverhältnisses gewahrt.

Der – für alle Art. 17 b EGBGB unterfallenden Regelungsgegenstände (einschließlich der Hilfsanknüpfungen) geltende –¹⁷³ Statutenwechsel wirkt nicht auf den Zeitpunkt der erstmaligen Begründung der Partnerschaft zurück, sondern lediglich *ex nunc* ab Neubegründung.¹⁷⁴ Dadurch werden die Belange Dritter hinreichend geschützt. Gilt beispielsweise für die Partner eines ab dem 1. 1. 2007 begründeten *pacte civil de solidarité* nach dem französischen Registerstatut Gütertrennung, so entsteht die gesetzliche Zugewinngemeinschaft am Tage der Neubegründung der deutschen Lebenspartnerschaft. Das Anfangsvermögen ist gesetzlich auf diesen Zeitpunkt fixiert. Selbstverständlich bleibt es den Partnern unbenommen, das Anfangsvermögen durch notariell zu beurkundenden Partnerschaftsvertrag auf einen früheren Zeitpunkt vorzuverlegen.¹⁷⁵ Im Gegenzug kann sich aus der Neubegründung ein Güterstandswechsel ergeben, der eine Überleitung des alten in den neuen Güterstand erforderlich macht.

Da Art. 17 b Abs. 3 EGBGB unmittelbar nur für deutsche Gerichte und Behörden gilt, zeitigt die hiesige Neuregistrierung möglicherweise nicht die gewünschte statutenwechselnde Wirkung im Ausland, insbesondere im ursprünglichen Registrierungsstaat. Mangels einer Art. 17 b Abs. 3 EGBGB vergleichbaren Regelung im dortigen Kollisionsrecht würde die Lebenspartnerschaft

aus ausländischer Sicht möglicherweise weiterhin dem ursprünglichen Registerrecht unterliegen.¹⁷⁶ Zur Vermeidung eines solchen Nebeneinanders kommt die Auflösung der zuerst begründeten Verbindung in Betracht, wobei wiederum aus Sicht des ursprünglichen Registerstaates zu überprüfen ist, ob dadurch, wie im Rahmen von Art. 17 b Abs. 3 EGBGB, die Kontinuität der einheitlichen Partnerschaft gewährleistet ist oder – wahrscheinlicher – die im Ausland begründete Partnerschaft abgewickelt werden muss. *De lege ferenda* ließe sich diese Rechtsunsicherheit unschwer durch ersatzlose Streichung von Art. 17 b Abs. 3 EGBGB und Zulassung der Rechtswahl beheben.

VII. „Kappungsregelung“

Art. 17 b Abs. 4 EGBGB bestimmt, dass die Wirkungen einer im Ausland eingetragenen Lebenspartnerschaft nicht weiter gehen als nach den Vorschriften des BGB und des Lebenspartnerschaftsgesetzes. Bei wörtlicher Auslegung handelt es sich um eine über den allgemeinen *ordre public* hinausgehende spezielle „Kappungsgrenze“,¹⁷⁷ die dazu führt, dass sich das deutsche Sachrecht gegenüber einem weiter reichenden ausländischen Registerstatut durchsetzt. In der Literatur begegnet diese Vorschrift, über deren Auslegung die Zivilgerichte, soweit ersichtlich, bislang nicht zu entscheiden hatten, erheblichen Einwänden.

166 MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 19.

167 Hierbei handelt es sich um eine ausschließlich sachrechtliche Frage; vgl. Martiny, a.a.O. (Fn. 140), Kap. 12, Rn. 78.

168 Hierbei handelt es sich um eine Vorfrage im Rahmen von Art. 17 b Abs. 3 EGBGB; vgl. MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 18; Staudinger/Mankowski, Art. 17 b EGBGB, Rn. 79.

169 Hiervon zu unterscheiden ist die kollisionsrechtliche Frage, welche Bedeutung der ursprüngliche Registrierungsstaat der späteren „Neuregistrierung“ etwa in Deutschland beimisst. Dies hängt maßgeblich davon ab, welches Anknüpfungsmoment das dortige IPR für Lebenspartnerschaften vorsieht. MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 18 zufolge ist eine Regelung wie Art. 17 b Abs. 3 EGBGB „international eher ungewöhnlich“.

170 BT-Drs. 14/3751, S. 60 f.

171 In diesem Sinne formuliert die Gesetzesbegründung den zu regelnden Normenkonflikt für den Fall, dass die Lebenspartner die „Eintragung ihrer Lebenspartnerschaft in einem weiteren Staat“ herbeiführen; siehe BT-Drs. 14/3751, S. 60 f. Im Kontext einer mittelbaren Rechtswahl im Wege der Neubegründung verweist die Begründung dagegen auf die Möglichkeit, dass die Partner „im Inland nach inländischem Recht eine weitere Lebenspartnerschaft begründen.“ (Hervorhebung durch den Verfasser).

172 Vgl. MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 19.

173 Heiderhoff, a.a.O. (Fn. 133), Art. 17 b, Rn. 54; MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 16. Teilweise wird vertreten, dass der Statutenwechsel auch für das nicht von Art. 17 b EGBGB erfasste Namensrecht gilt; siehe Martiny, a.a.O. (Fn. 140), Kap. 12, Rn. 78.

174 Heiderhoff, a.a.O. (Fn. 133), Art. 17 b EGBGB, Rn. 54; Palandt/Thorn, Art. 17 b EGBGB, Rn. 3; MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 16; Martiny, a.a.O. (Fn. 140), Kap. 12, Rn. 78.

175 In diesem Sinne Stüb, DNotZ 2001, 168, 171; Staudinger/Mankowski, Art. 17 b EGBGB, Rn. 78.

176 Dagegen ist eine mittelbare „Anerkennung“ der letzten Registrierung und damit des Statutenwechsels möglich, wenn das ausländische IPR entweder eine Gesamtverweisung auf das deutsche Recht ausspricht oder anders anknüpft, etwa an den (hiesigen) gewöhnlichen Aufenthalt der Partner.

177 MünchKomm/Sonnenberger, Art. 6 EGBGB, Rn. 24.

1. Kritik

Abgesehen davon, dass Art. 17 Abs. 4 EGBGB gegen Art. 9 der Charta der Grundrechte der EU¹⁷⁸ und gegen das Recht auf Freizügigkeit (Art. 21 AEU) verstoßen dürfte,¹⁷⁹ spricht gegen diese Regelung, dass ihre Anwendung dem Wortlaut nach, anders als Art. 6 EGBGB, keinerlei Inlandsbezug¹⁸⁰ und keinerlei Abwägung im Einzelfall erfordert.¹⁸¹ Damit hat der Gesetzgeber eine Kollisionsnorm zur einseitigen Durchsetzung der Maßstäbe des deutschen Lebenspartnerschaftsrechts geschaffen, die ausländische Registerstatute unverhältnismäßig beschneidet.¹⁸² Wozu es, insbesondere angesichts der Reform des Lebenspartnerschaftsgesetzes zum 1. 1. 2005 und der weitgehenden Annäherung der Lebenspartnerschaft an die Ehe, einer solchen einseitigen Eingriffsnorm bedarf, ist überdies nicht ersichtlich.¹⁸³ Schließlich lässt Art. 17 b Abs. 4 EGBGB offen, für welche Regelungsgegenstände die Vorschrift gilt, an welchen konkreten Maßstäben die Wirkungsbegrenzung ansetzt und wie sie in der Praxis umgesetzt werden soll.¹⁸⁴ Unstreitig ausgenommen sind freilich Anknüpfungsgegenstände, die Staatsverträgen oder der Rechtsetzung der EU unterliegen.¹⁸⁵ Unklar ist dagegen, ob Art. 17 b Abs. 4 EGBGB für die erbrechtlichen Folgen der Partnerschaft gilt, obwohl diese vorrangig nach den allgemeinen Vorschriften angeknüpft werden.¹⁸⁶ Im Güterrecht bleibt offen, unter welchen Voraussetzungen und mit welcher Wirkung etwa die im ausländischen Registerstatut vorgesehenen notwendigen Erwerbsverhältnisse „gekappt“ werden sollen. Sieht das Registerstatut etwa die Gütergemeinschaft als gesetzlichen Güterstand vor, ist angesichts der gemäß § 7 S. 2 Lebenspartnerschaftsgesetz i. V. m. §§ 1415 ff. BGB zulässigen Güterstandswahl im deutschen Recht zweifelhaft, ob der deutsche gesetzliche Güterstand als alleiniger „Vergleichsmaßstab“ herangezogen werden kann oder auch die Wahlgüterstände berücksichtigt werden müssen.¹⁸⁷ Verkehrsschutzerwägungen jedenfalls sprechen für die gesetzliche Zugewinngemeinschaft. Unklar bleibt jedoch, wie eine Kappung auf die Wirkungen der Zugewinngemeinschaft etwa in einer Erwerbskonstellation im Grundbuchverkehr umgesetzt werden soll. Im Ergebnis unstreitig dürfte sein, dass die Vorbehaltsklausel nicht zu einer Güterrechtsspaltung dergestalt führt, dass die im Ausland belegenen Vermögenswerte der Gütergemeinschaft unterliegen, die inländischen dagegen einer qua ordre public entstandenen deutschen Zugewinngemeinschaft. Konsequenz ist allein die Annahme einer einheitlichen Gütergemeinschaft, deren Wirkungen, bezogen auf das Inland, gestützt werden. Erwerben die in Gütergemeinschaft ausländischen Rechts lebenden Partner hiesigen Grundbesitz, so könnte die „Kappungsgrenze“ in dem Sinne auszulegen sein, dass das an die *lex fori* gebundene Grundbuchamt daran gehindert ist, die Partner „in Gütergemeinschaft“ einzutragen. Strenggenommen würde dies jedoch eine Grundbuchunrichtigkeit nach sich ziehen, weil der ausländische Güterstand der Gütergemeinschaft trotz Art. 17 b Abs. 4 EGBGB fortbesteht und lediglich im Inland keine Wirkungen entfaltet. Daher müsste die ausländische Gütergemeinschaft im Grundbuch strenggenommen verlautbart werden. Im Rahmen einer solchen Eintragung wäre aus Gründen des Verkehrsschutzes ein (deklaratorischer)

Verweis auf Art. 17 b Abs. 4 EGBGB geboten.¹⁸⁸ Dennoch wäre ein solcher Hinweis schon deshalb irreführend, weil aus dem Wortlaut von Art. 17 b Abs. 4 EGBGB nicht hervorgeht, dass die „Kappung“ ausländischer Rechtswirkungen auf das Inland beschränkt ist.

2. Teleologische Reduktion und verbleibender Anwendungsbereich

Im Ergebnis kann die mit Art. 17 b Abs. 4 EGBGB ursprünglich verfolgte „Kappung“ nicht mit der für Statusverhältnisse gebotenen Rechtssicherheit umgesetzt werden. Zu Recht wird daher eine teleologische Reduktion gefordert, die auf verschiedenen Ebenen ansetzen und etwa dazu führen kann, dass entgegen dem Wortlaut ein Inlandsbezug verlangt wird.¹⁸⁹ Auch weil sie offenbar als vorbeugende Maßnahme zur Abwehr verfassungsrechtlicher Bedenken gegen die rechtliche Anerkennung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften im Allgemeinen und im Besonderen weitergehender ausländischer Partnerschaften konzipiert worden war,¹⁹⁰ ist die „Kappungsgrenze“ seit der Angleichung der Lebenspartnerschaft an die Ehe durch das Überarbeitungsgesetz vom 15. 12. 2004 hinfällig. Lediglich für den Schutz Dritter hat Art. 17 b Abs. 4 EGBGB nach wie vor seine Berechtigung, weil im Kollisionsrecht der Lebenspartnerschaft eine der Verkehrsschutzregelung in Art. 16 Abs. 1 EGBGB vergleichbare Vorschrift fehlt. Mithin ist Art. 17 b Abs. 4 EGBGB nicht als materielle „Kappungsregelung“ auszulegen,¹⁹¹ sondern als Vorschrift

178 ABl. EG 2000 C 364/1, abgedruckt in: FamRZ 2001, 78. Gemäß Art. 9 wird das Recht, eine Ehe einzugehen, und das Recht, eine Familie zu gründen, nach den einzelstaatlichen Gesetzen gewährleistet. Laut Erwägung zu Art. 9 entscheidet der Einzelstaat, ob er Verbindungen von Personen gleichen Geschlechts den Status der Ehe verleiht. Hieraus dürfte sich die Verpflichtung anderer Staaten ergeben, die einzelstaatliche Entscheidung zugunsten der gleichgeschlechtlichen Ehe (und auch der eingetragenen Lebenspartnerschaft) dadurch zu respektieren, dass er diese Statusverhältnisse nach seinem autonomen Recht anerkennt; vgl. Stüber, FamRZ 2005, 574, 578.

179 Vgl. in diesem Zusammenhang EuGH v. 14. 10. 2008 – Rs. 353/06 (Grunkin-Paul) m. Anm. Martiny, DNotZ 2009, 453, 456 f.

180 MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 84 u. 96.

181 MünchKomm/Sonnenberger, Art. 6 EGBGB, Rn. 26.

182 MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 88.

183 Vgl. MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 88.

184 Vgl. etwa Eule, ZEV 2007, 220, 221.

185 AnwKomm/Gebauer, Art. 17 b EGBGB, Rn. 72.

186 Dazu unten XIII. 3.

187 Für eine Einbeziehung der deutschen Wahlgüterstände bei der Kappung Forkert, Lebenspartnerschaften, S. 149 ff.; Henrich, FamRZ 2002, 137, 140; Süß, a.a.O. (Fn. 114), Teil II, Rn. 269. Für eine Kappung auf das Maß der gesetzlichen Zugewinngemeinschaft MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 106.

188 Vgl. Fachausschuss, StAZ 2005, 21, 22 betr. die Eintragung einer ausländischen gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaft im Melderegister.

189 AnwKomm/Gebauer, Art. 17 b EGBGB, Rn. 75; MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 88.

190 AnwKomm/Gebauer, Art. 17 b EGBGB, Rn. 70; MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 84; Süß, a.a.O. (Fn. 114), Teil II, Rn. 258.

191 A. A. MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 87, dem zufolge die „Kappungsgrenze“ die Funktion hat sicherzustellen, dass ein ausländisches Registerstatut nicht die Rechtsstellung von Eheleuten in Deutschland nachteilig berührt, weder i. S. einer vergleichweisen Schlechterstellung noch einer Beeinträchtigung vorhandener Förderung. Welche praktischen Anwendungsfälle sich aus dem Benachteiligungsverbot und dem Förderungsgebot für die Vorbehaltsklausel in Art. 17 b Abs. 4 EGBGB ergeben sollen, ist nicht ersichtlich. Würde eine ausländische Rechtsordnung he-

zum Schutz vor den güterrechtlichen Wirkungen eines ausländischen Registerstatuts.¹⁹² Diese teleologische Reduktion gewährleistet zum einen, dass Art. 17 b Abs. 4 EGBGB nicht in einer verfassungsrechtlich unzulässigen Weise außer Acht gelassen wird. Zum anderen steht sie in Einklang mit der Gesetzesbegründung, wonach Art. 17 b Abs. 4 EGBGB der Sicherheit und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs im Inland dient.¹⁹³ Schließlich gewährleistet allein die teleologische Reduktion von Art. 17 b Abs. 4 EGBGB die notwendige Gleichbehandlung von registrierten und faktischen Lebensgemeinschaften: Auf solche findet Art. 17 b Abs. 4 EGBGB keine Anwendung. Für faktische Lebensgemeinschaften verbleibt es damit bei der entsprechend anwendbaren Verkehrsschutzvorschrift in Art. 16 Abs. 1 EGBGB¹⁹⁴ und dem allgemeinen ordre public-Vorbehalt (Art. 6 EGBGB), welcher auf der Tatbestands- und der Rechtsfolgenseite weniger einschneidend wirkt als Art. 17 b Abs. 4 EGBGB bei wörtlicher Auslegung. Wenn schon faktische Lebensgemeinschaften nur den allgemeinen, für verschiedengeschlechtliche Ehen geltenden Schranken in Art. 16 Abs. 1 und Art. 6 EGBGB unterliegen, kann für registrierte Verbindungen im Grundsatz¹⁹⁵ nichts anderes gelten.¹⁹⁶

Der Streit darüber, ob die Kappungsgrenze ausschließlich für solche Anknüpfungsgegenstände gilt, die dem Registerstatut unterliegen,¹⁹⁷ oder auch auf die sonstigen, nach den allgemeinen Vorschriften anzuknüpfenden unterhalts- und erbrechtlichen Folgen zu erstrecken ist,¹⁹⁸ erledigt sich mit der Auslegung von Art. 17 b Abs. 4 EGBGB als Verkehrsschutzvorschrift. Ihr Anwendungsbereich ist, wie Art. 16 Abs. 1 EGBGB, auf den Verkehrsschutz vor den güterrechtlichen Wirkungen eines ausländischen Güterstandes beschränkt. Sonstige zivilrechtliche oder gar öffentlich-rechtliche Wirkungen¹⁹⁹ werden von Art. 17 b Abs. 4 EGBGB dagegen nicht erfasst.

3. Geltung für verschiedengeschlechtliche Partnerschaften

Angesichts der analogen Anwendung von Art. 17 b EGBGB auf verschiedengeschlechtliche registrierte Lebensgemeinschaften gilt Abs. 4 für diese Partnerschaften schon aus Gründen der verfassungsrechtlich gebotenen Gleichbehandlung entsprechend.²⁰⁰ Darüber hinaus besteht das Bedürfnis für eine Verkehrsschutzvorschrift bei registrierten Partnerschaften unabhängig vom Geschlecht der Beteiligten.

Umgekehrt gibt es keinen Grund, Art. 17 b Abs. 4 EGBGB bei gleichgeschlechtlichen Verbindungen als bloße Verkehrsschutzvorschrift auszulegen, bei verschiedengeschlechtlichen Lebensgemeinschaften dagegen als „Kappungsgrenze“. So hat die entsprechende Anwendung von Art. 17 b Abs. 4 EGBGB auf diese Paare nicht zur Folge, dass ihre Rechtswirkungen im Inland mit der Erwägung gänzlich missachtet werden, dass das deutsche materielle Recht Lebenspartnerschaften für verschiedengeschlechtliche Paare nicht kennt.²⁰¹ Aus dem Wesen der Analogie ergibt sich, dass Vergleichsmaßstab für Art. 17 b Abs. 4 EGBGB das Lebenspartnerschaftsgesetz mit seinen Verweisen auf das BGB ist, unabhängig davon, dass die Lebenspartnerschaft nach hiesigem Sach-

recht nur gleichgeschlechtlichen Paaren offensteht.²⁰² Diese notwendige Distanz zum Sachrecht ist schon der Abstraktheit des Kollisionsrechts geschuldet.

VIII. Ordre public

Legt man Art. 17 b Abs. 4 EGBGB restriktiv als Verkehrsschutzvorschrift aus, bleibt der allgemeine ordre public-Vorbehalt für sämtliche Anknüpfungsgegenstände (allgemeine Wirkungen, Erbrecht etc.) relevant. Bei der Prüfung eines Verstoßes ist stets zu berücksichtigen, dass die zivilrechtlichen Wirkungen der eingetragenen Lebenspartnerschaft seit dem 1. 1. 2005 den Ehwirkungen weitgehend angenähert sind. Die für eine Anwendung von Art. 6 EGBGB erforderliche offensichtliche Unvereinbarkeit mit den wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts liegt daher grundsätzlich nicht schon darin begründet, dass das ausländische Registerstatut über die Wirkungen der deutschen Lebenspartnerschaft hinausgeht oder sogar dieselben Wirkungen wie eine Ehe zeitigt. So begründen auch die Anwen-

terosexuelle Eheleute gegenüber eingetragenen Lebenspartnern benachteiligen, könnte ihrer Anwendung ohnehin Art. 6 EGBGB entgegen gehalten werden. Eines Rückgriffs auf Art. 17 b Abs. 4 EGBGB bedarf es hierzu nicht.

192 MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 105 befürwortet dagegen eine analoge Anwendung von Art. 16 Abs. 1 EGBGB. Hiergegen spricht schon, dass eine Regelungslücke angesichts der Vorschrift in Art. 17 b Abs. 4 EGBGB offensichtlich nicht besteht.

193 BT-Drs. 14/3751, S. 61.

194 Dazu unten D. III. 2. d).

195 Freilich lässt sich eine völlige Gleichbehandlung von registrierten und faktischen Lebensgemeinschaften *de lege lata* nicht erzielen, weil Art. 16 Abs. 1 EGBGB den Verkehrsschutz von der Redlichkeit des Dritten abhängig macht und diesem ein Wahlrecht gewährt, Art. 17 b Abs. 4 EGBGB dagegen unabhängig vom guten Glauben wirkt.

196 Vgl. AnwKomm/Gebauer, Art. 17 b EGBGB, Rn. 74.

197 AnwKomm/Gebauer, Art. 17 b EGBGB, Rn. 75; MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 92 ff.

198 Gegen eine extensive Auslegung der Vorbehaltsklausel spricht ihr Ausnahmeharakter sowie der Umstand, dass andernfalls dem inländischen und einem ausländischen Registerstatut unterliegende Partnerschaften etwa hinsichtlich erbrechtlicher Ansprüche, die ausländischem Recht unterliegen, ohne ersichtlichen Grund ungleich behandelt würden: Auf die ausländische Lebenspartnerschaft fände die starre Kappungsgrenze in Art. 17 b Abs. 4 EGBGB Anwendung; für die inländische würde dagegen nur der allgemeine ordre public-Vorbehalt gelten. Vgl. MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 92 u. 95. Für eine Anwendung der „Kappungsgrenze“ auf die erbrechtlichen Folgen bei Geltung des Registerstatuts Fachausschuss StAZ 2005, 21, 22.

199 Für eine Einbeziehung des öffentlichen Rechts dagegen Henrich, FamRZ 2002, 137, 140.

200 Gegen eine entsprechende Anwendung AnwKomm/Gebauer, Art. 17 b EGBGB, Rn. 16; Schaal, ZNotP 2009, 290, 298. Vgl. auch MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 135, der die Ungleichbehandlung zu Lasten homosexueller Partnerschaften für nicht gravierend hält.

201 So aber Andrae, a.a.O. (Fn. 25), § 10, Rn. 58; AnwKomm/Gebauer, Art. 17 b EGBGB, Rn. 16; Wagner, IPRax 2001, 281, 292; Wasmuth, Eheschließung unter Gleichgeschlechtlichen in den Niederlanden und deutscher ordre public, Liber Amicorum Kegel, 2002, 245.

202 Im Ergebnis ebenso Coester, Die kollisionsrechtliche Bedeutung des Bundesverfassungsgerichtsurteils zur Lebenspartnerschaft, FS Sonnenberger, 2004, 329; Heiderhoff, a.a.O. (Fn. 133), Art. 17 b EGBGB, Rn. 46. Gegen eine so verstandene analoge Anwendung Martiny, a.a.O. (Fn. 140), Kap. 12, Rz. 63. Auch verfassungsrechtlich ist die Anwendung der Maßstäbe des LPartG auf verschiedengeschlechtliche registrierte Partnerschaften unproblematisch, solange die jeweilige Partnerschaft, wenn sie gleiche Rechte wie zwischen Ehegatten beinhaltet, keine minderen Pflichten vorsieht; vgl. AnwKomm/Gebauer, Art. 17 b EGBGB, Rn. 77; MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 135.

dungsfolgen einer gleichgeschlechtlichen Ehe nicht *per se* einen Verstoß gegen Art. 6 EGBGB, weil es sich, kollisionsrechtlich betrachtet, lediglich um ein im Verhältnis zur registrierten Partnerschaft bindungsstärkeres, dem Grunde nach ebenbürtiges Statusverhältnis handelt.

Die für gleichgeschlechtliche Paare gegen einen *ordre public*-Verstoß sprechende Vermutung gilt für verschiedengeschlechtliche Paare nicht in gleicher Weise, weil das deutsche Recht ihnen keinen rechtlichen Rahmen zur Anerkennung der Partnerschaft zur Verfügung stellt. Jedoch hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 17. 7. 2002 klargestellt, dass der Gesetzgeber keinesfalls gehindert ist, auch heterosexuellen Paaren ein der Lebenspartnerschaft vergleichbares, eheähnliches Rechtsinstitut zu eröffnen, solange dieses nicht mit der Ehe austauschbar ist.²⁰³ Damit ist die Annahme, die Unzulässigkeit von förmlich begründeten verschiedengeschlechtlichen Partnerschaften stelle einen wesentlichen Grundsatz des deutschen Rechts dar, indes noch nicht widerlegt. Mit dem Lebenspartnerschaftsgesetz zielte der Gesetzgeber darauf ab, bestehenden Diskriminierungen von gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften entgegen zu wirken.²⁰⁴ Vor diesem Hintergrund lässt sich die Beschränkung der Lebenspartnerschaft auf gleichgeschlechtliche Paare schwerlich als bewusste Ablehnung der „Ehe light“ für Heterosexuelle deuten. Unabhängig davon sollte die grundrechtssichernde Vorschrift in Art. 6 EGBGB nicht zu gleichheitswidrigen Ergebnissen führen. Materiellrechtlich ist es zwar alleinige Kompetenz des Gesetzgebers zu entscheiden, ob er heterosexuellen Paaren neben der Ehe eine registrierte Partnerschaft zur Verfügung stellt. Für die Prüfung des *ordre public* kann sich der Fokus dagegen nicht auf das einfache Recht beschränken. Vielmehr ist die Fernwirkung von Art. 6 GG im Kollisionsrecht zu beachten. So verbietet der Eheschutz dem Gesetzgeber lediglich, für heterosexuelle Paare ein Konkurrenzinstitut zur Ehe zu errichten, welches zur rechtlichen Austauschbarkeit beider Statusverhältnisse führen würde.²⁰⁵ Im Rahmen von Art. 6 EGBGB wird dieses Konkurrenzverbot²⁰⁶ in aller Regel jedoch keinen Verstoß gegen den *ordre public* begründen, weil es an der erforderlichen offensichtlichen Verletzung fehlen dürfte. Ein Verstoß wäre allenfalls in der (eher theoretischen)²⁰⁷ Konstellation denkbar, dass durch die Anwendung ausländischen Rechts mittels einer registrierten Partnerschaft, die im Verhältnis zur Ehe die gleichen oder weniger wechselseitige Pflichten beinhaltet, Rechtsfolgen eintreten, die *insgesamt* den Ehwirkungen gleichstehen oder sogar darüber hinausgehen.

IX. Begründung

Die Begründung von registrierten (gleich- oder verschiedengeschlechtlichen) Partnerschaften sowie die Eingehung gleichgeschlechtlicher Ehen richtet sich – vorbehaltlich von vorrangig anzuwendenden Staatsverträgen wie des Deutsch-iranischen Niederlassungsabkommens vom 17. 2. 1929 –²⁰⁸ sowohl hinsichtlich der materiellen Eingehungsvoraussetzungen als auch der Formfragen nach dem Registerstatut.²⁰⁹ Dagegen finden weder Art. 11 noch Art. 13 Abs. 3 EGBGB Anwendung.²¹⁰ Das Registerstatut bestimmt auch dann ab-

schließend über die Form, wenn die Lebensgemeinschaft vor einer Auslandsvertretung registriert wird,²¹¹ wie dies gemäß Art. 515-3 Code civil für den französischen *pacte civil de solidarité* möglich ist. Vom Begründungsstatut nicht erfasst sind Vorfragen betreffend die materiellen Eingehungsvoraussetzungen. Die – selbständig anzuknüpfenden – Vorfragen, ob ein Beteiligter etwa bei Geltung des deutschen Registerstatuts i. S. von § 1 Abs. 3 Nr. 1 LPartG die erforderliche Volljährigkeit besitzt oder (noch) verheiratet ist oder (noch) mit einer anderen Person eine Lebenspartnerschaft führt, sind mithin nach Art. 7 EGBGB (Geschäftsfähigkeit), Art. 13 EGBGB (Eheschließung) oder Art. 17 bzw. Art. 17 b EGBGB (Scheidung und Auflösung) zu beurteilen.²¹²

X. Allgemeine und güterrechtliche Wirkungen

Die vom Registerstatut umfassten allgemeinen Wirkungen betreffen die Rechte und Pflichten der Partner untereinander, etwa die Verpflichtungsbefugnis (§ 8 Abs. 2 LPartG i. V. m. § 1357 BGB), Eigentumsvermutungen (§ 8 Abs. 1 LPartG) und Haftungsprivilegierungen (§ 4 LPartG).

Anders als bei verschiedengeschlechtlichen Ehegatten ist das Güterrechtsstatut bei den unter Art. 17 b EGBGB fallenden Partnerschaften mangels Fixierung auf die erstmalige Eingehung nicht unwandelbar angeknüpft. Stattdessen ist gemäß Art. 17 b Abs. 3 EGBGB die zuletzt begründete Lebenspartnerschaft vom Zeitpunkt ihrer Entstehung an maßgeblich. Kommt es zu einem Statutenwechsel, so müssen die Beteiligten ihren bisherigen Güterstand ggf. in den neuen überführen.²¹³

XI. Verkehrsschutz

Beim Verkehrsschutz ist zu unterscheiden: Hinsichtlich der güterrechtlichen Wirkungen ist der Gesetzgeber mit Art. 17 b Abs. 4 EGBGB einen neuen Weg gegangen. Hinsichtlich der allgemeinen Wirkungen begnügte er sich dagegen mit Verweisungen auf das Internationale Ehe-recht. So sieht Art. 17 b Abs. 2 S. 2 EGBGB bei Geltung eines ausländischen Wirkungsstatuts eine entsprechende Anwendung von § 8 Lebenspartnerschaftsgesetz betreffend die Eigentumsvermutung zugunsten des Schuldners für bewegliche Sachen (§ 1362 BGB) und die sog. Schlüsselgewalt (§ 1357) vor, soweit diese Vorschriften für redliche Dritte günstiger sind als das ausländische Registerstatut.

203 BVerfG DNotZ 2002, 785, 789.

204 BT-Drs. 14/3751, S. 1.

205 BVerfG DNotZ 2002, 785, 789. Vgl. Coester, Die kollisionsrechtliche Bedeutung des Bundesverfassungsgerichtsurteils zur Lebenspartnerschaft, FS Sonnenberger, 2004, 329 f.

206 Vgl. Coester, Die kollisionsrechtliche Bedeutung des Bundesverfassungsgerichtsurteils zur Lebenspartnerschaft, FS Sonnenberger, 2004, 330.

207 Auch MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 136 hält die Anwendungsfälle für wenig praxisrelevant.

208 RGBl. 1930 II, 1002, 1006, teilweise abgedruckt bei MünchKomm/Birk, 4. Aufl. 2006, Art. 25 EGBGB, Rn. 294.

209 BT-Drs. 14/3751, S. 60; Forkert, Lebenspartnerschaften, S. 92.

210 Martiny, a.a.O. (Fn. 140), Kap. 12, Rn. 76; MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 25 f.

211 MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 25.

212 Vgl. Martiny, a.a.O. (Fn. 140), Kap. 12, Rn. 75.

213 MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 42.

Zum Schutz vor den güterrechtlichen Wirkungen eines ausländischen Registerstatuts findet die für verschiedene geschlechtliche Eheleute geltende (und auf faktische Lebensgemeinschaften entsprechend anwendbare) Verkehrsschutzregelung in Art. 16 Abs. 1 EGBGB mangels Verweisung keine Anwendung. Stattdessen wird der Schutz Dritter, insbesondere gegen güterrechtliche Verfügungsbeschränkungen eines ausländischen Registerstatuts, durch Art. 17b Abs. 4 EGBGB gewährleistet.²¹⁴ Diese – ihrem Sinn und Zweck nach auf das Inland beschränkte –²¹⁵ Verkehrsschutzvorschrift ist im Gegensatz zu Art. 16 Abs. 1 EGBGB nicht als Gutgläubensvorschrift ausgestaltet. Sie beschränkt die güterrechtlichen Außenwirkungen einer dem ausländischen Registerstatut unterliegenden Partnerschaft unbedingt, auch zugunsten von unredlichen Dritten.²¹⁶ Vergleichsmaßstab für den Drittschutz ist nicht das deutsche Güterrecht einschließlich der Wahlgüterstände, sondern ausschließlich der gesetzliche Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft. Dies folgt daraus, dass der Gesetzgeber einen an § 1412 BGB angelehnten kollisionsrechtlichen Gutgläubensschutz gerade nicht vorgesehen hat. Ist deutsches Recht Güterrechtstatut, so können die Partner redlichen Dritten Einwendungen aus einem anderen als dem gesetzlichen Güterstand nur entgegenhalten, wenn der Lebenspartnerschaftsvertrag im Güterrechtsregister eingetragen ist (§ 7 LPartG). Bei Geltung eines ausländischen Registerstatuts ist der Rechtsverkehr jedoch nicht minder schutzwürdig und führt Art. 17b Abs. 4 EGBGB zu einer Kappung auf das nach dem gesetzlichen Güterstand zulässige Maß.²¹⁷ Sieht das ausländische Güterrecht etwa Verfügungsbeschränkungen vor, die über die in der Zugewinnsgemeinschaft vorgesehenen Bindungen hinausgehen, so bleibt es insoweit außer Betracht. Es verbleibt jedoch bei den im deutschen gesetzlichen Güterstand vorgesehenen Bindungen gemäß § 6 S. 2 Lebenspartnerschaftsgesetz i. V. m. §§ 1365, 1369 BGB. Im Einzelfall bedarf es daher eines abstrakten Wirkungsvergleichs zwischen ausländischem und deutschem Recht.²¹⁸

XII. Unterhalt

Für gesetzliche Unterhaltsansprüche (einschließlich konkretisierender oder modifizierender vertraglicher Abreden)²¹⁹ während der bestehenden Partnerschaft, nach Trennung sowie nach Auflösung besteht keine Rechtswahlmöglichkeit²²⁰ und gilt gemäß Art. 17b Abs. 1 S. 2, 1. Hs. EGBGB der Vorrang der allgemeinen Vorschriften. Dadurch wird sichergestellt, dass auch die unterhaltsrechtlichen Belange dritter Personen nicht von dem – durch Neubegründung mittelbar wandelbaren – Registerstatut beeinflusst werden.²²¹ Ob es sich bei diesen Vorschriften um das Haager Übereinkommen über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht vom 2. 10. 1973 (HUA)²²² oder um Art. 18 EGBGB handelt, ist unklar, weil streitig ist, ob das HUA auf eingetragene Partnerschaften und allgemein auf Gemeinschaften außerhalb der traditionellen Ehe Anwendung findet.²²³ Diese Frage kann jedoch angesichts der Deckungsgleichheit der jeweiligen Anknüpfungen im Ergebnis offen bleiben.²²⁴ Bei Aufhebung der Lebenspartnerschaft gilt – vorbehaltlich der Anknüpfung an das deutsche ma-

terielle Recht bei beidseitiger deutscher Staatsangehörigkeit und gewöhnlichem inländischem Aufenthalt des Unterhaltsverpflichteten (§ 15 HUA) –²²⁵ § 8 HUA entsprechend, so dass das auf die Auflösung tatsächlich angewandte Recht die wechselseitigen Unterhaltspflichten regelt.²²⁶ Auch die sonstigen Sonderanknüpfungen außerhalb der Regelanknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Berechtigten gemäß § 4 HUA finden Anwendung.²²⁷

214 Vgl. MünchKomm/Coester, Art. 17b EGBGB, Rn. 105, der jedoch eine analoge Anwendung von Art. 16 Abs. 1 EGBGB befürwortet.

215 Zwar erfordert die Anwendung der Kappungsgrenze dem Wortlaut nach keinen Inlandsbezug. Diese Voraussetzung ist jedoch als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal dem Sinn und Zweck der Vorschrift zu entnehmen bzw. folgt jedenfalls aus einer teleologischen Reduktion; vgl. MünchKomm/Coester, Art. 17b EGBGB, Rn. 96; AnwKomm/Gebauer, Art. 17b EGBGB, Rn. 75. Die tatbestandlichen Voraussetzungen für die im Rahmen von Art. 17b Abs. 4 EGBGB notwendige Inlandsbeziehung sind im Verhältnis zu Art. 16 Abs. 1 EGBGB weit zu fassen. Insbesondere ist nicht erforderlich, dass einer der Lebenspartner seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat oder hier ein Gewerbe betreibt. Es genügt vielmehr, dass das Rechtsgeschäft im Inland vorgenommen wurde oder ein inländisches Grundstück zum Gegenstand hatte.

216 Daher bedarf es eines Rückgriffs auf den sachenrechtlichen Gutgläubensschutz derzeit im Ergebnis nicht. Bedeutung wird § 892 BGB dagegen voraussichtlich nach einer Harmonisierung des Internationalen Güterrechts auf Ebene der EU erlangen; dazu unten F.

217 MünchKomm/Coester, Art. 17b EGBGB, Rn. 105 f.

218 MünchKomm/Coester, Art. 17b EGBGB, Rn. 106.

219 MünchKomm/Coester, Art. 17b EGBGB, Rn. 48. Dagegen gilt für sog. novierende Unterhaltsvereinbarungen das Schuldvertragsstatut; vgl. Heiderhoff, a.a.O. (Fn. 133), Art. 17b EGBGB, Rn. 29. Zur Anknüpfung der Vorfrage nach dem Bestehen einer Lebenspartnerschaft MünchKomm/Coester, Art. 17b EGBGB, Rn. 49.

220 Martiny, in: Prütting/Wegen/Weinreich, 4. Aufl. 2009, Art. 17b EGBGB, Rn. 17.

221 Frank, MittBayNot 2001 SdH, 35, 41; MünchKomm/Coester, Art. 17b EGBGB, Rn. 46. Zur Geltung dieser Regelung für Ansprüche Dritter auch Heiderhoff, a.a.O. (Fn. 133), Art. 17b EGBGB, Rn. 28.

222 BGBl. 1986 II, 837, abgedruckt bei Palandt/Thorn, Anh. 2 zu Art. 18 EGBGB, S. 2570.

223 Gegen eine Anwendung auf Lebenspartnerschaften Heiderhoff, a.a.O. (Fn. 133), Art. 17b EGBGB, Rn. 30; Henrich, FamRZ 2002, 137, 138; Martiny, a.a.O. (Fn. 140), Kap. 12, Rn. 94; Rausch, in: Weinreich/Klein, Fachanwaltskommentar Familienrecht, 3. Aufl. 2008, Art. 17b EGBGB, Rn. 13. Zweifelnd Süß, a.a.O. (Fn. 114), Teil II, Rn. 265. Für eine Anwendung auf Lebenspartnerschaften Hausmann, Überlegungen zum Kollisionsrecht registrierter Partnerschaften, FS Henrich, 2000, 260; Staudinger/Mankowski, Art. 17b EGBGB, Rn. 54 m. w. N. Tendenziell dafür MünchKomm/Coester, Art. 17b EGBGB, Rn. 47. Die letztgenannte Ansicht überzeugt unter der Voraussetzung, dass die jeweilige Partnerschaft i. S. des HUA familienrechtlich zu qualifizieren ist. Jedenfalls bezogen auf die (auch im autonomen IPR familienrechtlich zu qualifizierende) eingetragene Lebenspartnerschaft liegt diese Voraussetzung vor. Vgl. auch Franço, Clunet 136 (2009), 41, 46 betreffend die Anwendbarkeit der Rom I-VO auf unterhaltsrechtliche Folgen eines *pacte civil de solidarité*.

224 MünchKomm/Coester, Art. 17b EGBGB, Rn. 47.

225 Martiny, a.a.O. (Fn. 220), Art. 17b EGBGB, Rn. 18.

226 Looschelders, Art. 17b, Rn. 18 f.; Palandt/Thorn, Art. 17b EGBGB, Rn. 9; Martiny, a.a.O. (Fn. 220), Art. 17b EGBGB, Rn. 20. MünchKomm/Coester, Art. 17b EGBGB, Rn. 53 f. mit weiterführenden Hinweisen. A. A. Schotten, FPR 2001, 458, 459; Staudinger/Mankowski, Art. 17b EGBGB, Rn. 54. Offengelassen von Frank, MittBayNot 2001 SdH 35, 41. Zwar ist der ablehnenden Auffassung zuzugestehen, dass die eingetragene Lebenspartnerschaft nicht ohne Weiteres unter den staatsvertraglichen Ehebegriff in Art. 8 HUA fällt. Die Erstreckung dieser Vorschrift auf eingetragene Lebenspartnerschaften ergibt sich jedoch angesichts der familienrechtlichen Qualifikation dieser Gemeinschaft im Wege der Analogie.

227 MünchKomm/Coester, Art. 17b EGBGB, Rn. 50 u. 52.

Lediglich nachrangig gilt das Registerstatut unter der Voraussetzung für die Unterhaltsansprüche der Partner untereinander, dass das nach den allgemeinen Regelungen berufene Recht eine gesetzliche Unterhaltsberechtigung generell nicht vorsieht, weil es die Lebenspartnerschaft nicht kennt oder an deren Bestehen keine gesetzlichen Unterhaltspflichten knüpft.²²⁸ Die Hilfsanknüpfung greift dagegen nicht schon ein, wenn das ausländische Registerstatut mindere Unterhaltspflichten vorsieht als das Registerstatut oder im konkreten Einzelfall eine Unterhaltspflicht ausscheidet.²²⁹

Selbst wenn man Art. 17 b Abs. 4 EGBGB entgegen der hier vertretenen Auffassung als „Kappungsgrenze“ auslegt, wird eine Beschränkung des ausländischen Unterhaltsstatuts in aller Regel nicht in Betracht kommen, zumal der Unterhalt zwischen Lebenspartnern auch im deutschen Recht den eherechtlichen Vorschriften entspricht.²³⁰ Hält man den Anwendungsbereich des HUA für eröffnet, würde eine Kappung ohnehin ausscheiden.²³¹ Ein Verstoß gegen *ordre public* dürfte in aller Regel ebenso ausgeschlossen sein.²³²

XIII. Erbrecht

Auch im Erbrecht kommt dem Registerstatut nur untergeordnete Bedeutung zu, weil vorrangig die allgemeinen Vorschriften Anwendung finden. Grund für deren Vorrang ist das Bestreben, die Einheit des Erbstatuts und damit den Schutz Dritter, etwa Pflichtteilsberechtigter, zu wahren.²³³ Um andererseits die Absicherung des überlebenden Partners zu gewährleisten, hat der Gesetzgeber eine hilfsweise Anknüpfung an das – gegenüber einem restriktiven Erbstatut im Zweifel liberalere – Registerstatut vorgesehen. Voraussetzung für dessen Berufung ist allerdings, dass das Erbstatut dem überlebenden Partner keinerlei Beteiligung am Nachlass gewährt.

Das Erbrecht der Niederlande, Belgiens, Spaniens, Norwegens und Schwedens sieht für den Überlebenden einer gleichgeschlechtlichen Ehe dieselben Erbrechte wie für einen heterosexuellen Gatten vor. Findet eine solche Rechtsordnung gemäß Art. 25 EGBGB Anwendung, so bedarf es keiner Hilfsanknüpfung. Bei registrierten Partnerschaften ist dagegen zu unterscheiden zwischen Rechtsordnungen, welche dem Überlebenden eine Beteiligung am Nachlass gewähren (wie der deutschen gemäß § 10 LPartG), solchen, in denen er vom Nachlass ausgeschlossen ist (wie nach der luxemburgischen), und solchen, die eine Lebenspartnerschaft nicht kennen (wie die polnische). Finden Rechtsordnungen wie die beiden letztgenannten Anwendung, so greift die Hilfsanknüpfung an das Registerstatut.

1. Hilfsanknüpfung an das Registerstatut

Die Sachvorschriften des Registerstatuts sind für die erbrechtlichen Folgen (einschließlich des Pflichtteilsrechts)²³⁴ lediglich für den Fall berufen, dass das nach den allgemeinen Vorschriften geltende Recht kein gesetzliches Erbrecht vorsieht. Vorrangig sind also das kraft internationaler Übereinkommen (Art. 3 Ziffer 2 EGBGB), sodann das gemäß Art. 25 EGBGB (einschließlich der Rechtswahlmöglichkeit für im Inland belegenes Immobilienvermögen)²³⁵ berufene Erbstatut zu

prüfen. Eine Hilfsanknüpfung ist nicht schon vorzunehmen, wenn das Erbstatut eine geringere oder andersartige Beteiligung am Nachlass als das deutsche Erbrecht vorsieht, etwa in Gestalt von gesetzlichen Vermächtnissen,²³⁶ oder dem Überlebenden – auch im Falle einer Enterbung –²³⁷ kein gesetzliches Pflichtteilsrecht gewährt.²³⁸ Vielmehr greift die Hilfsanknüpfung erst, wenn das Erbstatut ihn in *keiner* Weise am Nachlass beteiligt. Im Gegenzug scheidet sie nicht daran, dass der Partner als testamentarischer Erbe eingesetzt ist.²³⁹ Ansonsten würde eine noch so geringfügige letztwillige Beteiligung die Hilfsanknüpfung ins Leere laufen lassen. Dieses Risiko ließe sich nur dadurch vermeiden, dass eine testamentarische Mindestbeteiligung am Nachlass in Gestalt der für Ehegatten nach dem Erbstatut geltenden gesetzlichen Teilhabe oder in Höhe der vom Registerstatut vorgesehenen Erbquote als Untergrenze für ein Außerachtlassen der Hilfsanknüpfung verlangt wird. Auch eine solche Inzidentprüfung kann jedoch die gewünschte Absicherung des Überlebenden nicht sicherstellen, weil er mangels gesetzlichen Erbrechts umfangreichen Pflichtteilsansprüchen naher Angehöriger ausgesetzt sein kann.²⁴⁰

Kommt die Hilfsanknüpfung zur Anwendung, etwa weil das ausländische Erbstatut keine Lebenspartnerschaft kennt oder den Partner nicht am Nachlass beteiligt, so richten sich lediglich Art und Umfang des gesetzlichen Partnererbrechts nach dem Registerstatut. Im Übrigen verbleibt es, etwa hinsichtlich der Pflichtteilsrechte Dritter, bei der Geltung des Erbstatuts.²⁴¹ Nach deutschem Registerstatut etwa, welches bei hiesiger Registrierung hilfsweise zur Anwendung kommt, ist der Partner gemäß § 10 Abs. 1 Lebenspartnerschaftsgesetz und § 1371 BGB neben Kindern des Erblassers zu $\frac{1}{2}$ und neben Eltern und Geschwistern zu $\frac{3}{4}$ am Nachlass beteiligt. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob es in denjenigen

228 Palandt/Thorn, Art. 17 b EGBGB, Rn. 9.

229 Palandt/Thorn, Art. 17 b EGBGB, Rn. 9; MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 51 f.

230 Vgl. MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 107.

231 Gebauer/Staudinger, IPRax 2002, 275, 278 f.; MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 89 u. 107.

232 Vgl. aber zu denkbaren Konstellationen einer Wirkungsbegrenzung, bezogen auf Art. 17 b Abs. 4 EGBGB, MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 107.

233 Heiderhoff, a.a.O. (Fn. 133), Art. 17 b EGBGB, Rn. 34; MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 57.

234 Erman/Hohloch, Art. 17 b EGBGB, Rn. 17; Martiny, a.a.O. (Fn. 140), Kap. 12, Rn. 101. Zweifelnd dagegen Leipold, ZEV 2001, 218, 221 f., dem zufolge jedoch die Erstreckung der Hilfsanknüpfung auf das Pflichtteilsrecht angesichts der ohnehin eintretenden Normenhäufung hinnehmbar ist.

235 Martiny, a.a.O. (Fn. 140), Kap. 12, Rn. 100; Staudinger/Mankowski, Art. 17 b EGBGB, Rn. 50; Frank, MittBayNot 2001 SdH 35, 42.

236 Kornmacher, FPR 2005, 291. Dies gilt beispielsweise für gleichgeschlechtliche Partnerschaften nach dem Foralrecht Kataloniens, welches eine Beteiligung des überlebenden Partners am Nachlass u. a. bei Bedürftigkeit und in Gestalt des Voraus vorsieht; siehe Staudinger/Mankowski, Art. 17 b EGBGB, Rn. 62 u. 15. Differenzierend Schömmel/Kosmidis, Int. Erbrecht Griechenland 2007, Rn. 112. Zur Absicherung der gemeinsamen Wohnung für den überlebenden Partner eines französischen PACS oben B. II. 1.

237 Staudinger/Mankowski, Art. 17 b EGBGB, Rn. 65.

238 Palandt/Thorn, Art. 17 b EGBGB, Rn. 10; Staudinger/Mankowski, Art. 17 b EGBGB, Rn. 61; Henrich, FamRZ 2002, 137, 144.

239 A. A. Heiderhoff, a.a.O. (Fn. 133), Art. 17 b EGBGB, Rn. 35.

240 Staudinger/Mankowski, Art. 17 b EGBGB, Rn. 64.

241 Heiderhoff, a.a.O. (Fn. 133), Art. 17 b EGBGB, Rn. 36; Erman/Hohloch, Art. 17 b EGBGB, Rn. 17.

Fällen einer Anpassung „nach unten“ bedarf, in denen das ausländische – jedoch mangels Partnererbrechts nicht anwendbare – Erbrecht für einen überlebenden Ehegatten eine geringere Erbquote oder eine weniger ausgeprägte Beteiligung, etwa in Form von Nießbrauchsrechten, als das Erbrecht des deutschen Registerstatuts vorsieht.²⁴² Gewiss hat der vom hiesigen Nachlassgericht erteilte Eigenrechtserbschein kaum eine Chance auf Anerkennung in der nach Art. 25 EGBGB anwendbaren restriktiven Rechtsordnung, wenn er eine quantitativ oder qualitativ höhere Beteiligung vorsieht, als sie das Erbstatut unter Eheleuten gewährt. Wenn das ausländische Recht keine Lebenspartnerschaft vorsieht oder den Partner vom Nachlass gänzlich ausschließt, wird der deutsche Eigenrechtserbschein jedoch voraussichtlich schon dem Grunde nach keine Anerkennung finden.²⁴³ Ein Gleichlauf wird im Verhältnis zu solchen Rechtsordnungen ohnehin nicht erreicht werden können. Allein aus diesem Grunde sollte das deutsche IPR dem ausländischen Erbstatut durch eine antizipierte Berücksichtigung des fremden *ordre public* ohne Aussicht auf Anerkennung nicht entgegen kommen. Eine Anpassung²⁴⁴ erscheint allenfalls mit Blick auf das Verbot einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung von Lebenspartnerschaft und Ehe geboten.²⁴⁵ Jedoch mag die im Verhältnis zum ausländischen Ehegattenerbrecht höhere Beteiligung des Lebenspartners gerade als Kompensation dafür dienen, dass der Zugriff auf im Ausland belegenes Vermögen auch bei einer Hilfsanknüpfung faktisch ins Leere läuft.²⁴⁶ Eine Anpassung sollte daher allenfalls einzelfallbezogen, insbesondere unter Berücksichtigung des möglicherweise versperrten Zugriffs auf Auslandsvermögen, vorgenommen werden.

2. Weitere Stärkung der wechselseitigen Absicherung im Todesfall

Ausgehend von der Annahme, dass beide Partner eine gleich hohe Beteiligung am Nachlass des Erstversterbenden wünschen (jedenfalls wenn die auf einen von ihnen anwendbare Rechtsordnung eine solche Beteiligung vorsieht), lässt sich Gestaltungsbedarf erst nach Prüfung des Kollisionsrechts (unter Beachtung von Rück- und Weiterverweisungen gemäß Art. 4 Abs. 1 EGBGB)²⁴⁷ und des materiellen Erbrechts feststellen. Dabei ist die Vorfrage der Begründung einer Partnerschaft selbständig, also gemäß Art. 17 b Abs. 1 S. 1 EGBGB anzuknüpfen.²⁴⁸ Gleichmaßen ist die Frage des Noch-Bestehens und der Auflösung der Verbindung, den allgemeinen Grundsätzen entsprechend, selbständig anzuknüpfen.²⁴⁹ Dass eine in Deutschland begründete und nach dem Registerstatut fortbestehende Lebenspartnerschaft erbrechtliche Wirkungen zugunsten des anderen Partners zeitigt, obwohl der Erblasser zwischenzeitlich im Ausland geheiratet hat und die Ehe wirksam eingegangen konnte, weil nach dem Eheschließungsstatut die Lebenspartnerschaft kein Ehehindernis darstellt oder die Lebenspartnerschaft automatisch mit Eheschließung endet, darf mit Rücksicht auf den überlebenden Partner nicht korrigiert werden.²⁵⁰

Bestehen angesichts der Anwendbarkeit von möglicherweise zwei verschiedenen Heimatrechten und eines davon ggf. abweichenden Registerstatuts Unsicherheiten fort oder sollen bestehende Ungleichgewichte zwischen

den Partnern beseitigt werden, kommt neben letztwilligen Verfügungen insbesondere die Neuregistrierung der Partnerschaft in Deutschland in Betracht.²⁵¹

a) Neuregistrierung in Deutschland

Liegt der gemeinsame Lebensmittelpunkt der Partner in Deutschland, so sollte zunächst die Möglichkeit erwogen werden, dass der ausländische Partner bzw. beide die deutsche Staatsangehörigkeit erlangen, so dass gemäß Art. 25 Abs. 1 EGBGB auf beide das deutsche Erbstatut Anwendung findet. Unabhängig ist der Wechsel der Staatsangehörigkeit ohnehin, wenn Staatsverträge schon der Eingehung einer Lebenspartnerschaft in Deutschland entgegen stehen, wie im Falle zweier ausschließlich iranischer Staatsangehöriger angesichts Art. 8 Abs. 3 des Deutsch-iranischen Niederlassungsabkommens vom 17. 2. 1929.²⁵² Ist eine Einbürgerung nicht gewünscht oder nicht möglich und stehen restriktive Heimatrechte einer Nachlassbeteiligung des Überlebenden entgegen, so kann zumindest die (hilfsweise) Geltung des deutschen Erbrechts dadurch gewährleistet werden, dass die Partner die andernorts begründete Lebenspartnerschaft in Deutschland registrieren lassen, so dass gemäß Art. 17 b Abs. 3 EGBGB die spätere Registrierung maßgeblich ist.²⁵³

Jedoch ist der Anwendungsbereich der Hilfsanknüpfung beschränkt. Ferner gewährleistet auch eine für beide Partner geltende Verweisung auf das deutsche Erbrecht, soweit sie bei einem Partner auf den allgemeinen Vor-

242 Für eine Anpassung etwa Henrich, FamRZ 2002, 137, 144; MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 62; Staudinger/Mankowski, Art. 17 b EGBGB, Rn. 67. Gegen eine Anpassung „nach unten“ Martiny, a.a.O. (Fn. 140), Kap. 12, Rn. 102.

243 Vgl. zur Versagung der Anerkennung unter Berufung auf den internationalverfahrensrechtlichen *ordre public* Staudinger/Mankowski, Art. 17 b EGBGB, Rn. 63.

244 Diese Anpassung kann nach allgemeinen Grundsätzen vorgenommen werden. Auch hierzu bedarf es keines Rückgriffs auf Art. 17 b Abs. 4 EGBGB. In diesem Sinne wohl Staudinger/Mankowski, Art. 17 b EGBGB, Rn. 67.

245 In diesem Sinne, jedoch unter Berufung auf Art. 6 GG MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 62.

246 Vgl. zur Problematik der Anerkennung des Eigenrechtserbscheins in einem Land, dass die eingetragene Lebenspartnerschaft nicht kennt oder dem Überlebenden kein Erbrecht gewährt, Staudinger/Mankowski, Art. 17 b EGBGB, Rn. 63.

247 Vgl. MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 59; Staudinger/Mankowski, Art. 17 b EGBGB, Rn. 50.

248 Kornmacher, FPR 2005, 291, 292. Palandt/Thorn, Art. 17 b EGBGB, Rn. 10; MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 59.

249 Für eine selbständige Anknüpfung Erman/Hohloch, Art. 17 b EGBGB, Rn. 17; Staudinger/Mankowski, Art. 17 b EGBGB, Rn. 52. Eine unselbständige Anknüpfung an das Erbstatut befürworten dagegen Heiderhoff, a.a.O. (Fn. 133), Art. 17 b EGBGB, Rn. 34; Henrich, FamRZ 2002, 137, 143.

250 Vgl. auch Staudinger/Mankowski, Art. 17 b EGBGB, Rn. 52. Für eine Korrektur im Wege der Angleichung AnwKomm/Gebauer, Art. 17 b EGBGB, Rn. 27; Forkert, Lebenspartnerschaften, S. 236 f.

251 Kritisch zur Neuregistrierung in Deutschland Eule, MittBayNot 2008, 196, 197, der als Alternative letztwillige Verfügungen vorschlägt. Die Pflichtteile Dritter lassen sich freilich nur dadurch reduzieren, dass ein gesetzliches Erbrecht begründet wird.

252 Vgl. Heiderhoff, a.a.O. (Fn. 133), Art. 17 b EGBGB, Rn. Auf deutsch-iranische Doppelstaater findet die das deutsche Registerrecht verdrängende Vorschrift in Art. 8 Abs. 3 des Abkommens dagegen keine Anwendung; vgl. Schotten/Schmellenkamp, IPR, Rn. 109.

253 Kornmacher, FPR 2005, 291, 292. Hier ist jedoch wiederum das Deutsch-iranische Niederlassungsabkommen als staatsvertragliche Schranke zu beachten.

schriften beruht, bei dem anderen dagegen auf der Hilfsanknüpfung, nicht unbedingt das gewünschte Gleichgewicht. Zunächst ist die Hilfsanknüpfung nicht anwendbar, soweit sich das Erbstatut nach vorrangig zu beachtenden Staatsverträgen bestimmt (Art. 3 Ziffer 2 EGBGB), weil das deutsche IPR der eingetragenen Lebenspartnerschaft in deren Anwendungsbereich vollständig, d. h. einschließlich der Hilfsanknüpfung, verdrängt wird.²⁵⁴ So richten sich die erbrechtlichen Wirkungen einer in Deutschland registrierten Lebenspartnerschaft zweier hier lebender Türken hinsichtlich des gesamten beweglichen und des im Inland belegenen Immobilienvermögens nach deutschem Erbrecht, hinsichtlich des Grundeigentums in der Türkei dagegen nach türkischem Erbrecht.²⁵⁵ Da das türkische Recht die Lebenspartnerschaft bislang nicht kennt, scheidet eine Beteiligung des Überlebenden an diesem Teil des Nachlasses aus. Entsprechendes gilt für deutsche Lebenspartner, die eine Ferienwohnung in der Türkei erworben haben.²⁵⁶ Soweit sich das ausländische Belegenheitsrecht gemäß Art. 3 a Abs. 2 EGBGB gegenüber dem nach Art. 25 EGBGB bestimmten Erbstatut durchsetzt und eine Nachlassspaltung verursacht, scheidet eine Hilfsanknüpfung an das Registerstatut ebenfalls aus.²⁵⁷ Gewährt das Belegenheitsrecht dem überlebenden Partner keine Beteiligung am Nachlass, so bleibt etwa die dort belegene Ferienwohnung außer Betracht. Dies gilt beispielsweise für Grundvermögen in Frankreich, weil das französische Recht dem Partner eines *pacte civil de solidarité*, mit Ausnahme des Nutzungsrechts an der gemeinsamen Wohnung, keine Nachlassbeteiligung gewährt.²⁵⁸ Selbst wenn Art. 17 b Abs. 1 S. 2 EGBGB für beide Partner auf dieselbe Rechtsordnung verweist, und zwar für einen kraft Anknüpfung nach den allgemeinen Vorschriften und für den anderen kraft Hilfsanknüpfung an das Registerstatut, ist damit das erbrechtliche Gleichgewicht zwischen den Partnern keineswegs sichergestellt. Derjenige Staat, dessen restriktive Rechtsordnung kraft der Hilfsanknüpfung unbeachtet bleibt, wird der Geltung des Registerstatuts qua *ordre public* womöglich die Anerkennung verweigern, so dass einzelne Vermögensgegenstände *de facto* nicht dem Zugriff des aus deutscher Sicht erbberechtigten Partners unterliegen.

Unabhängig von der Hilfsanknüpfung ist die Neuregistrierung in Deutschland auch dann von Bedeutung, wenn zwar ein „partnerfreundliches“ Erbrecht gemäß Art. 25 EGBGB Anwendung findet, jedoch zweifelhaft ist, ob die im Ausland registrierte Gemeinschaft dessen materiellrechtlichen Anforderungen genügt, im Falle des deutschen Erbstatuts denjenigen an eine Lebenspartnerschaft i. S. von § 10 Lebenspartnerschaftsgesetz (Problem der Substitution).²⁵⁹ Dies gilt etwa für den überlebenden Partner eines gleichgeschlechtlichen²⁶⁰ *pacte civil de solidarité*, dessen französischer Lebensgefährte, ohne Grundbesitz zu hinterlassen, mit letztem Wohnsitz in Deutschland verstorben ist. Vor dem Hintergrund, dass der PACS dem überlebenden Partner kein gesetzliches Erbrecht (mit Ausnahme eines seit dem 1. 1. 2007 vorgesehenen Nutzungsrechts an der gemeinsamen Wohnung) gewährt und zudem einseitig auflösbar ist, wird die materielle Gleichwertigkeit mit der eingetragenen Lebenspartnerschaft weit überwiegend abgelehnt.²⁶¹ Entsprechendes gilt für die belgische *cohabitation légale*, auf-

grund derer dem überlebenden Partner seit 2007 unter bestimmten Voraussetzungen ein Nießbrauchsrecht an der gemeinsam bewohnten Immobilie und dem Hausrat zusteht.²⁶² Erst die Neuregistrierung in Deutschland stellt in solchen Konstellationen die gesetzliche Nachlassbeteiligung sicher: Auf den französischen Erblasser findet kraft Rückverweisung aus dem französischen Kollisionsrecht, welches für die Fahrnis an den letzten Wohnsitz (in Deutschland) anknüpft,²⁶³ § 10 Lebenspartnerschaftsgesetz Anwendung, dessen Voraussetzungen aufgrund der Neubegründung des französischen PACS als eingetragene Lebenspartnerschaft erfüllt werden.

b) Letztwillige Verfügungen

Angesichts der dargestellten Schwierigkeiten bei der Bestimmung des anwendbaren Erbrechts sollte bei Beteiligung eines Ausländers in jedem Fall der Notar zu Rate gezogen werden. Dessen Aufgabe besteht zunächst darin festzustellen, ob ein gesetzliches Erbrecht auf beiden Seiten besteht und ggf. wie ein solches begründet werden kann. Einseitige oder, wo dies beide Heimatrechte zulassen, gemeinschaftliche letztwillige Verfügungen, sind stets zu erwägen. Da das gesetzliche Erbrecht Berechnungsgrundlage für Pflichtteilsansprüche naher Angehöriger ist,²⁶⁴ sollte daneben auch die Möglichkeit bedacht werden, jedem Partner ein gesetzliches Erbrecht zu verschaffen.

3. „Kappungsgrenze“

Nach der hier vertretenen Auffassung führt Art. 17 b Abs. 4 EGBGB als Verkehrsschutzvorschrift nicht dazu, dass die Anwendung eines ausländischen Erbstatuts beschränkt wird. Mehrheitlich wird Art. 17 b Abs. 4 EGBGB jedoch nach wie vor als „Kappungsgrenze“ verstanden. Zu einer Kappung kann es insbesondere kommen, wenn das ausländische Recht für den Partner eine höhere Nachlassbeteiligung als das deutsche Recht vorsieht. Dies gilt etwa für das niederländische Recht, wo-

254 MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 58; Süß, DNotZ 2001, 168, 174.

255 Vgl. § 14 Abs. 1 der Anlage zu Art. 20 des Konsularvertrages (Nachlassabkommen) zwischen dem deutschen Reich und der türkischen Republik v. 28. 5. 1929 (RGBl II 1930, 748), abgedruckt bei MünchKomm/Birk, 4. Aufl. 2006, Art. 25 EGBGB, Rn. 301.

256 Beispiel nach Süß, DNotZ 2001, 168, 174. Vgl. auch Kornmacher, FPR 2005, 291, 293.

257 Frank, MittBayNot 2001 SdH 35, 43; Kornmacher, FÜR 2005, 291, 293; Palandt/Thorn, Art. 17 b EGBGB, Rn. 10; Süß, DNotZ 2001, 168, 174.

258 Vgl. zu dieser Frage aus Sicht des französischen Kollisionsrechts Fulchiron, J.D.I. 89 (2000), 889, 911 f.

259 Vgl. Heiderhoff, a.a.O. (Fn. 133), Art. 17 b EGBGB, Rn. 35.1.

260 Die Substitution bei einem verschiedengeschlechtlichen PACS scheidet im Rahmen von § 10 LPartG jedenfalls aus; vgl. AnwKomm/Gebauer, Art. 17 b EGBGB, Rn. 36.

261 Vgl. zur Beurteilung der Gleichwertigkeit vor der Reform des PACS Martiny, a.a.O. (Fn. 140), Kap. 12, Rn. 101. Zweifelnd Staudinger/Mankowski, Art. 17 b EGBGB, Rn. 53. Für eine erbrechtliche Gleichwertigkeit dagegen Frank, MittBayNot 2001 SdH 35, 42 f. Von der materiellen Gleichwertigkeitsprüfung im Rahmen von § 10 LPartG zu unterscheiden ist die kollisionsrechtliche Qualifikation des PACS und der *cohabitation légale* als eingetragene Lebenspartnerschaft i. S. von Art. 17 b EGBGB.

262 Vgl. zur neuen Rechtslage Hustedt, in: Süß, Erbrecht in Europa, 2. Aufl. 2008, Länderbericht Belgien, Rn. 56.

263 Vgl. Süß, in: Süß, Erbrecht in Europa, Länderbericht Frankreich, Rn. 2.

264 Staudinger/Mankowski, Art. 17 b EGBGB, Rn. 64.

nach der überlebende Partner nach dem Grundsatz der gesetzlichen Verteilung Alleinerbe wird, wohingegen den Abkömmlingen des Erblassers lediglich Geldansprüche zustehen, die grundsätzlich erst nach dem Tod des überlebenden Partners geltend gemacht werden können.²⁶⁵ Die Kappung des niederländischen Erbrechts auf das nach deutschem Recht zulässige Maß hängt davon ab, ob Art. 17 b Abs. 4 EGBGB nicht nur auf die vom Registerstatut erfassten Anknüpfungsgegenstände Anwendung findet, sondern darüber hinaus auf die – grundsätzlich den allgemeinen Vorschriften unterliegenden – erbrechtlichen Folgen. Bereits die grundlegende Kritik an Art. 17 b Abs. 4 EGBGB spricht gegen eine Ausweitung der Vorschrift auf Regelungsgegenstände, die nicht dem Registerstatut unterliegen.²⁶⁶ Zudem legt der Wortlaut von Art. 17 b Abs. 4 EGBGB, welcher die *Wirkungen* einer ausländischen Lebenspartnerschaft begrenzt, eine auf das Registerstatut beschränkte Anwendung nahe, weil Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB anders als Satz 1 keine *Wirkungen*, sondern die (erb- und unterhaltungsrechtlichen) *Folgen* der Partnerschaft regelt. Vor allem würde eine extensive Auslegung zu nicht hinnehmbaren Wertungswidersprüchen führen, weil Art. 17 b Abs. 4 EGBGB bei identischem Erbstatut nur die Wirkungen ausländischer Partnerschaften begrenzt: Haben die seit weniger als fünf Jahren in Deutschland lebenden niederländischen Partner, deren Rechtsnachfolge von Todes wegen sich nach dem niederländischen Recht richtet,²⁶⁷ ihre Verbindung in den Niederlanden eintragen lassen, so würde Art. 17 b Abs. 4 EGBGB das gesetzliche Erbrecht des Überlebenden auf das nach deutschem Recht zulässige Partnererbrecht begrenzen. Haben sie die Partnerschaft dagegen in Deutschland erstmalig oder gemäß Art. 17 b Abs. 3 EGBGB neu begründet, so würde das gleichermaßen anwendbare niederländische Erbrecht nicht gekappt,²⁶⁸ weil Art. 17 b Abs. 4 EGBGB nicht für Lebenspartnerschaften i. S. des Lebenspartnerschaftsgesetzes gilt. Dieses Ergebnis ist umso inkonsequenter, als die „Kappungsgrenze“ als spezielle Ausformung des *ordre public* bei schwächerem Inlandsbezug (Registrierung der Partnerschaft in den Niederlanden) eingreifen würde, bei stärkerem Inlandsbezug (Registrierung der Partnerschaft in Deutschland) dagegen nicht. Auch wenn man die gebotene teleologische Reduktion von Art. 17 b Abs. 4 EGBGB nicht befürwortet, ist daher zumindest von seiner Anwendung auf nicht vom Registerstatut erfasste Anknüpfungsgegenstände abzusehen.²⁶⁹ Weitergehend ist ein Rückgriff auf Art. 17 b Abs. 4 EGBGB nicht nur versperrt, wenn sich die Verweisung aus Art. 25 EGBGB ergibt, sondern auch dann, wenn die Hilfsanknüpfung an das Registerstatut Anwendung findet. Denn auch die Hilfsanknüpfung betrifft die erbrechtlichen *Folgen* der Lebenspartnerschaft, nicht dagegen ihre allein von Art. 17 b Abs. 1 S. 1, Abs. 4 EGBGB erfassten *Wirkungen*.²⁷⁰

Nach vereinzelter Auffassung soll Art. 17 b Abs. 4 EGBGB daneben zur Bewältigung von Anpassungsproblemen dienen, welche aus dem Zusammenspiel von Güter- und Erbstatut entstehen können.²⁷¹ Folgt man der überwiegenden Auffassung, wonach § 1371 Abs. 1 BGB ausschließlich güterrechtlich zu qualifizieren ist²⁷² und damit bei Registrierung in Deutschland kraft Verweisung in Art. 17 b Abs. 1 S. 1 EGBGB Anwendung findet, so

kann die ausländische Staatsangehörigkeit eines Beteiligten bei Auseinanderfallen von Erb- und Güterrechtsstatut zur „Überhöhung“ der Erbquote führen. Ergibt sich hieraus eine höhere Erbquote für den überlebenden Lebenspartner als nach deutschem materiellen Recht und als nach dem ausländischen Erbrecht (Normenhäufung), so genügt indes ein Rückgriff auf die für das Ehegattenerbrecht entwickelten²⁷³ Anpassungsgrundsätze, wonach der Überlebende höchstens dasjenige bekommt, was ihm nach der einen oder der anderen Lösung zustünde. Eine allein am deutschen Recht orientierte Kappung wäre dagegen unverhältnismäßig.

4. Ordre public

Angesichts der erbrechtlichen Gleichstellung von Lebenspartnerschaft und Ehe im deutschen Recht ist zweifelhaft, inwieweit ein – auf dem Erbschein zu vermerkender –²⁷⁴ Verstoß gegen den *ordre public* überhaupt noch in Betracht kommt. Gewährt ein ausländisches Erb- oder Registerstatut dem überlebenden Partner eine höhere Quote als das deutsche Recht, so ist diese Entscheidung des ausländischen Gesetzgebers ebenso hinzunehmen wie bei Eheleuten.²⁷⁵ Erhält der Partner aufgrund der Hilfsanknüpfung eine höhere Beteiligung als ein Ehegatte nach ausländischem Erbstatut, so ist dieses Ergebnis nötigenfalls schon im Wege der Anpassung zu berichtigen. Praktische Relevanz wird Art. 6 EGBGB daher nicht erlangen.²⁷⁶

XIV. Auflösung

Die Auflösung registrierter Partnerschaften unterliegt gemäß Art. 17 b Abs. 1 S. 1 EGBGB in direkter bzw. analoger Anwendung den Sachvorschriften des Registerstatuts. Bei Mehrfachregistrierung ist gemäß Art. 17 b Abs. 3 EGBGB die letzte Registrierung maßgeblich.²⁷⁷ Mithin kann ein ursprünglich in Frankreich begründeter, nach dortigem Recht einseitig aufhebbarer *pacte civil de solidarité* nach Neuregistrierung in Deutschland aus hiesiger Sicht gemäß § 10 Lebenspartnerschaftsgesetz nur

265 Eule, RNotZ 2003, 434; ders., ZEV 2007, 220, 221.

266 So auch AnwKomm/Gebauer, Art. 17 b EGBGB, Rn. 75.

267 Vgl. zum niederländischen Erbkollisionsrecht, welches die Verweisung gem. Art. 25 Abs. 1 EGBGB im dargestellten Fall annimmt, Schotten/Schmellenkamp, IPR, Anh. III, S. 638.

268 Für den Beispielsfall ist davon auszugehen, dass die deutsche Lebenspartnerschaft die materiellrechtlichen Anforderungen an die nach niederländischem Recht erforderliche Partnerschaft für die Entstehung eines Partnererbrechts erfüllt. Eine solche Substitution setzt die materielle Gleichwertigkeit des ausländischen Rechtsinstitutes mit der niederländischen Partnerschaft voraus.

269 Für die Zulässigkeit einer „Kappung“ der erbrechtlichen Folgen bei Geltung des Registerstatuts MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 108 f.; Fachausschuss, StAZ 2005, 21, 22. Für eine weitergehende Kappung Martiny, a.a.O. (Fn. 140), Kap. 12, Rn. 71.

270 Forkert, Lebenspartnerschaften, S. 298.

271 MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 66 f.

272 OLG Hamm, JMBI NW 1992, 259, 261; Freitag, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Art. 25 EGBGB, Rn. 10; Palandt/Thorn, Art. 15 EGBGB, Rn. 26, jew. m. w. N. Vgl. zum Streitstand Schotten/Schmellenkamp, IPR, Rn. 284 ff.

273 Vgl. Schotten/Schmellenkamp, IPR, Rn. 288 h ff.

274 Eckelskemper, in: Brambring/Mutter, Beck'sches Formularbuch Erbrecht, 2. Aufl. 2009, K.II.9, Rn. 13; Fetsch, RNotZ 2006, 77, 85.

275 In diesem Sinne wohl Henrich, FamRZ 2002, 138, 144.

276 Diese Einschätzung teilen, jedoch bezogen auf Art. 17 b Abs. 4 EGBGB, Martiny, a.a.O. (Fn. 140), Kap. 12, Rn. 103.

277 Rausch, a.a.O. (Fn. 223), Art. 17 b EGBGB, Rn. 10.

durch richterliche Entscheidung aufgehoben werden. Im Gegenzug kann die Neuregistrierung einer in Deutschland eingegangenen Lebenspartnerschaft in Frankreich oder Belgien dazu genutzt werden, das hier vorgesehene scheidungsähnliche Verfahren zu vermeiden und die Aufhebung unter erleichterten Voraussetzungen zu vollziehen.²⁷⁸ Die Belange des scheidungsunwilligen Partners werden durch ein solches Vorgehen nicht verletzt, weil die dazu erforderliche Neuregistrierung nur einvernehmlich erfolgen kann.

Indes lässt Art. 17 b EGBGB offen, welche Fragen dem Registerstatut und welche der *lex fori* unterliegen, also der Rechtsordnung des Staates, in der die Auflösung vollzogen wird. Die selbständig anzuknüpfende Vorfrage des wirksamen Bestehens einer Lebenspartnerschaft unterliegt in gleicher Weise dem Registerstatut wie die Hauptfrage der Auflösung,²⁷⁹ unabhängig davon, ob die Auflösung durch gerichtliche Entscheidung, unter behördlicher Mitwirkung, allein durch privaten Gestaltungsakt oder von Gesetzes wegen, etwa durch Heirat eines Dritten,²⁸⁰ erfolgt.²⁸¹ Soweit keine speziellen Vorschriften existieren, wie in Art. 17 b Abs. 1 S. 3 und 4. EGBGB für den Versorgungsausgleich,²⁸² ist das Registerstatut auf die Auflösung umfassend anwendbar: Seine Sachvorschriften regeln nicht nur deren Voraussetzungen und Rechtsfolgen,²⁸³ sondern auch Art und Weise der Auflösung. Bedeutsam ist dies, wenn ein ausländisches Registerstatut die Auflösung durch privaten Gestaltungsakt gestattet, mithin die in § 15 Lebenspartnerschaftsgesetz vorgesehene Aufhebung durch gerichtliche Entscheidung entbehrlich ist. Das für die Scheidung von verschiedengeschlechtlichen Ehegatten im Inland gemäß Art. 17 Abs. 2 EGBGB geltende Gerichtsmonopol ist auf die von Art. 17 b EGBGB erfassten Partnerschaften und gleichgeschlechtlichen Ehen nicht analog anwendbar.²⁸⁴ Auch im Inland kann eine dem ausländischen Registerstatut unterliegende Partnerschaft daher durch privaten Gestaltungsakt aufgelöst werden.²⁸⁵ Bei einer solchen formlosen Auflösung ist auf den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Auflösung abzustellen, andernfalls analog Art. 17 Abs. 1 S. 1 EGBGB auf den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Aufhebungsantrags.²⁸⁶

Für gleichgeschlechtliche Ehen gilt die Besonderheit, dass sie aufgrund ihrer Qualifikation aus deutscher Sicht gemäß Art. 17 b Abs. 3 EGBGB in eine eingetragene Lebenspartnerschaft umgewandelt werden können, so dass zur Auflösung anstelle der Scheidung eine gerichtliche Aufhebung nach den Vorschriften des Lebenspartnerschaftsgesetzes zu beantragen ist. Ob der Staat, unter dessen Rechtsordnung die Ehe eingegangen wurde, diese Aufhebung anerkennt, ist im Einzelfall zu prüfen, damit „hinkende“ Aufhebungen vermieden werden. Die an der Ehescheidung orientierte Ausgestaltung des gerichtlichen Aufhebungsverfahrens gemäß § 15 Lebenspartnerschaftsgesetz legt jedenfalls eine materielle Gleichwertigkeit des Aufhebungsverfahrens nahe. Anderes dürfte für weniger formalisierte Aufhebungsakte nach ausländischem Registerstatut gelten.

XV. Versorgungsausgleich

Die besonderen Kollisionsvorschriften für den Versorgungsausgleich in Art. 17 b Abs. 1 S. 3 und 4 EGBGB

tragen dem Umstand Rechnung, dass dieses Rechtsinstitut außerhalb Deutschlands kaum verbreitet ist. Vorrangig knüpft Art. 17 b Abs. 1 S. 3 EGBGB für die Voraussetzungen, die Durchführung sowie den Ausschluss des Versorgungsausgleichs an das Registerstatut an.²⁸⁷ Voraussetzung für die Anwendung des Registerstatuts ist seit Neufassung der Vorschrift zum 1. 9. 2009,²⁸⁸ dass danach deutsches Recht anzuwenden ist und die materiellen²⁸⁹ Vorschriften eines der bei Rechtshängigkeit des Aufhebungsantrags einschlägigen Heimatrechte der Partner einen Versorgungsausgleich zwischen Lebenspartnern²⁹⁰ vorsehen. Hierfür muss eine ausländische Regelung dem deutschen Versorgungsausgleich nicht im Einzelnen entsprechen.²⁹¹ Liegen die Voraussetzungen vor, so ist der Versorgungsausgleich von Amts wegen durchzuführen.²⁹² Lediglich hilfsweise und auf Antrag eines Lebenspartners erfolgt ein – auf inländische Anwartschaften beschränkter –²⁹³ regelwidriger Versorgungsausgleich nach deutschem Recht, wenn er nach dem Registerstatut nicht stattfindet und der andere Partner während der Partnerschaft eine inländische Versorgungsanwartschaft erworben hat, soweit die Durchführung der Billigkeit nicht widerspricht. Diese Hilfsanknüpfung entspricht der für Eheleute geltenden Regelung in Art. 17 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 EGBGB; die dort entwickelten Maßstäbe können auf die unter Art. 17 b EGBGB fallenden Partnerschaften übertragen werden.²⁹⁴

278 Erman/Hohloch, Art. 17 b EGBGB, Rn. 9; Henrich, FamRZ 2002, 137, 141; MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 39.

279 Andrae, a.a.O. (Fn. 25), § 9, Rn. 43.

280 Eine solche Auflösung *ex lege* sieht beispielsweise Art. 515-7 Abs. 1 Nr. 3 Code civil für den *pacte civil de solidarité* vor.

281 MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 35.

282 Heiderhoff, a.a.O. (Fn. 133), Art. 17 b EGBGB, Rn. 23.

283 Palandt/Thorn, Art. 17 b EGBGB, Rn. 6.

284 Andrae, a.a.O. (Fn. 25), § 10, Rn. 44; Henrich, FamRZ 2002, 137, 141; MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 38. Im Ergebnis ebenso Staudinger/Mankowski, Art. 17 b EGBGB, Rn. 45. Für eine analoge Anwendung Jakob, Lebenspartnerschaft, S. 304 ff. Im Ergebnis auch Palandt/Thorn, Art. 17 b EGBGB, Rn. 6, dem zufolge sich die Geltung des Gerichtsmonopols daraus ergibt, dass das deutsche Recht als *lex fori* das (Gerichts-) Verfahren bestimmt. Bei der Frage, ob ein Gerichtsverfahren erforderlich ist, handelt es sich dagegen um eine dem Registerstatut überlassene Vorfrage.

285 Vgl. zu den Verfahrensfragen bei Auflösung einer dem ausländischen Recht unterliegenden Partnerschaft in Deutschland und zur Anerkennung der gerichtlichen Auflösung einer dem deutschen Recht unterliegenden Partnerschaft in Deutschland AnwKomm/Gebauer, Art. 17 b EGBGB, Rn. 48; Henrich, FamRZ 2002, 137, 141; MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 40 f.

286 MünchKomm/Coester, Art. 17 b EGBGB, Rn. 36; Martiny, a.a.O. (Fn. 140), Kap. 12, Rn. 104.

287 Für die Form des vertraglichen Ausschlusses gilt Art. 11 Abs. 1 EGBGB; vgl. Erman/Hohloch, Art. 17 b EGBGB, Rn. 15; Palandt/Thorn, Art. 17 b EGBGB, Rn. 8.

288 Vgl. Rauscher/Pabst, NJW 2009, 3614, 3620.

289 Es handelt sich um eine Sachnormverweisung; siehe Palandt/Thorn, Art. 17 b EGBGB, Rn. 8; Heiderhoff, a.a.O. (Fn. 133), Art. 17 b EGBGB, Rn. 33.

290 Ein Versorgungsausgleich zwischen Ehegatten genügt nicht; siehe Erman/Hohloch, Art. 17 b EGBGB, Rn. 15; Heiderhoff, a.a.O. (Fn. 133), Art. 17 b EGBGB, Rn. 33.

291 Palandt/Thorn, Art. 17 b EGBGB, Rn. 8. Der Versorgungsausgleich nach niederländischem Recht ist mit den wesentlichen Strukturmerkmalen des deutschen Versorgungsausgleichs nicht vergleichbar. Mithin „kennt“ das niederländische Recht keinen Versorgungsausgleich i. S. von Art. 17 Abs. 3 S. 1, Art. 17 b Abs. 1 S. 3 EGBGB; vgl. BGH DNotZ 2009, 628, 631 ff.

292 Rausch, in: a.a.O. (Fn. 223), Art. 17 b EGBGB, Rn. 22.

293 Palandt/Thorn, Art. 17 b EGBGB, Rn. 8.

294 MünchKomm, Art. 17 b EGBGB, Rn. 35.

Die Reform des Erbrechts und verjährungsrechtlicher Vorschriften

(von Notar Prof. Dr. Wolfgang Baumann, Wuppertal, und Notarassessorin Susanne Karsten, Köln)

I. Gebremste Reform

Am 1. 1. 2010 ist das Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts¹ in Kraft getreten². Dieses hat Änderungen des Erbrechts, insbesondere des Pflichtteilsrechts herbeigeführt, die hinter den ursprünglich geplanten³, ohnehin maßvollen Änderungsvorschlägen zurückgeblieben sind, so dass nur noch von kleinen Korrekturen gesprochen werden kann. Die Zurückhaltung des Gesetzgebers im Erbrecht ist zu begrüßen, da überstürzte Reformen mit auch nur kleinen Fehlern wegen der erbrechtlichen Langzeitwirkungen zu erheblichen, nicht wiedergutzumachenden Kollateralschäden führen können.

Von den geplanten Änderungen ist mit der ursprünglich in § 2057 b BGB-Entwurf vorgesehenen gesonderten Regelung zur Vergütung von Pflegeleistungen ein Kernpunkt der Erbrechtsreform entfallen.

Weiterhin ist die ursprünglich vorgesehene Möglichkeit, Ausgleichsordnungen gem. § 2050 BGB und Anrechnungsbestimmungen gem. § 2315 BGB nachträglich treffen oder aufheben zu können, entfallen. Begründet wurde die Streichung der Entwurfsregelungen in §§ 2050, 2053 BGB-Entwurf und § 2315 BGB-Entwurf mit dem Schutzbedürfnis der Personen, die im Vertrauen auf die Nichtanrechnung bereits Zuwendungen erhalten hätten⁴. Dieses Argument trägt die Änderung nicht, weil der geforderte Schutz durch Regelungen hinsichtlich des Anwendungszeitraums in Übergangsvorschriften zu erreichen gewesen wäre, nach einer Gesetzesänderung künftig Beschenkte aber nicht mehr schutzbedürftig wären⁵. Überzeugender wäre gewesen, die Nichtaufnahme im Gesetz damit zu begründen, dass die nachträgliche Bestimmung ohne Kenntnis des Leistungsempfängers hätte erfolgen können und dieser sich nach Empfang des Schenkungsgegenstandes nicht hätte dagegen wehren können. Als besonders problematisch wurde die einseitige nachträgliche Anrechnungsbestimmung bei Zuwendungen an Minderjährige angesehen⁶. Der Schenker hätte nach der geplanten Neuregelung den Beschenkten moralisch zu einem bestimmten Verhalten veranlassen können und die Schenkung ohne Kenntnis des Beschenkten nachträglich durch Anrechnungs- oder Ausgleichsordnungen entwerten können.

Auch die im Entwurf (§ 2278 Abs. 2 BGB-Entwurf) vorgesehene Erweiterung der möglichen Bindungswirkungen erbvertraglicher Verfügungen auf Anrechnungs- und Ausgleichsordnungen ist vom Gesetzgeber nicht umgesetzt worden.

II. Die erbrechtlichen Änderungen

1. Ausgleichung von Pflegeleistungen

Zwar enthält unser Bürgerliches Gesetzbuch weiterhin keine Regelung zur Vergütung von Pflegeleistungen, jedoch ist der Anwendungsbereich des § 2057 a Abs. 1 S. 2 BGB, der eine Ausgleichspflicht gegenüber dem Abkömmling vorsieht, der Pflegeleistungen erbringt, er-

weitert worden. Wie bisher, findet die Ausgleichung für Pflegeleistungen nur unter Abkömmlingen statt.

Das in § 2057 a Abs. 1 S. 2 BGB a. F. enthaltene Merkmal „unter Verzicht auf berufliches Einkommen“ ist entfallen. Der ausgleichungsberechtigte Abkömmling muss also nicht mehr berufstätig gewesen sein. Die Benachteiligung nicht berufstätiger Abkömmlinge ist mit der Neuregelung beseitigt worden.

Von dieser Neuregelung sind auch Pflegeleistungen erfasst, die vor dem 1. 1. 2010 erbracht wurden (Art. 229 § 23 Abs. 4 EGBGB), weil für die Anwendung des Gesetzes allein der Zeitpunkt des Erbfalls maßgebend ist⁷.

§ 2057 a BGB wird bei Erbauseinandersetzungen künftig erheblich an Bedeutung gewinnen, weil in der Mehrzahl der Fälle nicht berufstätige Abkömmlinge (oft Töchter als Hausfrauen) die Pflegeleistungen übernehmen. Mit steigender Bedeutung der Vorschrift werden jedoch die Streitfälle zunehmen. Weil die gesetzliche Regelung auslegungsbedürftige, unbestimmte Tatbestandsmerkmale enthält – wie die Billigkeit der zu bemessenden Höhe der Ausgleichung gem. § 2057 a Abs. 3 BGB – an denen sich ebenso Streit entzünden wird, wie an der nachträglichen Feststellung der Dauer und Intensität der Pflege, werden auf die Gerichte viel Arbeit und auf die Betroffenen hohe Rechtsberatungs- und Rechtsverfolgungskosten zukommen⁸.

Praxistipp:

In letztwilligen Verfügungen sollte die Ausgleichung für Pflegeleistungen ausdrücklich geregelt sein. Um Streitigkeiten zu vermeiden, sollten statt Ausgleichungen besser Vorausvermächtnislösungen gewählt werden, in denen z. B. mit variabel gestalteten Vermächtnissen die Dauer einer Erkrankung als Faktor der Berechnung des Vermächtnisses zugrunde gelegt werden kann. Weitere Faktoren können z. B. die Pflegestufe des Erkrankten, der Ort der Betreuung oder die Art der Erkrankung sein.

In der Praxis werden die im vorstehenden Praxistipp vorgeschlagenen Anordnungen oftmals unterbleiben,

1 BT-Drucks. 16/8954; BR-Drucks. 96/08; Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/13543.

2 Vgl. u. A. Bonefeld/Lange/Kroiß, Die Erbrechtsreform (2009); Herzog/Lindner, Die Erbrechtsreform 2010 (2009); Sarres/Krause, Das neue Erb- und Verjährungsrecht (2010); Jörg Mayer, ZEV 2010, 2; Langenfeld, NJW 2009, 3121; Odersky, notar 2009, 362; Horn, ZFE 2009, 364.

3 Dazu Keim, ZEV 2008, 161; Muscheler, ZEV 2008, 105; Bonefeld, ZErB 2008, 67; Odersky, MittBayNot 2008, 2; kritisch zum Entwurf Müller/Tomhave, ErbStB 2009, 244; Progl, ZErB 2008, 10; Daragan, ZErB 2008, 2; Horn, ZFE 2008, 124; Lindner, ErbR 2008, 374; Roland, ZErB 2007, 429; Bonefeld/Lange/Tanck, ZErB 2007, 292; Spall, ZErB 2007, 272; Reimann, FamRZ 2007, 1597; Lange, DNotZ 2007, 84; Machulla-Notthoff ZFE 2007, 413; Müller, ZNotP 2007, 445; Scherer/Lehmann, ZEV 2007, 318; Fischl/Klinger, NJW-Spezial 2007, 253.

4 BT-Drucks. 16/13543, 12.

5 Ebenso Odersky, notar 2009, 362.

6 Muscheler, ZEV 2008, 105, 108; Weigl, MittBayNot 2008, 275 m. w. N.; Keim, MittBayNot 2008, 8, 11 ff.

7 Ebenso Palandt/Ellenberger, Art. 229 § 23 Abs. 4 EGBGB.

8 Ludyga, ZErB 2009, 289 ff.

weil der Erblasser im Zeitpunkt der Testamentserrichtung nicht an seine spätere Pflegebedürftigkeit denkt oder nicht weiß, wer (z. B. von mehreren Kindern) seine Pflege übernehmen wird. Auch wenn die Pflegebedürftigkeit schon eingetreten ist, erkennt der Erblasser häufig nicht rechtzeitig die Notwendigkeit, eine seine Pflege berücksichtigende Regelung zu treffen und der Pflegenden scheidet sich seinerseits, das Thema Testament mit Erb- bzw. Vermächtniseinsetzung zu seinen Gunsten anzusprechen. Bei fortschreitender Erkrankung hindert diese den Erblasser aber häufig irgendwann an der Errichtung einer Verfügung von Todes wegen. Dies wird in vielen Fällen – meist anspruchsvoller Pflege – zur rechtlichen Benachteiligung der Pflegepersonen führen, denen oftmals nicht einmal gesetzliche Erbrechte zustehen. Die Entlastung der Solidargemeinschaft findet hier nicht die gebührende Anerkennung durch unser Recht. Deshalb ist bedauerlich, dass der Gesetzgeber den § 2057 b BGB-Entwurf hat fallen lassen und den infolge der Erbringung von Pflegeleistungen begünstigten Personenkreis eng belassen hat⁹.

2. Erbauseinandersetzung durch Testamentsvollstrecker

Bei der Erbauseinandersetzung durch Testamentsvollstrecker wurde in § 2204 BGB die bisher fehlende Verweisung auf § 2057 a BGB aufgenommen. Der Testamentsvollstrecker hat jetzt auch die besonderen Leistungen eines Abkömmlings gem. § 2057 a BGB zu berücksichtigen und muss eine etwaige Ausgleichung vornehmen. Daher steht dem Testamentsvollstrecker der Auskunftsanspruch gem. § 2057 BGB gegen die Miterben zu, damit er Vorempfänger berücksichtigen kann¹⁰.

3. Änderungen im Pflichtteilsrecht¹¹

a) Allgemeines

Die wichtigsten Änderungen der Erbrechtsreform sind im Pflichtteilsrecht umgesetzt worden¹². Nach dem Urteil des BVerfG¹³, mit dem die durch das Pflichtteilsrecht geschützte Familienbezogenheit als grundrechtskonform bestätigt wurde, war eine generelle Überarbeitung des Pflichtteilsrechts obsolet. Gleichwohl enthalten die Gesetzesänderungen im Pflichtteilsrecht einige neue Vorgaben für Testamentsgestalter.

b) Änderung des § 2305 BGB (Zusatzpflichtteil)

§ 2305 BGB regelt neu, dass bei der Berechnung des Zusatzpflichtteils Beschränkungen und Beschwerden der in § 2306 BGB bezeichneten Art außer Betracht bleiben¹⁴. Der Berechtigte muss sich so behandeln lassen, als habe er die ihm zugewandten Vermögenswerte ohne Beschränkungen und Belastungen erhalten, was wertmäßig zu einer geringeren Pflichtteilsergänzung führt. Die Neuregelung führt zu einer wirtschaftlichen Schlechterstellung des pflichtteilsberechtigten Erben, der den mit Beschränkungen und Beschwerden belasteten Erbteil behält und den Zusatzpflichtteil beansprucht gegenüber dem pflichtteilsberechtigten Erben, der insgesamt ausschlägt und den vollen, unbelasteten gesetzlichen Pflichtteilsanspruch geltend macht. Da die letztere Möglichkeit dem Erben mit der Neuregelung stets offen steht, ist dieser Nachteil hinzunehmen. Das neue Recht lässt

dem Erben die freie Entscheidung, ob er den ihm per Teilungsanordnung zugewiesenen Gegenstand mit hohem Affinitätsinteresse haben will (z. B. als Erstgeborener den wegen der Auflagen des Denkmalschutzes wirtschaftlich nahezu wertlosen Familiensitz „Schloss Wolkenburg“) oder den gesetzlichen Pflichtteil¹⁵.

c) Neuregelung des § 2306 BGB

aa) Ausschlagung bei Beschränkungen und Beschwerden

Seit dem 1.1.2010 kann jeder Erbe, wenn Beschränkungen und/oder Beschwerden angeordnet sind – unabhängig von der Höhe seiner Erbquote –, nach einer Ausschlagung seinen vollen Pflichtteil geltend machen¹⁶. Im Unterschied zum bis zum 31.12.2009 geltenden Recht sind die Höhe und der Wert des hinterlassenen Nachlasses bedeutungslos. Der Erbe hat ein freies Wahlrecht zwischen Erbteil und Pflichtteil, wenn Beschränkungen und/oder Beschwerden angeordnet sind.

Der bis zum 31.12.2009 geltende § 2306 BGB a. F. erforderte hohen Beratungsaufwand und führte bei ungewissen Bewertungsergebnissen zu unsicheren Rechtslagen (vgl. nur den Streit um die Quoten- und Werttheorie¹⁷, der damit beendet ist). Die Neuregelung führt zu mehr Rechtssicherheit. Kritiker können ihr andererseits berechtigter Weise entgegenhalten, dass die Neuregelung den Pflichtteil stärkt und die Anordnungen des Erblassers schwächt, also letztlich zu Lasten der Privatautonomie im Erbrecht geht.

Praxishinweis:

Wer einen unbelasteten Erbteil ausschlägt, verliert auch künftig sein Pflichtteilsrecht.¹⁸

bb) Verlust der Erbenstellung

Allerdings verliert der Erbe, der Beschränkungen oder Beschwerden ablehnt und den Pflichtteil geltend macht, den Status als Mitglied der Erbengemeinschaft¹⁹, während er nach altem Recht – bei automatischem Wegfall der Beschränkungen und Beschwerden – Mitglied der Erbengemeinschaft blieb. Will er Mitglied der Er-

9 A. A. Palandt/Edenhofer, § 2257 a BGB Rz. 7; Langenfeld, NJW 2009, 3121, 3125, die die Entscheidung des Gesetzgebers begrüßen, weil die Erweiterung des Kreises der Anspruchsberechtigten zu „Folgeproblemen“ geführt hätte.

10 Ebenso Palandt/Edenhofer, § 2204 BGB Rz. 3.

11 Röthel, Reformfragen des Pflichtteilsrechts (2007).

12 Zu rechtspolitischen Fragen des Pflichtteilsrechts Otte, Um die Zukunft des Pflichtteilsrechts, ZEV 1994, 193; ders., Das Pflichtteilsrecht – Verfassungsrechtsprechung und Rechtspolitik, AcP 202 (2002), 318; ders., Nationalsozialismus und Pflichtteilsrecht, in Festschrift für Norbert Horn (2006) S. 111.

13 BVerfG 112, 332 = ZEV 2005, 301.

14 Erläuterndes Beispiel des BMJ bei Bonefeld, ZErB 2008, 67, 71.

15 Dazu grundlegend Claudia Baumann, Erbrechtliche Verwicklungsklauseln (2009), S. 137 ff.

16 Zur Problematik der Pflichtteilsansprüche bei Unternehmensnachfolgen und zu Verbesserungen durch die Erbrechtsreform, Horn, ZErB 2008, 411.

17 BGH WM 1968, 542, 543; BGHZ 19, 309, RGZ 113, 45, 48; 93, 3; dazu Kornel, Nachlassplanung bei Problemkindern (2006) Rz. 302, 311; Spall, ZErB 2007, 272, 273.

18 Palandt/Edenhofer, § 2303 BGB Rz. 3.

19 Keim, ZEV 2008, 161, 163.

bengemeinschaft bleiben, muss er den belasteten Erbteil annehmen und sich für die Pflichtteilergänzung nach § 2305 BGB entscheiden. Diese Entscheidung ist künftig mit dem wirtschaftlichen Nachteil verbunden, dass Beschränkungen und Beschwerden bei der für die Berechnung des Zusatzpflichtteils maßgebenden wirtschaftlichen Bewertung des Erbteils unberücksichtigt bleiben. Wer sich künftig für den Zusatzpflichtteil entscheidet, erhält – wenn nur eine Beschränkung oder Beschwerde angeordnet ist, die sich auf den wirtschaftlichen Wert des Erbteils auswirkt – weniger als den Wert seines Pflichtteils.

cc) Socinische Klauseln

Socinische Klauseln²⁰ können nach neuem Recht wieder vereinbart werden²¹.

Praxisbeispiel²²:

Der Erblasser setzt seinen Sohn zum Miterben ein und bestimmt im Wege der Teilungsanordnung, dass er nur die – seit mehreren Generationen betriebene – Familien-Apotheke erhält. Der Wert der Apotheke liegt unter dem Pflichtteil. Sollte der Sohn das Testament angreifen, soll er nur seinen Pflichtteil erhalten. Nach altem Recht waren diese Anordnungen nach h. M. gem. § 2306 BGB unwirksam²³.

Damit gilt für Erbfälle seit dem 1. 1. 2010, dass ein Pflichtteilsberechtigter unter einer auflösenden Bedingung (im Testament definierter Verwirkungsfall) unterhalb der Pflichtteilsquote zum Erben eingesetzt werden kann. Die damit verbundene konstruktive Vor- und Nacherbschaft führt nach § 2306 BGB nicht mehr automatisch zur Unwirksamkeit einer solchen Socinischen Klausel.

Jörg Mayer gibt dagegen den Hinweis²⁴, die Socinische Klausel solle bei einer Erbeinsetzung auch weiterhin vermieden werden, weil der eingesetzte Miterbe sich aufgrund der Klausel „nicht frei“ für den „freien Pflichtteil“ entscheiden könne. Dabei geht Jörg Mayer zunächst zu Unrecht davon aus, dass die Socinische Klausel den Berechtigten nur vor die Wahl zwischen belastetem Erbteil und „unbelastetem halben gesetzlichen Erbteil“ stelle²⁵. Demgegenüber führt die klassische Socinische Klausel im Verwirkungsfall zum Wegfall der Erbenstellung und zum Eintritt des Nacherbfalls²⁶, der Betroffene wird also nach Wegfall der Erbenstellung auf sein gesetzliches Pflichtteilsrecht verwiesen, was als Rechtsfolge der gesetzlichen Neuregelung des § 2306 BGB entspricht²⁷. Selbst wenn man aber die Socinische Klausel i. S. von Jörg Mayer einschränkend definieren würde, hätte der Betroffene nach dem Willen des Gesetzgebers²⁸ und dem Inhalt der gesetzlichen Regelung des § 2306 BGB als Miterbe – bei angeordneten Beschränkungen und/oder Beschwerden – immer das freie Wahlrecht statt des Erbteils seinen gesetzlichen Pflichtteilsanspruch geltend zu machen²⁹. Den sichersten Weg geht der Notar, wenn er die Socinische Klausel als bedingtes Vermächtnis (Verwirkungsfall) gestaltet.

Problematisch könnte das Verhältnis der Gestaltung einer Socinischen Klausel zu § 2305 BGB sein. Sieht man den Zusatzpflichtteil des § 2305 BGB als zwingendes, nicht abdingbares Recht an, so könnte der Anspruch auf

Ergänzung des Pflichtteils trotz aufgrund Socinischer Klausel bedingter Erbeinsetzung fortbestehen. § 2305 gestaltet den Zusatzpflichtteil aber nicht als zwingendes Recht und gibt dem Erblasser damit die Möglichkeit, den Erben entweder auf den unbeschränkten vollen Pflichtteil oder auf eine Erbeinsetzung (mit durch Teilungsanordnung zugewiesenem Gegenstand unterhalb der Pflichtteilsgrenze) zu verweisen. Für diese Auslegung des Gesetzes spricht neben dem Willen des Gesetzgebers, wie er sich den Materialien entnehmen lässt, auch die Wertung des jetzt neu eingefügten § 2305 S. 2 BGB, der zur Nichtanrechnung von Beschränkungen und Beschwerden führt. Damit hat der Gesetzgeber in Ergänzung zur Neuregelung des § 2306 BGB deutlich gemacht, dass Zuwendungen an einen Pflichtteilsberechtigten wertmäßig auch unterhalb der Pflichtteilsgrenze liegen können, das Unterschreiten des Pflichtteilswertes also nicht – wie nach altem Recht – zur automatischen Unwirksamkeit³⁰ einer solchen Regelung führt. Dann muss der Erblasser den Erben auch vor die Wahl stellen können, sich entweder für den durch Teilungsanordnung zugewiesenen Gegenstand mit hohem Affinitätsinteresse als Erbschaft (ohne Zusatzpflichtteil) oder für den gesetzlichen Pflichtteil als Geldabfindung zu entscheiden.

dd) Behinderten- und Bedürftigentestamente

Für Behinderten- bzw. Bedürftigentestamente hat sich durch die Gesetzesnovelle nichts geändert. Die Erbquote zugunsten des Behinderten/Bedürftigen sollte – wie bisher – zweifelsfrei über der Pflichtteilsquote liegen, wobei durch bedingte Vermächtnisse – wie bisher – lebzeitige Zuwendungen des Erblassers wegen möglicher Pflichtteilergänzungsansprüche nach §§ 2325, 2329 und 2316 Abs. 2 BGB auszugleichen sind³¹.

Praxishinweis:

Zu beachten ist, dass der Betreuer nach § 1901 Abs. 2 S. 1 BGB seine Entscheidungen zum Wohl des Betreuten treffen muss. Daher kann er im Einzelfall auch bei Einsetzung einer zu niedrigen Quote – auch über der Pflichtteilsquote – zur Ausschlagung verpflichtet sein³².

20 Verwirkungsklauseln, bei denen der durch Teilungsanordnung zugewendete mit Beschränkungen oder Beschwerden belastete Erbteil wertmäßig unter dem Pflichtteil liegen kann. Dieser eingesetzte Miterbe hat – nach dem Willen des Erblassers – die Wahl zwischen dem insoweit belasteten Erbteil oder dem unbelasteten Pflichtteil. Dazu Coing, § 80 (S. 434 ff.).

21 Dazu ausführlich Claudia Baumann, *Erbrechtliche Verwirkungsklauseln*, S. 165 ff.

22 Nach BGHZ 120, 96 = NJW 1993, 1005.

23 So jedenfalls die h. M. seit BGHZ 120, 96 = NJW 1993, 1005; a. A. Claudia Baumann, *Erbrechtliche Verwirkungsklauseln*, S. 137 ff.

24 Jörg Mayer, ZEV 2010, 2, 4.

25 So Jörg Mayer, ZEV 2010, 2, 3.

26 Vgl. nur Coing, § 80 I (S. 434 ff.), der in I. 2. darauf hinweist, dass eine solche Klausel schon im Gemeinen Recht gebräuchlich war.

27 Claudia Baumann, *Erbrechtliche Verwirkungsklauseln*, S. 137, weist zutreffend darauf hin, dass die in der Literatur verwendeten Definitionen der Socinischen Klausel inhaltlich voneinander abweichen.

28 BT-Drucks. 16/8954 zu Nummer 22.

29 Ebenso Keim, NJW 2008, 2072, 2075; Claudia Baumann, *Erbrechtliche Verwirkungsklauseln*, S. 174.

30 A. A. Claudia Baumann, *Erbrechtliche Verwirkungsklauseln*, S. 154 ff.

31 Vgl. zu den Auswirkungen der Erbrechtsreform auf das Behindertentestament ausführlich Spall, ZErB 2007, 272 ff.

32 Spall, ZErB 2007, 272, 274; Muscheler, ZEV 2008, 105, 108.

Seine Ausschlagung bedarf nach § 1908 i Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 1822 Nr. 2 BGB der Genehmigung des Betreuungsgerrichts. Der Sozialhilfeträger seinerseits kann zwar nicht ausschlagen, um den vollen Pflichtteil geltend zu machen, da es sich bei der Ausschlagung um ein Gestaltungsrecht handelt³³, er kann aber bei Unterschreiten der Pflichtteilsquote (nur die Quote ist entscheidend, da Beschränkungen und Beschwerden nach § 2305 BGB n. F. unberücksichtigt bleiben) den Zusatzpflichtteil geltend machen, den er nach § 93 Abs. 1 S. 1 u. 4 SGB XII auf sich überleiten kann³⁴.

d) Pflichtteilergänzungsansprüche (§ 2325 BGB)

Einer der wichtigsten Änderungsvorschläge bei Pflichtteilergänzungsansprüchen ist geltendes Recht geworden. Statt der starren 10-Jahresfrist des § 2325 BGB a. F. und des bis zum letzten Tag dieser Frist geltenden Alles-oder-Nichts-Prinzips ist gem. § 2325 Abs. 3 BGB ein gleitender Zehnjahreszeitraum in Kraft getreten. Mit Vollendung jeweils eines Jahres nach Schenkungsvollzug werden 10 % des Schenkungswertes von der Pflichtteilergänzung ausgenommen (gleitende Abschmelzung des Schenkungswertes). Für den Schenkungsvollzug bleibt der von der Rechtsprechung entwickelte Leistungsbegriff weiterhin maßgebend³⁵.

Unverändert geblieben ist die Benachteiligung von Ehepartnern gegenüber Partnern nichtehelicher Lebensgemeinschaften. Für Ehepartner, die sich bis zum Tod nicht scheiden lassen, läuft die 10-Jahresfrist weiterhin nicht, so dass jeder Ehepartner potenziell dauerhaft Pflichtteilergänzungsansprüchen ausgesetzt ist. Demgegenüber werden nichteheliche Lebenspartner durch die Neuregelung gegenüber Ehegatten noch stärker als bisher privilegiert, weil sie von den Vorteilen des Abschmelzungsmodells schon vor Ablauf der 10 Jahre profitieren³⁶. Beschenkt z. B. eine Ehefrau ihren Freund³⁷, so profitiert dieser vom Abschmelzungsmodell gegenüber Pflichtteilsansprüchen der Kinder seiner schenkenden Freundin, sogar des Ehemannes, schon nach einem Jahr. Dagegen unterliegen Schenkungen an den Ehemann auch wenn sie mehr als 10 Jahre zurückliegen, im vollen Umfang den Pflichtteilergänzungsansprüchen der Kinder³⁸.

e) Stundungsmöglichkeit der Pflichtteilszahlung

Jeder Erbe aufgrund eines Erbfales nach dem 1. 1. 2010 kann eine Stundung seiner Erfüllungspflicht bzgl. eines ihm gegenüber geltend gemachten Pflichtteilsanspruchs nach § 2331 a BGB verlangen, wenn die sofortige Erfüllung für ihn eine unbillige Härte darstellen würde. Nach altem Recht stand die Stundungsberechtigung nur dem selbst pflichtteilsberechtigten Erben zu. Außerdem musste ihn der Pflichtteilsanspruch „ungewöhnlich“ hart treffen, nach jetzt geltendem Recht genügt eine „unbillige“ Belastung. Die Interessen des Pflichtteilsberechtigten sind nur noch „angemessen zu berücksichtigen“, während nach altem Recht die Stundung dem Pflichtteilsberechtigten „zumutbar“ sein musste. Die Feststellung der „unbilligen Härte“ wird die Gerichte – zumindest bis eine gesicherte Rechtsprechung vorliegt – unnötig beschäftigen³⁹, ebenso wie die „angemessene Berücksichtigung der Interessen des Pflichtteils-

berechtigten“, wobei die Rechtsuchenden die Kosten der unbestimmten Gesetzesregelungen zu tragen haben. Diese gesetzliche Regelung führt tendenziell zu einer Schwächung des Pflichtteilsanspruchs, weil seine sofortige Durchsetzbarkeit erschwert wird.

f) Pflichtteilsentziehung

Das Pflichtteilsentziehungsrecht ist neu geordnet worden. §§ 2334 und 2335 BGB a. F. sind aufgehoben und durch die Verweisungsvorschrift in § 2333 Abs. 2 BGB ersetzt. Somit gelten nach neuem Recht für Abkömmlinge, Eltern, Ehegatten und Lebenspartner nunmehr dieselben Pflichtteilsentziehungsgründe.

Der Pflichtteilsentziehungsgrund des „ehrlosen und unsittlichen Lebenswandels“ (§ 2333 Nr. 5 BGB a. F.) ist entfallen. Statt dessen berechtigt jetzt eine rechtskräftige Verurteilung von mindestens einem Jahr ohne Bewährung zur Pflichtteilsentziehung, wenn die Teilhabe am Nachlass deshalb für den Erblasser unzumutbar ist (Nr. 4). Gleiches gilt nach § 2333 Abs. 1 Nr. 4 S. 2 BGB, wenn die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder einer Entziehungsanstalt wegen einer ähnlich schwerwiegenden Tat angeordnet worden ist. Am unbestimmten Tatbestandsmerkmal „unzumutbar“ kann und wird sich heftiger Streit darüber entzünden, wann dem Erblasser die Teilhabe des Vorbestraften oder durch Anordnung Untergebrachten am Nachlass unzumutbar ist. Nur die strafrechtliche Verurteilung kann dazu nicht ausreichen, weil das Tatbestandsmerkmal sonst keinen eigenständigen Anwendungsbereich hätte. Die Anforderungen an die Darlegung der Gründe der Unzumutbarkeit richten sich nach dem Einzelfall⁴⁰. Je schwerwiegender die Tat ist, desto eher wird sich die Unzumutbarkeit bereits aus der Begehung der Tat ergeben und desto geringer werden die Anforderungen an die Gründe der Unzumutbarkeit sein⁴¹. Bei einer verhältnismäßig „leichten“ Straftat muss der Erblasser sehr dezidiert ausführen, dass für ihn Unzumutbarkeit der Teilhabe des Täters am Nachlass vorliegt. Obwohl die textliche und inhaltliche Gestaltung notarieller Urkunden sich vom Grundsatz leiten lassen sollte, nur das rechtlich Relevante zu regeln, gilt hier als gesetzlich geforderte Ausnahme (weil es sich um eine Tatsachendarstellung des Erblassers handelt): Je ausführlicher, desto besser⁴², vgl. § 2336 Abs. 2 S. 2 BGB zum Pflichtteilsentzug des § 2333 Nr. 4 BGB).

33 OLG Frankfurt Z Erb 2004, 2001; Nieder/Kössinger, § 21 Rz. 66.

34 BGH NJW-RR 2005, 369; zu der Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen durch den Sozialhilfeträger insgesamt weiterführend Vaupel, RNotZ 2009, 497, 515 ff.

35 Dazu Palandt/Edenhofer, § 2325 BGB Rz. 22.

36 Ob diese Regelung dem Verfassungsauftrag des Art. 6 Abs. 1 GG gerecht wird, die Ehe zu fördern, muss bezweifelt werden.

37 Zu den geänderten Rechtsanschauungen zum sog. Geliebtestament ausführlich Staudinger/Sack [2003], § 138 BGB Rz. 438 ff.

38 Kritisch zu Recht Norbert Mayer, ZEV 2001, 169, 173, der darauf hinweist, dass trotz der pauschalen Verweisung auf das Pflichtteilsrecht nach dem Wortlaut des § 10 Abs. 6 LPartG und auch nach den widersprüchlichen Ausführungen in der Gesetzesbegründung (BT Drucks. 14/3751 S. 40) positiv nur der Pflichtteilsanspruch des Lebenspartners geregelt ist.

39 Muscheler, ZEV 2008, 105, 106.

40 Machulla-Notthoff, ZFE 2007, 413, 415.

41 Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/8954, S. 23.

42 Müller/Tomhave, ErbStB 2009, 244; Keim, ZEV 2008, 161, 168.

Bedeutsam ist die Änderung des Personenkreises, der in den Schutzbereich des Pflichtteilsentziehungsrechts einbezogen wird. Seit dem 1. 1. 2010 führt auch das Fehlverhalten gegenüber den Lebensgefährten, Stief- und Pflegekindern des Erblassers zum Pflichtteilsentziehungsrecht neben den schon nach altem Recht einbezogenen Ehegatten, Lebenspartnern und Abkömmlingen.

Nach § 2336 Abs. 2 BGB muss bei einer Pflichtteilsentziehung nach § 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB die Tat zur Zeit der Testamenterrichtung begangen sein und der Grund für die Unzumutbarkeit vorliegen. Beides muss in der Verfügung von Todes wegen angegeben werden. Dies kann zu erheblichen Problemen führen, z. B. wenn die familiären Verhältnisse zerrüttet sind und dem Erblasser zwar gerüchtheilber bekannt ist, dass sein Kind schon wiederholt Freiheitsstrafen von kürzerer Dauer verbüßt hat, er jedoch keine Kenntnis von Einzelheiten der Verurteilungen hat.

Unklar bleibt, wie Fälle zu behandeln sind, in denen ein Testament vor längerer Zeit verfasst wurde und der Pflichtteilsberechtigte sein Leben grundlegend geändert hat, der Erblasser aber vergessen hat, sein Testament zu ändern oder er infolge erbrechtlicher Bindungen hieran gehindert ist.

4. Änderung des gesetzlichen Erbrechts des Staates (§ 1936 BGB)

Geändert ist das gesetzliche Erbrecht des Staates durch Neufassung des § 1936 BGB. Zugleich wurde die Gesetzeslücke des alten Rechts geschlossen, wenn Ausländer nach deutschem Recht beerbt werden, so dass der Bund jetzt Ausländer als gesetzlicher Ersatzerbe beerbt, wenn deutsches Erbrecht Anwendung findet⁴³.

5. Zuwendungsverzicht erstreckt sich auch auf Abkömmlinge

Durch Erweiterung der Verweisung in § 2352 Satz 3 BGB auf § 2349 BGB erstreckt sich der Zuwendungsverzicht des Bedachten (Erbe oder Vermächtnisnehmer) und Verzichtenden, welcher selbst Abkömmling oder Seitenverwandter des Erblassers ist, nunmehr auch auf seine Abkömmlinge als Ersatzberufene⁴⁴. Die nach h. M. aufgrund eines Redaktionsversehens des Gesetzgebers bisher bestehende Regelungslücke wurde durch die Novellierung geschlossen, womit zugleich die Rechtssicherheit und die Testierfreiheit des Erblassers gestärkt ist⁴⁵. Die Erstreckungswirkung kann im Zuwendungsverzichtsvertrag ausdrücklich ausgeschlossen werden. Dagegen ist auch künftig keine Erstreckungswirkung des Verzichts möglich, wenn der Verzichtende selbst weder Abkömmling noch Seitenverwandter des Erblassers ist oder wenn es sich bei den Ersatzberufenen nicht um Abkömmlinge des Verzichtenden handelt.

Auf ein testamentarisches oder erbvertragliches Erbrecht oder Vermächtnis kann auch durch Vertrag mit dem Erblasser zu dessen Lebzeiten verzichtet werden (§ 2352 BGB)⁴⁶. Bei Erbeinsetzungen kann auch auf die Zuwendung eines Bruchteils, bei Vermächtnissen auch auf die Zuwendung nur eines von mehreren Gegenständen eines Vermächtnisses verzichtet werden⁴⁷.

Da Testamente vom Erblasser ohne Mitwirkung des Bedachten frei widerrufen (§§ 2253 ff. BGB) und Erbverträge durch die Vertragsschließenden jederzeit aufgehoben werden können (§ 2290 BGB), hat der Zuwendungsverzicht nur in vier Fällen Bedeutung:⁴⁸

- der Erblasser wird nach der Errichtung der (auch einseitig testamentarischen) Verfügung von Todes wegen testierunfähig,
- eine wechselbezügliche Verfügung des Erblassers in einem gemeinschaftlichen Ehegattentestament oder einem mit dem Lebenspartner errichteten Testament ist nach dem Tod des anderen Teils unabänderlich geworden,
- eine erbvertragliche Verfügung ist nach dem Tod des Vertragspartners unabänderlich geworden,
- der Ehegatte/Lebenspartner oder Vertragspartner stimmt der Aufhebung einer erbvertraglichen oder wechselbezüglichen Verfügung nicht zu.

Der Erblasser kann dann mit dem Bedachten einen Zuwendungsverzichtsvertrag schließen, dem ein Erbvertragspartner oder der Partner des gemeinschaftlichen Testaments nicht zuzustimmen braucht. Testamentarische oder erbvertragliche Bestimmungen, die nicht die Zuwendung an den Verzichtenden berühren, bleiben bestehen, weil nur auf die in der letztwilligen Verfügung gegenüber dem Erklärenden angeordnete Zuwendung verzichtet wird.

Bislang fand dieses Rechtsinstitut wenig praktische Anwendung, da der erklärte Zuwendungsverzicht sich regelmäßig nicht auf die Abkömmlinge des Verzichtenden erstreckte, so dass diese als Ersatzerben an die Stelle des Verzichtenden traten, entweder aufgrund einer ausdrücklichen Ersatzerbenberufung in der letztwilligen Verfügung oder aufgrund der Auslegungsregel des § 2069 BGB. Nach der h. M. war die für den Erbverzicht geltende Regelung des § 2349 BGB auf den Zuwendungsverzicht nicht anwendbar, mit der Folge, dass in den vorgenannten Fällen an die Stelle des Verzichtenden bei dessen Wegfall dessen Abkömmlinge als Ersatzerben traten⁴⁹. Eine vertragliche Bestimmung, dass der Verzicht sich ausdrücklich auch auf die Abkömmlinge des Verzichtenden erstrecken sollte, war nicht möglich⁵⁰. Nach der Rechtsprechung sollte sich ein Zuwendungsverzicht im Wege der ergänzenden Auslegung lediglich dann auf die Abkömmlinge des Verzichtenden erstrecken, wenn der Verzichtende für seinen Verzicht vollständig

43 Palandt/Edenhofer, § 1936 BGB Rz. 3.

44 Zum alten Recht ausführlich Keim, ZEV 2008, 161, 168; Muscheler, ZEV 2008, 105, 109.

45 BT-Drucks. 16/8954, S. 26., Jörg Mayer, ZEV 2010, 2, 5 f.; Wälzholz, DStR 2009, 2104, 2108; Langenfeld, NJW 2009, 3121, 3122 f.; Keim, RNotZ 2009, 574 ff.; Muscheler, ZEV 2008, 105, 109; Schaal/Grigas, BWNotZ 2008, 2, 24; insgesamt ablehnend zur Neuregelung Klinck, ZEV 2009, 533 ff.; Kanzleiter, DNotZ 2009, 805 ff.

46 Kornexl, Der Zuwendungsverzicht (1998); Schotten, ZEV 1997, 1 ff.

47 Jörg Mayer, ZEV 1996, 128.

48 Baumann in Esch/Baumann/Schulze zur Wiesche, Handbuch der Vermögensnachfolge (7. Aufl.), Buch I Rz. 965 ff.

49 BGH NJW 1999, 789; BayObLG MittBayNot 1989, 161; OLG Hamm RPfleger 1982, 148, 150; OLG Düsseldorf, DNotZ 1974, 367, 368.

50 Muscheler, ZEV 2008, 105, 109.

abgefunden war⁵¹. Waren die Abkömmlinge jedoch nicht nach § 2069 BGB zu Ersatzerben berufen, sondern ausdrücklich in der letztwilligen Verfügung als Ersatzerben benannt, sollte diese Auslegungsregel nicht gelten⁵².

Bei Erbfällen seit dem 1. 1. 2010 erstreckt sich der Zuwendungsverzicht auch auf die Abkömmlinge des Verzichtenden, soweit nicht vertraglich etwas anderes bestimmt wird.

Zwar schafft die Neuregelung mehr Rechtssicherheit und -klarheit und stärkt die Testierfreiheit des Erblassers insoweit, als sich ein nach dem 1. 1. 2010 vereinbarter Zuwendungsverzicht zwischen dem Vater und seinem im Erbvertrag mit der vorverstorbenen Mutter bindend zum Erben eingesetzten Sohn nunmehr grundsätzlich auch auf den zum Ersatzerben berufenen Enkel erstreckt. Über diesen einfachen (Regel-)Fall hinaus lässt die Neuregelung jedoch einige Fragen offen.

So stellt sich die Frage, ob die in § 2349 BGB angeordnete Erstreckungswirkung in jedem Fall eintreten soll oder nur, wenn die betroffenen Abkömmlinge im Wege der Auslegung gem. § 2069 BGB zur Erbfolge gelangen. Teilweise wird angeführt, dass die Rechtsfolge des § 2349 BGB unabhängig von der Ursache der Ersatzerbenstellung eintreten müsse, da in der Vorschrift eine unmittelbare Rechtsfolge angeordnet werde und es sich gerade nicht um eine bloße Auslegungsregel handele⁵³. Dem wird entgegengehalten, dass eine unreflektierte Anwendung des § 2349 BGB auf die gewillkürte Erbfolge nicht sachgerecht sei, da die Regelung des § 2349 BGB für die Fälle der gesetzlichen Erbfolge konzipiert worden sei⁵⁴. Im Falle der ausdrücklichen Ersatzerbenberufung der Abkömmlinge des Verzichtenden müsse daher der Wille des Erblassers dahingehend ausgelegt werden, ob die Abkömmlinge lediglich als „reiner Ersatz“ für den Zunächstbedachten fungierten oder ob ihrer Berufung ein „eigener Regelungsgehalt“ zukomme⁵⁵.

Dogmatische Unklarheiten bestehen außerdem beim Zuwendungsverzicht des Vorerben. Von Klinck⁵⁶ wird ausgeführt, dass ein Zuwendungsverzicht sich, soweit die eigenen Abkömmlinge des Vorerben als Nacherben und damit im Zweifel gem. § 2102 Abs 1 BGB auch zu Ersatzerben eingesetzt sind, gem. § 2349 BGB auch auf diese als Nacherben erstreckt. Nach wohl zutreffender Ansicht kann sich der Zuwendungsverzicht in diesem Fall lediglich auf die Ersatzerben-, nicht aber auf die Nacherbenstellung der Abkömmlinge erstrecken, weil § 2349 BGB lediglich auf die gesetzliche Erbfolge zugeschnitten ist, sich nicht aber auf die vom Erblasser angeordnete Vor- und Nacherbeinsetzung bezieht⁵⁷. Dann aber stellt sich das Folgeproblem, wer an die Stelle des verzichtenden Vorerben treten soll. Da die Abkömmlinge nach dem Wortlaut des § 2349 BGB grundsätzlich von der Ersatzerbenstellung ausgeschlossen sind, können sie nicht an die Stelle des verzichtenden Vorerben treten. Keim schlägt hierzu überzeugend vor, das Problem über eine einschränkende Auslegung der §§ 2352 S. 3, 2349 BGB zu lösen, wonach der Zuwendungsverzicht nicht in die in der Nacherbenstellung enthaltene Ersatzerbenstellung gem. § 2102 Abs. 1 BGB eingreifen kann⁵⁸.

Schließlich ist zweifelhaft, wie mit Zuwendungsverzichtsverträgen umzugehen ist, die vor dem Inkrafttreten

der Neuregelung abgeschlossen wurden und bei deren Abschluss die Beteiligten davon ausgingen – und sogar vom Notar dahingehend belehrt wurden –, dass sie sich gerade nicht auf die Abkömmlinge des Verzichtenden erstreckten. Nach Art. 229 § 23 Abs. 4 EGBGB ist für die Anwendbarkeit der Neuregelung allein ausschlaggebend, wann der Erbfall eingetreten ist. Liegen die Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 2352 S. 3, 2349 BGB vor, hätte danach ein vor dem 1. 1. 2010 gegenüber dem Erblasser erklärter Zuwendungsverzichtsvertrag grundsätzlich eine andere rechtliche Tragweite, als von den Beteiligten ursprünglich angenommen⁵⁹. Richtigerweise sind solche Zuwendungsverzichtsverträge so ausulegen, dass der Verzicht nach dem beurkundeten Willen des Erklärenden nur die im Zeitpunkt der Beurkundung mögliche Rechtsfolge haben sollte und damit unabhängig von der Gesetzesänderung auch weiterhin nur diese Wirkung zeitigen kann⁶⁰.

Die vorstehenden Beispiele zeigen, dass die Neuregelung in den meisten Fällen der Rechtssicherheit dient, jedoch gleichzeitig neue Rechtsprobleme aufwirft. Beim Zuwendungsverzicht des Vorerben sollte der beurkundende Notar dafür Sorge tragen, dass aus der Urkunde unmissverständlich hervorgeht, ob sich der Verzicht nach §§ 2352 S. 3, 2349 BGB auf die in der Nacherbenstellung enthaltene Ersatzerbenstellung erstrecken soll⁶¹.

6. Terminologische Anpassung

In den §§ 2182, 2183 BGB ist eine Anpassung an die neuen Terminologien der Schuldrechtsreform bei Sach- und Rechtsmängeln erfolgt. Ebenso ist die Gewährleistung und Haftung des Verkäufers beim Erbschafts-kauf gem. § 2376 BGB an die Terminologie des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes angepasst.

III. Verjährungsrechtliche Änderungen

Die Verjährungsvorschriften sind an das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. 11. 2001⁶² angepasst worden. Die 30-jährige Verjährungsfrist für erbrechtliche Ansprüche nach § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB⁶³ ist durch Aufhebung dieser bis zum 31. 12. 2009 geltenden Sondervorschrift beseitigt worden, so dass nunmehr grds.

51 BGH NJW 1974, 43, 44.

52 BGH NJW 1974, 43, 44, OLG Düsseldorf DNotZ 1974, 367, 368 f., a. A. BayObLG ZEV 1997, 377, 381; OLG Köln FamRZ 1990, 99.

53 Keim, RNotZ 2009, 574, 575.

54 Klinck, ZEV 2009, 533, 536; Schaal/Grigas, BWNotZ 2008, 2, 24.

55 Schaal/Grigas, BWNotZ 2008, 2, 24.

56 Klinck, ZEV 2009, 533, 535.

57 Vgl. Keim, RNotZ 2009, 574, 575.

58 Keim, RNotZ 2009, 574, 575.

59 Klinck, ZEV 2009, 533, 536, zieht daher eine nachträgliche Aufklärungspflicht des Notars gegenüber den Beteiligten aller von ihm vor dem 1. 1. 2010 beurkundeter Zuwendungsverzichtsverträge in Erwägung.

60 Ebenso Keim, RNotZ 2009, 574, 576.

61 Wenn man mit der hier vertretenen Auffassung davon ausgeht, dass eine Erstreckung auf die Nacherbenstellung des Abkömmlings – selbst wenn diese gewollt sein sollte – von vornherein ausgeschlossen ist.

62 BGBl. 2001 I S. 3138.

63 Zur 30-jährigen Verjährungsfrist erbrechtlicher Ansprüche vgl. BGH ZEV 2007, 322. Der BGH hat die 30-jährige Verjährungsfrist bis zum 31. 12. 2009 auf alle Ansprüche des 5. Buchs des BGB angewendet, da die Verjährungsfrist nicht von dogmatischen Einordnungen abhängig sein soll.

auch für erbrechtliche Ansprüche die mit der Schuldrechtsform eingeführte, kenntnisabhängige allgemeine dreijährige Regelverjährung gem. §§ 195, 199 BGB gilt⁶⁴.

Nach § 199 Abs. 3 a BGB gilt daneben eine kenntnisunabhängige 30-jährige Verjährungshöchstfrist für solche erbrechtlichen Ansprüche, deren Durchsetzung Kenntnis des Anspruchsstellers (vom Erbfall, vom Inhalt einer Verfügung von Todes wegen usw.) voraussetzt, wobei die Unkenntnis nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhen darf. Die Beibehaltung der Höchstfrist trägt dem Umstand Rechnung, dass sich im Erbrecht die anspruchsbegründenden Tatsachen häufig erst lange Zeit nach der Anspruchsentstehung ermitteln lassen. Der neu geschaffene § 199 Abs. 3 a BGB soll verhindern, dass ein Anspruch ohne Vorliegen der erforderlichen Kenntnisse des Gläubigers nach § 199 Abs. 4 BGB bereits nach Ablauf von zehn Jahren verjährt⁶⁵.

Für Grundstücksvermächtnisse gilt die 10-jährige Verjährungsfrist des § 196 BGB⁶⁶.

Die Sonderverjährung von 30 Jahren ist aufgrund der Neufassung des § 197 Abs. 1 Nr. 1 BGB erhalten geblieben für Herausgabeansprüche gegen den Erbschaftsbesitzer (§ 2018 BGB), den Vorerben (§ 2130 BGB) und den Scheinerben (§ 2362 BGB)⁶⁷ sowie zur Geltendmachung der hierzu dienenden Auskunftsansprüche⁶⁸.

Die im Erbrecht schon vor dem 1. Januar 2010 geltenden dreijährigen Verjährungs Sondervorschriften des § 2287 Abs. 2 BGB (Bereicherungsanspruch des Vertragserben gegen den Empfänger einer beeinträchtigenden Schenkung) sowie des § 2332 BGB (Anspruch des Pflichtteilsberechtigten) regeln seit dem 1. 1. 2010 nur noch den Verjährungsbeginn. Wie bisher, beginnt die dreijährige Verjährungsfrist in diesen Fällen unmittelbar mit dem Erbfall und wird – abweichend von § 199 BGB – nicht bis zum Ende des jeweiligen Kalenderjahres hinausgeschoben.

Wegen der infolge der neuen Regelungen – im Erbrecht teilweise bedenklich – kurzen Verjährungsfristen, wird empfohlen, bei der Rechtsgestaltung mehr als bisher verjährungsverlängernde Anordnungen und Abreden zu treffen⁶⁹, z. B. bei der Testamentsvollstreckung⁷⁰.

IV. Inkrafttreten der Reform und Übergangsregelungen

Geändert worden ist auch der ursprünglich für die erbrechtlichen Regelungen vorgesehene Zeitpunkt des Inkrafttretens. Für erb- wie verjährungsrechtliche Regelungen gilt ein einheitlicher Stichtag des Inkrafttretens, der 1. 1. 2010. Soweit nach altem Recht Verjährungen eingetreten sind, bleibt dieser Zeitpunkt maßgebend⁷¹.

In allen Erbfällen seit dem 1. 1. 2010 kommen die durch das ErbVerjRÄndG geänderten oder neu eingeführten erbrechtlichen Vorschriften zur Anwendung. Dies gilt

grds. auch, wenn darin an Ereignisse vor dem 1. 1. 2010 angeknüpft wird.

So können z. B. nach § 2057 a BGB auch Pflegeleistungen ausgeglichen werden, die von einem nicht berufstätigen Abkömmling im Jahr 2009 oder davor erbracht wurden.

Im Pflichtteilsrecht gilt § 2306 n.F. auch, wenn die Beschränkungen oder Beschwerungen zu Lasten eines pflichtteilsberechtigten Erben in einer bereits vor dem 1. 1. 2010 errichteten Verfügung von Todes wegen angeordnet wurden.

Die neu eingeführte Abschmelzungsregelung für ergänzungspflichtige Schenkungen des Erblassers (§ 2325 Abs. 3 n.F.) gilt nach dem Übergangsrecht für alle Erbfälle, die nach dem 1. 1. 2010 eingetreten sind oder eintreten. Sie ist folglich bedeutsam für Schenkungen, die in dem Zeitraum seit dem Jahr 2001 vollzogen wurden⁷².

Auch für die rechtliche Beurteilung einer Pflichtteilsentziehung ist der Zeitpunkt des Erbfalls maßgebend. Ist die entziehende Verfügung von Todes wegen vor dem 1. 1. 2010 errichtet worden, so gilt die neue gesetzliche Regelung mit der Folge, dass auch Pflichtteilsentziehungen wirksam sein können, die nach altem Recht unwirksam gewesen wären. Da das neue Recht strenge formale Anforderungen an die Begründung der Pflichtteilsentziehung stellt, sind diese Fälle eher theoretisch. Für die Praxis bedeutsamer ist, dass nach altem Recht wirksame Pflichtteilsentziehungen nach neuem Recht unwirksam sein können. Dies kann in Einzelfällen zu unbefriedigenden Ergebnissen führen⁷³.

Wie bereits ausgeführt, müssen vor dem 1. 1. 2010 abgeschlossene Zuwendungsverzichtsverträge jedoch auch nach Inkrafttreten der Reform weiterhin die von den Erklärenden im Zeitpunkt der Beurkundung angenommene Rechtsfolge haben. Die Neuregelung gilt insoweit nur für Zuwendungsverzichtsverträge, die nach dem 1. 1. 2010 abgeschlossen wurden, da ein Anknüpfen an den Zeitpunkt des Erbfalls in diesen Fällen nicht sachgerecht wäre.

64 Davon betroffen sind insbesondere Vermächtnisansprüche (mit Ausnahme von Grundstücksvermächtnissen), Ansprüche gegen den Testamentsvollstrecker wegen Pflichtverletzung, Vergütungsansprüche des Testamentsvollstreckers, Ansprüche der Erben untereinander aus dem Rechtsverhältnis Erbengemeinschaft und ihrer Auseinandersetzung.

65 Vgl. auch Roland, ZErB 2007, 429, 430.

66 Jörg Mayer, NJW 2010, 2, 6; Keim, ZEV 2008, 161, 169; Schaal/Grigas, BWNNotZ 2008, 22, 23.

67 Kritisch dazu Peters AcP 208 (2008) 37, 61.

68 Ebenso Palandt/Ellenberger, § 197 Rz. 5, dazu allgemein auch Roland, ZErB 2007, 429, 433.

69 Jörg Mayer, ZEV 2010, 2, 6 f.

70 Jörg Mayer, ZEV 2010, 2, 7.

71 Art. 229 § 21 Abs. 1 – 3 EGBGB.

72 Wälzholz, DStR 2009, 2104, 2106; Schaal/Grigas, BWNNotZ 2008, 2, 12.

73 Dazu Jörg Mayer, ZEV 2010, 2, 5 (Stasi-Fall).

Die Beantragung und Erteilung von Erbscheinen in Erbfällen mit Auslandsberührung nach dem FamFG

(von Notar Dr. Ralf Wittkowski, Xanten)

- A. Einführung
- B. Die Internationale Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte und die Erteilung von Erbscheinen mit Auslandsberührung nach altem Recht
 - I. Die Internationale Zuständigkeit nach altem Recht
 - II. Art und Inhalt von Erbscheinen nach altem Recht
- C. Die Internationale Zuständigkeit der deutschen Nachlassgerichte nach dem FamFG
 - I. Grundsatz der Doppelfunktionalität – Ableitung der internationalen Zuständigkeit aus der örtlichen Zuständigkeit
 - II. Die Prüfung der internationalen Zuständigkeit nach §§ 105, 343 FamFG
 - 1. Die Systematik des § 343 FamFG
 - 2. Die einzelnen Anknüpfungsmomente des § 343 FamFG
 - III. Ausreichendes Rechtsschutzbedürfnis und hinreichender Inlandsbezug als reduzierendes Element der internationalen Zuständigkeit?
 - IV. Umfang der internationalen Zuständigkeit – Keine Vornahme von wesensfremden Tätigkeiten durch die deutschen Nachlassgerichte
 - V. Funktionelle Zuständigkeit
- D. Arten und Inhalt von Erbscheinen mit Auslandsberührung
 - I. Erteilung eines allgemeinen und unbeschränkten Erbscheins gemäß § 2353 BGB für den „Weltnachlass“ des Erblassers
 - II. Doppel- und Mehrfacherbscheine in Fällen der Nachlassspaltung
 - III. Der gegenständlich beschränkte Erbschein gemäß § 2369 Abs. 1 BGB n. F.
 - IV. Die Ausklammerung von Nachlassvermögen aus dem deutschen Nachlassverfahren auf zwei Wegen
 - V. Aufnahme von ausländischen Rechtsinstituten in den deutschen Erbschein
- E. Praktische Anwendungsfälle
 - I. Erste Fallgruppe: Deutscher Erblasser – Erbfolge beurteilt sich ausschließlich nach deutschem Recht – Fälle 1 und 2 –
 - II. Zweite Fallgruppe: Deutscher Erblasser – Erbfolge beurteilt sich zum Teil nach deutschem und zum Teil nach ausländischem Recht – Fälle 3 und 4 –
 - III. Dritte Fallgruppe: Ausländischer Erblasser – Erbfolge beurteilt sich ausschließlich nach deutschem Recht – Fall 5 –

- IV. Vierte Fallgruppe: Ausländischer Erblasser – Erbfolge beurteilt sich ausschließlich nach ausländischem Recht – Fälle 6, 7, 8 –
- V. Fünfte Fallgruppe: Ausländischer Erblasser – Erbfolge beurteilt sich zum Teil nach deutschem und zum Teil nach ausländischem Recht – Fälle 9 und 10 –

F. Formulierungsvorschläge

A. Einführung

Am 1. September ist das Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (kurz: FGG-RG) vom 17. Dezember 2008 in Kraft und gleichzeitig das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (kurz: FGG) außer Kraft getreten.¹ Als Kernbestandteil des FGG-RG (Artikel 1 des Gesetzes) ist am 1. September 2009 auch das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (kurz: FamFG) in Kraft getreten.² Die bedeutendste Änderung³ bringt das FamFG auf dem Gebiet der internationalen Zuständigkeit mit sich. Der Gesetzgeber hat in Abkehr vom bislang in der Gerichtspraxis vorherrschenden Gleichlaufgrundsatz den Grundsatz der Doppelfunktionalität festgelegt, wonach die internationale Zuständigkeit nunmehr aus der örtlichen Zuständigkeit folgt (§§ 105, 343 FamFG).⁴ Die internationale Zuständigkeit, die in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen ist⁵, hat besondere Bedeutung für das deutsche Nachlassverfahren und in diesem Zusammenhang insbesondere für das Verfahren zur Erbscheinserteilung.⁶ Im Zusammenhang mit den das Erbscheinsverfahren betreffenden Neuregelungen zur internationalen Zuständigkeit im FamFG hat das FGG-RG auch zahlreiche bestehende Gesetze und Gesetzesvorschriften geändert, wie z. B. § 2369 BGB bezüglich der Erteilung von gegenständlich beschränkten Erbscheinen, § 16 Abs. 1 Nr. 6 RPflG hinsichtlich des Richtervorbehalts für Nachlasssachen unter möglicher Anwendung ausländischen Rechts oder § 107 Abs. 2 Satz 3 Kostenordnung (kurz: KostO) hinsichtlich der Kostenprivilegierung von Erbscheinen, deren Wirkungen sich nur auf einen Teil des Nachlasses erstrecken.⁷

1 Vgl. BGBl. 2008 I, S. 2586 ff. und insbes. dessen Art. 112.

2 Vgl. hierzu ausführlich Heinemann, DNotZ 2009, 6 ff.

3 So Heinemann, a.a.O. (Fn. 2), S. 25.

4 Vgl. zum alten und neuen Grundsatz die Ausführungen unter B. I. und C. I.

5 Vgl. beispielhaft Keidel/Zimmermann, FamFG-Kommentar, 16. Aufl. 2009, § 343 Rn. 51; Tschichoflos in Schulte-Bunert/Weinreich (Hrsg.), FamG Kommentar 2009, § 343 Rn. 2.

6 Vgl. beispielhaft Staudinger/Dörner, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, Neubearbeitung 2007, Art. 25 EGBGB, Rn. 833 ff.; MünchKomm/J. Mayer, BGB-Kommentar, 4. Aufl. 2004; § 2353, Rn. 54 ff.

7 Vgl. FGG-RG Art. 23, 47 und 50, BGBl. 2008 I, S. 113, 128, 140.

Ziel der folgenden Ausführungen ist es, die Auswirkungen der neuen Rechtslage nach dem FamFG auf die Beantragung und Erteilung von Erbscheinen mit Auslandsberührung darzustellen. Der Schwerpunkt soll hierbei auf der Darstellung verschiedener, in der Praxis häufig vorkommender Fallkonstellationen liegen (Teil E.), die in erster Linie für die Notare im Rahmen der Formulierung von Erbscheinsanträgen, aber auch für die Nachlassgerichte im Rahmen der Erbscheinserteilung von Bedeutung sein können. Zuvor sollen nach Darstellung der Rechtslage vor Inkrafttreten des FamFG (Teil B.) die Fragen der internationalen Zuständigkeit der deutschen Nachlassgerichte gemäß der neuen Rechtslage nach dem FamFG (Teil C.) und die daraus resultierenden Probleme hinsichtlich Art und Inhalt der nunmehr zu erteilenden Erbscheine (Teil D.) erörtert werden. Zum Schluss (Teil F.) werden noch einige Formulierungsvorschläge für Erbscheine mit Auslandsberührung in für die Praxis besonders wichtigen Fällen unterbreitet.

B. Die Internationale Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte und die Erteilung von Erbscheinen mit Auslandsberührung nach altem Recht

I. Die Internationale Zuständigkeit nach altem Recht

Bis zum Inkrafttreten des FamFG war die internationale Zuständigkeit der deutschen Nachlassgerichte im wesentlichen⁸ gesetzlich nicht geregelt. Mangels vorrangiger staatsvertraglicher Regelungen bzw. mangels unmittelbar anwendbarer Regelungen des europäischen Gemeinschaftsrechts ging die Rechtsprechung vom sogenannten „Gleichlaufgrundsatz“ aus. Eine internationale Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte war danach immer dann gegeben, wenn das Gericht deutsches Erbrecht anzuwenden hatte. Die Anwendung des deutschen Erbrechts konnte sich entweder bei einem deutschen Erblasser unmittelbar aus Art. 25 Abs. 1 EGBGB oder bei einem ausländischen Erblasser insbesondere aufgrund einer vollständigen oder teilweisen Rückverweisung durch das ausländische Kollisionsrecht ergeben.⁹ Darüber hinaus folgte als Ausnahme vom Gleichlaufgrundsatz aus § 2369 BGB in der bis zum 1. September 2009 gültigen Fassung¹⁰ bei ausländischen Erblassern, die ganz oder teilweise nach ihrem Heimatrecht beerbt wurden, eine internationale Zuständigkeit der deutschen Nachlassgerichte zur Erteilung eines Erbscheins nach ausländischem Recht, die aber nur auf das inländische, also in Deutschland befindliche Nachlassvermögen beschränkt war.¹¹ Da dieser Fremdrechterschein als Rechtsinstitut des deutschen Rechts auf der Grundlage der *lex fori*¹² das Erbrecht bezeugte, kam es für die Ausstellung eines solchen Erbscheins auch nicht darauf an, ob das berufene ausländische Erbrecht das Rechtsinstitut des Erbscheins kennt oder nicht.¹³ Bei Anwendbarkeit ausländischen Erbrechts, also insbesondere bei ausländischen, zum Teil aber auch bei deutschen Erblassern über die Sonderanknüpfung des Art. 3 a Abs. 2 EGBGB (früher Art. 3 Abs. 3 EGBGB)¹⁴, war somit nach altem Recht eine internationale Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte für im Ausland be-

findliche Nachlassgegenstände nicht eröffnet.¹⁵ Der Gleichlaufgrundsatz, der in der wissenschaftlichen Literatur zunehmend Kritik erfahren hat¹⁶, wurde aber in der gerichtlichen Praxis in zahlreichen Fällen durchbrochen, so z. B. im Rahmen der vorläufigen Sicherung von im Inland befindlichem Nachlassvermögen (z. B. Testamentseröffnung oder Anordnung einer Nachlasspflegschaft) oder für Maßnahmen, die sich auf eine internationale Fürsorge- oder Notzuständigkeit gründen, da z. B. die Gerichte und Behörden des Staates, dessen Erbrecht auf den konkreten Fall anwendbar war, eine Tätigkeit ablehnten (z. B. Errichtung eines Inventarverzeichnisses nach italienischem Recht oder Ausschlagung nach einem mit letztem Wohnsitz in Deutschland verstorbenen italienischem Erblasser, dessen Heimatgerichte nicht für die Entgegennahme einer Ausschlagung zuständig sind).¹⁷ Andererseits wurde der Gleichlaufgrundsatz in der gerichtlichen Praxis dadurch eingeschränkt, dass deutsche Nachlassgerichte trotz gegebener internationaler Zuständigkeit keine „wesensfremden“ Tätigkeiten vornehmen konnten. So konnte z. B. die nach österreichischem Recht nach Annahme der Erbschaft zum Erwerb der Erbenstellung grundsätzlich erforderliche Einantwortung nach herrschender Meinung nicht von deutschen Nachlassgerichten vorgenommen werden.¹⁸

⁸ Bis auf die nachfolgend noch näher zu behandelnde Vorschrift des § 2369 BGB in der Fassung bis zum 1. September 2009.

⁹ Vgl. zum Gleichlaufgrundsatz nach altem Recht z. B. Palandt/Edenhofer, 68. Aufl. 2009, § 2353, Rn. 14; Palandt/Thorn, a.a.O., Art. 25 EGBGB, Rn. 18; MünchKomm/J. Mayer, a.a.O. (Fn. 6), § 2353, Rn. 54; MünchKomm/Birk, 4. Aufl. 2006, Art. 25 EGBGB, Rn. 316; Bamberger/Roth/S. Lorenz, 2. Aufl. 2008, Art. 25 EGBGB, Rn. 63; Staudinger/Dörner, a.a.O. (Fn. 6), Art. 25 EGBGB, Rn. 835 ff.; Keidel/Zimmermann, a.a.O. (Fn. 5), § 343 Rn. 50; Schotten/Schmellenkamp, Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis, 2. Aufl. 2007, Rn. 340; zum Fall der Anwendbarkeit des deutschen Rechts durch vollständige Rückverweisung durch das ausländische Kollisionsrecht vgl. E.) III. Fall 5.

¹⁰ Im Folgenden nur kurz § 2369 BGB a. F.

¹¹ Vgl. zum Wortlaut des § 2369 BGB a. F. und zu der beschränkten internationalen Zuständigkeit nach dieser Vorschrift z. B. Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 9), § 2369, Rn. 1 ff.; MünchKomm/J. Mayer, a.a.O. (Fn. 6), § 2369, Rn. 1 ff.; MünchKomm/Birk, a.a.O. (Fn. 9), Art. 25 EGBGB, Rn. 327; Bamberger/Roth/S. Lorenz, a.a.O. (Fn. 9), Art. 25 EGBGB, Rn. 63; Staudinger/Dörner, a.a.O. (Fn. 6), Art. 25 EGBGB, Rn. 839, 867 ff.; Schotten/Schmellenkamp, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 340.

¹² Also aus der Sicht des zur Entscheidung berufenen Gerichts heimische Recht; vgl. zu dem Begriff z. B. Keidel/Engelhardt, a.a.O. (Fn. 5), § 97, Rn. 7; Schotten/Schmellenkamp, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 47.

¹³ Vgl. für viele MünchKomm/Birk, a.a.O. (Fn. 6), Art. 25 EGBGB, Rn. 332; Schotten/Schmellenkamp, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 344 und dort Fn. 512.

¹⁴ Vgl. zu dieser Vorschrift nachfolgend D. III. sowie E.) II., Fall 3.

¹⁵ Vgl. hierzu nachfolgend unter Ziff. II. die Ausführungen zu den verschiedenen Möglichkeiten einer Erbscheinserteilung nach altem Recht.

¹⁶ Vgl. z. B. Staudinger/Dörner, a.a.O. (Fn. 6), Art. 25 EGBGB, Rn. 848 ff.; MünchKomm/Birk, a.a.O. (Fn. 9), Art. 25 EGBGB, Rn. 316; Palandt/Thorn, a.a.O. (Fn. 9), Art. 25 EGBGB, Rn. 18; Schotten/Schmellenkamp, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 340 und dort Fn. 495 mit weiteren Literaturnachweisen.

¹⁷ Vgl. zu den zahlreichen Ausnahmen vom Gleichlaufgrundsatz nach altem Recht z. B. Palandt/Thorn, a.a.O. (Fn. 9), Art. 25 EGBGB, Rn. 18, 19; MünchKomm/Birk, a.a.O. (Fn. 9), Art. 25 EGBGB, Rn. 319 ff.; Bamberger/Roth/S. Lorenz, a.a.O. (Fn. 9), Art. 25 EGBGB, Rn. 64; Staudinger/Dörner, a.a.O. (Fn. 6), Art. 25 EGBGB, Rn. 839 ff.; Keidel/Zimmermann, a.a.O. (Fn. 5), § 343, Rn. 50; Kroiß, ZEV 2009, 493.

¹⁸ Vgl. hierzu z. B. Staudinger/Dörner, a.a.O. (Fn. 6), Art. 25 EGBGB, Rn. 852 ff.; Bamberger/Roth/S. Lorenz, a.a.O. (Fn. 9), Art. 25 EGBGB, Rn. 69; Fröhling in Prütting/Herms (Hrsg.) FamFG-Kommentar, 2009, § 343, Rn. 155; sowie zur Einantwortung nach öster-

II. Art und Inhalt von Erbscheinen nach altem Recht

Nach einem deutschen Erblasser wurde ein allgemeiner Eigenrechtserbschein gemäß § 2353 BGB erteilt. Umstritten war, ob der Erbschein für den Fall, dass der Erblasser Grundbesitz in einem Staat hinterlassen hatte, dessen kollisionsrechtliche Vorschriften eine Vermögensspaltung vorsehen und für das unbewegliche Vermögen an das Recht der Belegenheit der Sache anknüpfen, so dass hier über Art. 3 a Abs. 2 EGBGB (früher Art. 3 Abs. 3 EGBGB) für diesen Grundbesitz das ausländische Belegenheitsrecht zur Anwendung kommt¹⁹, einen einschränkenden Geltungsvermerk enthalten musste.²⁰ Nach einem ausländischen Erblasser waren drei Fallkonstellationen zu unterscheiden: (1) Für einen ausländischen Erblasser, der kraft vollständiger Rückverweisung seines Heimatrechts ebenfalls ausschließlich nach deutschem Recht beerbt wurde, galt das zuvor für einen deutschen Erblasser Ausgeführte grundsätzlich entsprechend.²¹ Zweckmäßigerweise war dann in dem Erbschein aber anzugeben, dass sich die Erbfolge kraft Rückverweisung ausschließlich nach deutschem Erbrecht beurteilt.²² (2) Richtete sich die Erbfolge insgesamt nach ausländischem Recht²³, kam nur die Erteilung eines territorial beschränkten Fremdrechtserscheins gemäß § 2369 BGB a. F. in Betracht, der sowohl das anwendbare Erbrecht als auch die Beschränkung auf die im Inland befindlichen Nachlassgegenstände enthalten musste.²⁴ (3) Richtete sich die Erbfolge hingegen zum Teil nach deutschem und zum Teil nach ausländischem Recht, so im Falle einer teilweisen Rückverweisung durch das Heimatrecht des ausländischen Erblassers auf das deutsche Recht²⁵, so waren zwei Erbscheine mit möglicherweise grundlegend verschiedenem Inhalt zu erteilen, und zwar ein Eigenrechtserbschein auf der Grundlage des deutschen Rechts und ein Fremdrechtserschein auf der Grundlage des ausländischen Rechts. Beide Erbscheine wurden zweckmäßigerweise in einer Urkunde als sogenannter „Doppelerbschein“ ausgestellt. In beiden Erbscheinen musste die jeweils einschlägige Rechtsordnung und eine jeweilige Geltungsbeschränkung aufgenommen werden, und zwar im Fremdrechtserschein mit Rücksicht auf § 2369 BGB a. F. und im übrigen zur Bestimmung und Abgrenzung der Nachlassgegenstände, die hinsichtlich der Erbfolge entweder der einen oder aber der anderen Rechtsordnung unterliegen.²⁶

Inhaltliche Probleme bereitete bei der Erteilung eines Fremdrechtserscheins insbesondere die Aufnahme von Rechtsinstituten, die dem deutschen Erbrecht unbekannt sind oder sich in ihren Strukturen erheblich vom deutschen Erbrecht unterscheiden. Umstritten war in diesen Fällen, ob der Erbschein das entsprechende Rechtsinstitut im Interesse des Rechtsverkehrs möglichst genau unter Verwendung der Rechtsbegriffe des maßgebenden ausländischen Erbrechts wiederzugeben hatte oder nur Begriffe des deutschen Erbrechts in den Erbschein aufgenommen werden durften, so dass eine entsprechende Angleichung der ausländischen Rechtsinstitute an das deutsche Erbrecht zu erfolgen hatte. Die allgemeine Praxis der deutschen Nachlassgerichte folgte eher letzterer Vorgehensweise.²⁷ Während z. B. eine nach ausländischem Recht angeordnete Testamentsvollstreckung, die zu einer Verfügungsbeschränkung der Erben führt,

nach herrschender Meinung entsprechend § 2364 BGB auch in einem Fremdrechtserschein zu vermerken war, waren die in ausländischen Rechtsordnungen (z. B. in Frankreich oder in Italien²⁸) häufig anzutreffenden Vermächtnisse mit dinglicher Wirkung (sogenannte „Vindikationslegate“) oder Teilungsanordnungen mit dinglicher Wirkung im Fremdrechtserschein nicht aufzuführen.²⁹ Auch bereitete in einem Fremdrechtserschein die Darstellung der in vielen Rechtsordnungen (z. B. Frankreich, Belgien, Luxemburg, Italien³⁰) bestehenden Noterbrechte, die nicht als schuldrechtlicher Pflichtteilsanspruch wie im deutschen Recht, sondern als echtes Miterbrecht in Höhe der gesetzlich vorgesehenen Mindestquote ausgestaltet sind, besondere Schwierigkeiten.³¹ Diese nur beispielhaft aufgeführten inhaltlichen Probleme aufgrund ausländischer, dem deutschen Recht unbekannter oder vom deutschen Recht abweichender Rechtsinstitute werden nach der zum Teil erheblich erweiterten internationalen Zuständigkeit der deutschen Nachlassgerichte nach dem FamFG in Zukunft das deutsche Nachlassverfahren noch vermehrt betreffen.³²

reichischem Recht BayObLGZ 1995, 47, das auf eine Einantwortung nach österreichischem Recht schlicht verzichtet und lediglich eine unbedingte Annahmeerklärung („Erbserklärung“) fordert, die das deutsche Nachlassgericht entgegennehmen kann; dazu, dass nach aktuellem österreichischem Recht keine Einantwortung mehr für in Deutschland befindliches unbewegliches Vermögen eines österreichischen Erblassers erforderlich ist und auch für in Deutschland befindliches bewegliches Vermögen nach Auffassung von Ludwig nicht mehr erforderlich sein sollte, Ludwig, ZEV 2005, 419, 424.

- 19 Vgl. zu der Vorschrift des Art. 3 Abs. 2 EGBGB und dem Grundsatz „Einzelstatut bricht Gesamtstatut“ Palandt/Edenhofer, 69. Aufl. 2010, Art. 3 a EGBGB, Rn. 1, 6; Schotten/Schmellenkamp, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 15, 45, sowie nachfolgend die Ausführungen unter D. II. sowie E. II., Fall 3.
- 20 Vgl. zu diesem Rechtsstreit z. B. MünchKomm/Birk, a.a.O. (Fn. 6), Art. 25 EGBGB, Rn. 352; Staudinger/Dörner, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 865; Schotten/Schmellenkamp, a.a.O. (Fn. 9) Rn. 342 mit zahlreichen weiteren Rechtsprechungs- und Literaturhinweisen sowie unten E. II. Fall 3., Ziff. 2., Fn. 175 bis 177.
- 21 Vgl. als Beispiel für eine solche Fallkonstellation unten E. III., Fall 5.
- 22 Vgl. z. B. Schotten/Schmellenkamp, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 343.
- 23 Vgl. als Beispiel für eine solche Fallkonstellation unten E. IV., Fall 6.
- 24 Vgl. hierzu und zum Begriff der „territorialen Beschränkung“ z. B.; Staudinger/Dörner, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 869; Schotten/Schmellenkamp, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 344.
- 25 Vgl. als Beispiel für eine solche Fallkonstellation unten E. V., Fall 10.
- 26 Vgl. z. B. MünchKomm/Birk, a.a.O. (Fn. 6), Art. 25 EGBGB, Rn. 349; Staudinger/Dörner, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 872; Schotten, RPfeger a.a.O. (Fn. 24), S. 189; Schotten/Schmellenkamp, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 348 mit weiteren Literaturhinweisen insbes. zum Begriff des „Doppelerbscheins“.
- 27 Vgl. zu dieser Problematik sehr ausführlich Johnen, MittRhNotK 1986, 57, 64 ff.; außerdem Staudinger/Dörner, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 882 ff.; MünchKomm/J. Mayer, a.a.O. (Fn. 6), § 2369, Rn. 24 ff.; Bamberger/Roth/S. Lorenz, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 70; Schotten/Schmellenkamp, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 344 ff. mit zahlreichen weiteren Literatur- und Rechtsprechungsangaben.
- 28 Vgl. hierzu Döbereiner in Süß, Erbrecht in Europa, 2. Aufl. Bonn 2008, Frankreich, Rn. 89; Cubeddu Wiedemann/Wiedemann in Süß, a.a.O., Italien Rn. 61.
- 29 Vgl. hierzu Staudinger/Dörner, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 884, 887; MünchKomm/J. Mayer, a.a.O. (Fn. 6), § 2369, Rn. 27, 28; Bamberger/Roth/S. Lorenz, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 70; Schotten/Schmellenkamp, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 344, 347.
- 30 Döbereiner in Süß, a.a.O. (Fn. 28), Frankreich Rn. 98; Hustedt in Süß, a.a.O. (Fn. 28), Belgien Rn. 75; Frank in Süß, a.a.O. (Fn. 28), Luxemburg Rn. 105; Cubeddu Wiedemann/Wiedemann in Süß, a.a.O. (Fn. 28), Italien Rn. 83.
- 31 Vgl. hierzu Staudinger/Dörner, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 885; MünchKomm/J. Mayer, a.a.O. (Fn. 6), § 2369, Rn. 31; Bamberger/Roth/S. Lorenz, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 70; und sehr ausführlich Schotten/Schmellenkamp, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 346.
- 32 Vgl. hierzu nachfolgend C. I. und D. I.

C. Die Internationale Zuständigkeit der deutschen Nachlassgerichte nach dem FamFG

I. Grundsatz der Doppelfunktionalität – Ableitung der internationalen Zuständigkeit aus der örtlichen Zuständigkeit

Seit Inkrafttreten des FamFG am 1. September 2009 ergibt sich die internationale Zuständigkeit der deutschen Nachlassgerichte aus § 105 FamFG – im Erbscheinsverfahren somit für alle ab dem 1. September 2009 gestellten Anträge³³ –, sofern und soweit keine vorrangigen Regelungen in völkerrechtlichen Vereinbarungen oder vorrangigen Regelungen in Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft i. S. v. § 97 FamFG existieren.³⁴ Derartige vorrangige Regelungen gibt es zur Zeit im Bereich des Nachlassverfahrens noch nicht.³⁵ Insbesondere liegt auf der Ebene der Europäischen Union zur Zeit lediglich ein Verordnungsvorschlag der EU-Kommission vom 14. Oktober 2009 vor, der u. a. Bestimmungen zur internationalen Zuständigkeit für sämtliche erbrechtliche Verfahren enthält, die eine ähnliche Regelanknüpfung (= Domizilanknüpfung) auf europäischer Ebene vorsehen, die auch das FamFG nunmehr vornimmt.³⁶

§ 105 FamFG regelt die internationale Zuständigkeit für Verfahren nach dem FamFG, für die nicht ausdrücklich in den §§ 98 – 104 FamFG eine internationale Zuständigkeitsregelung getroffen worden ist. Die Auffangvorschrift des § 105 FamFG umfasst insbesondere auch Nachlass- und Verfahrenssachen nach Buch 4 des FamFG und in diesem Rahmen wiederum insbesondere das Erbscheinsverfahren i. S. v. § 342 Abs. 1 Nr. 6 FamFG. § 105 FamFG kodifiziert den anerkannten, und von den Kritikern des bisher durch die Rechtsprechung angewendeten Gleichlaufgrundsatzes bereits in der Vergangenheit geforderten Grundsatz der „Doppelfunktionalität“, wonach die internationale Zuständigkeit in den gesetzlich nicht geregelten Fällen aus der örtlichen Zuständigkeit abgeleitet wird.³⁷ Dem bislang in der Gerichtspraxis angewendeten Gleichlaufgrundsatz ist somit endgültig eine Absage erteilt worden.³⁸ Die örtliche Zuständigkeit, aus der sich nunmehr die internationale Zuständigkeit ableitet, ergibt sich aus den Vorschriften der §§ 343, 344 FamFG. Während § 343 FamFG die nachfolgend näher zu betrachtenden Regelungen zur allgemeinen örtlichen Zuständigkeitsbestimmung in Nachlass- und Teilungssachen, insbesondere somit für das Erbscheinsverfahren, enthält³⁹, regelt § 344 FamFG ergänzend eine besondere Zuständigkeit für die besondere amtliche Verwahrung von Verfügungen von Todes wegen, die Sicherung des Nachlasses, die Auseinandersetzung des Gesamtguts einer Gütergemeinschaft bei Zugehörigkeit eines Anteils an dem Gesamtgut zu einem Nachlass und die Entgegennahme einer Erklärung über Erbschaftsaus-schlagung bzw. Anfechtung der Ausschlagung, Annahme oder Fristversäumung.

Eine zentrale Folge der Anwendbarkeit des Grundsatzes der Doppelfunktionalität und der Abkehr vom Gleichlaufgrundsatz ist, dass nach aktuellem Recht die internationale Zuständigkeit der deutschen Nachlassgerichte unabhängig von dem auf den Erbfall anzuwendenden Recht bestimmt wird. Dies wird zu einer vermehrten

Anwendung ausländischen Rechts durch die deutschen Nachlassgerichte führen.⁴⁰

Der im Rahmen der Neuregelung der internationalen Zuständigkeit der deutschen Nachlassgerichte durch das FamFG ebenfalls geänderte § 2369 Abs. 1 BGB enthält im Unterschied zu § 2369 Abs. 1 BGB a. F. keine Regelung zur internationalen Zuständigkeit mehr. Denn der Zweck des bisherigen § 2369 Abs. 1 BGB, als Ausnahme vom Gleichlaufgrundsatz trotz Anwendbarkeit ausländischen Rechts die Erteilung eines territorial bzw. gegenständlich beschränkten Fremdrechterscheins zu ermöglichen, hat sich durch die Abkehr vom Gleichlaufgrundsatz erledigt. Zweck des neuen § 2369 Abs. 1 BGB ist es, aus Praktikabilitätsgründen die Beschränkung eines Erbscheinsantrags bzw. einer Erbscheinserteilung auf den inländischen Nachlass zu ermöglichen, z. B. für die Fälle einer Nachlassspaltung.⁴¹

II. Die Prüfung der internationalen Zuständigkeit nach §§ 105, 343 FamFG

1. Die Systematik des § 343 FamFG

Die allgemeine örtliche Zuständigkeitsbestimmung des § 343 FamFG ist weitestgehend dem bisherigen § 73 FGG nachgebildet. Neben einer sprachlichen und systematischen Anpassung an die übrigen Vorschriften des FamFG wird allerdings die Zuständigkeit nach § 343 Abs. 3 FamFG gegenüber § 73 Abs. 3 FGG im Falle eines ausländischen Erblassers wesentlich dadurch erweitert,

33 Vgl. z. B. Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 19), § 2353 Rn. 10.

34 Vgl. z. B. Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 19), § 2353, Rn. 10; Hohloch in Horndasch/Viefhues (Hrsg.), Kommentar zum Familienverfahrensrecht, 2009, § 105 Rn. 44, 45.

35 Vgl. Staudinger/Dörner, a.a.O. (Fn. 6), Art. 25 EGBGB, Rn. 833 und Hohloch in Horndasch/Viefhues (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 34); § 105 Rn. 44, 45 insbesondere dazu, dass sowohl der Deutsch-Türkische Konsularvertrag von 1929 (RGLB. 1930 II, S. 747, 748) und der Deutsch-Sowjetische Konsularvertrag vom 25. 4. 1958 (RGLB. 1959 II, S. 232, 469) nicht die Frage der internationalen Zuständigkeit der deutschen Gerichte betreffen.

36 Vgl. ausführlich zu dem Vorschlag der EU-Kommission Kindler, IPRax 2010, 44 ff.

37 Vgl. Staudinger/Dörner, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 850 und zum Begriff der Doppelfunktionalität insbesondere Hau in Prütting/Herms (Hrsg.); a.a.O. (Fn. 18), § 105, Rn. 1; Hohloch in Horndasch/Viefhues (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 34), § 105 Rn. 36 ff., Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 19), § 2353 Rn. 10.

38 Vgl. zur neuen Regelung des § 105 FamFG und zur Abkehr des Gesetzgebers vom Gleichlaufgrundsatz zunächst die Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung in BT-Drucks. 16/6308, 221; ferner Keidel/Engelhardt, a.a.O. (Fn. 5), § 105 Rn. 1 ff.; Hau in Prütting/Herms (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 18), § 105, Rn. 1, 25; Hohloch in Horndasch/Viefhues (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 34), § 105 Rn. 36 ff.; Baetge in Schulte-Bunert/Weinreich (Hrsg.), FamG Kommentar 2009, § 105 Rn. 1 ff.; Heiderhoff in Bork/Jacoby/Schwab (Hrsg.), FamFG Kommentar, 2009, § 105 Rn. 1 ff.

39 Vgl. z. B. Heinemann in Horndasch/Viefhues (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 34), § 343 Rn. 1; Keidel/Zimmermann, a.a.O. (Fn. 5), Rn. 36; Fröhler in Prütting/Herms (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 18), § 343 Rn. 3.

40 Vgl. an dieser Stelle nur die Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung in BT-Drucks. 16/6308, S. 222 sowie Heinemann, DNotZ, a.a.O. (Fn. 2), S. 25.

41 Vgl. zum erledigten Normzweck des § 2369 BGB a. F. und zum Normzweck des § 2369 Abs. 1 BGB n. F. zunächst die Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zu dieser neu gefassten Vorschrift in BT-Drucks. 16/6308, S. 349; sowie Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 19), § 2369 Rn. 1; Kroiß, a.a.O. (Fn. 17), S. 494; Schäuble, ZErB 2009, 200, 201; vgl. ausführlich zur Bedeutung und zum Anwendungsbereich des § 2369 Abs. 1 BGB n. F. die Ausführungen unter D. III.

dass sie sich auf den gesamten, nicht nur im Inland, sondern auch im Ausland befindlichen Nachlass erstreckt.⁴² Von der Systematik her wird zunächst gemäß § 343 Abs. 1 FamFG unabhängig von der Staatsangehörigkeit des Erblassers auf dessen inländischen Wohnsitz, hilfsweise auf dessen inländischen Aufenthalt zum Zeitpunkt des Erbfalls abgestellt. Fehlt es an beidem, wird zwischen deutschen und ausländischen Erblassern unterschieden. Bei deutschen Erblassern ist nach § 343 Abs. 2 FamFG das Amtsgericht Schöneberg mit Verweisungsmöglichkeit aus wichtigen Gründen, bei ausländischen Erblassern nach § 343 Abs. 3 FamFG jedes Gericht, in dessen Bezirk sich Nachlassgegenstände befinden, und zwar jeweils für den gesamten „Weltnachlass“ des Erblassers zuständig.⁴³ Zusammenfassend ist somit gemäß § 105 i. V. m. § 343 FamFG im Falle eines deutschen Erblassers die internationale Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte stets eröffnet, während im Falle eines ausländischen Erblassers dieser entweder seinen letzten Wohnsitz oder Aufenthalt in Deutschland gehabt oder zumindest Nachlassvermögen in Deutschland hinterlassen haben muss. Anders ausgedrückt: Die internationale Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte bei Erbfällen mit Auslandsberührung besteht in Zukunft grundsätzlich⁴⁴ nur nicht im Falle eines ausländischen Erblassers, der weder seinen letzten Wohnsitz, noch seinen letzten Aufenthalt in Deutschland hatte und auch keinerlei Nachlassvermögen in Deutschland hinterlassen hat. § 105 FamFG i. V. m. § 343 FamFG führt somit zu einer erheblichen Ausweitung der internationalen Zuständigkeit der deutschen Nachlassgerichte insbesondere dadurch, dass sich diese bei ausländischen Erblassern⁴⁵ – aber auch bei deutschen Erblassern⁴⁶ – auf das gesamte „Weltvermögen“ des Erblassers, und nicht mehr nur auf den im Inland befindlichen Nachlass erstreckt, und zwar unabhängig vom anwendbaren Recht. So werden deutsche Nachlassgerichte in Zukunft mit einer Vielzahl von Verfahren konfrontiert sein, in denen ausländisches Recht zur Anwendung kommt.⁴⁷

2. Die einzelnen Anknüpfungsmomente des § 343 FamFG

Die in § 343 FamFG verwendeten Anknüpfungsmomente sind i. S. der materiellen *lex fori*⁴⁸, also in erster Linie nach den Vorschriften des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches (kurz: BGB) auszulegen.⁴⁹ Der Begriff des „Wohnsitzes“ i. S. v. § 343 Abs. 1 FamFG bestimmt sich somit nach den Regelungen der §§ 7 bis 9 BGB. Maßgebend ist hiernach grundsätzlich der räumliche Schwerpunkt (Mittelpunkt) der gesamten Lebensverhältnisse des Erblassers. Eine Anmeldung beim Einwohnermeldeamt wird nicht vorausgesetzt. Stirbt der Erblasser z. B. im Krankenhaus, so ist in der Regel seine Wohnung als Schwerpunkt seiner Lebensverhältnisse und nicht das Krankenhaus anzusehen. Verstirbt der Erblasser hingegen in einem Sterbehospiz und kommt die Rückkehr in die an einem anderen Ort befindliche Wohnung nicht mehr in Betracht, so ist der Ort des Hospizes als letzter Erblasserwohnsitz anzusehen.⁵⁰ Bei mehreren Wohnsitzen des Erblassers ist gemäß § 2 Abs. 1 FamFG das Gericht zuständig, das zuerst in der Sache tätig geworden ist, also zuerst eine sachlich gebotene Verfügung getroffen hat.⁵¹

Unter „Aufenthalt“ i. S. des § 343 Abs. 1 FamFG ist ein tatsächliches bzw. faktisches Verhalten zu verstehen, gleichgültig, ob dieser nur ein vorübergehender, z. B. auf der Durchreise oder im Urlaub, oder ein auf längere Dauer berechneter Aufenthalt, ein gewollter oder unfreiwilliger, ein bewusster oder unbewusster Aufenthalt war.⁵² So hat z. B. das Bayerische Oberste Landesgericht entschieden, dass ein Deutscher mit Wohnsitz in Tschechien, der sich bei einem Besuch in Deutschland im Dachboden aufgehängt hat, seinen letzten Aufenthalt in Deutschland hatte.⁵³ Da dieser weite Begriff des Aufenthaltes zu einem Einfallstor für die Befassung deutscher Nachlassgerichte mit Verfahren mit Auslandsberührung werden könnte, wird von der Literatur bereits diskutiert, ob die Befassung der Gerichte nicht zusätzlich an ein ausreichendes Rechtsschutzbedürfnis des Antragstellers bzw. an einen hinreichenden Inlandsbezug des erbrechtlichen Sachverhaltes geknüpft werden sollte.⁵⁴

Hatte der Erblasser zum Zeitpunkt des Erbfalls weder Wohnsitz noch Aufenthalt im Inland, so hängt die Begründung einer hilfsweisen internationalen Zuständigkeit gemäß § 343 Abs. 2 oder 3 FamFG davon ab, ob der Erblasser Deutscher oder Ausländer war. Die Frage, ob der Erblasser zum Zeitpunkt seines Todes Deutscher war, richtet sich nach den die deutsche Staatsangehörigkeit regelnden Normen, insbesondere nach dem Grundgesetz

42 Vgl. zum Vergleich von § 343 FamFG mit § 73 FGG z. B. Heinemann in Horndasch/Viefhues (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 34), § 343 Rn. 1; Keidel/Zimmermann, a.a.O. (Fn. 5), Rn. 36; Fröhler in Prütting/Herms (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 18), § 343, Rn. 1.

43 Vgl. zur Anknüpfungsleiter des § 343 FamFG z. B. Keidel/Zimmermann, a.a.O. (Fn. 5), § 343, Rn. 37; Fröhler in Prütting/Herms (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 18), § 343, Rn. 3; Löhnig in Bork/Jacoby/Schwab (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 38), § 343 Rn. 1; Heinemann, DNotZ a.a.O. (Fn. 2), S. 24.

44 Vgl. zu der diskutierten Einschränkung der internationalen Zuständigkeit durch die Forderung eines ausreichenden Inlandsbezuges die nachfolgenden Ausführungen unter C. III. und dort insbes. die Literaturangaben in Fn. 77.

45 Vgl. dazu unten E. IV. Fall 6 und V. Fälle 9 und 10, jeweils Ziff. 2. und 3.

46 So wenn der deutsche Erblasser unbewegliches Vermögen in einem Staat hinterlässt, der die Erbfolge für unbewegliches Vermögen an den Belegenheitsort der Sache anknüpft (= Problematik des Art. 3 a Abs. 2 EGBGB); vgl. dazu unten E. II., Fall 3, Ziff. 3.

47 Vgl. zur Ausdehnung der internationalen Zuständigkeit nach dem FamFG und zu dem Begriff des „Weltvermögens“ des Erblassers bzw. der „Weltzuständigkeit“ der Nachlassgerichte die Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung in BT-Drucks. 16/6308, S. 222; Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 19), § 2353, Rn. 20; Keidel/Zimmermann, a.a.O. (Fn. 5), Rn. 51; Kroiß, a.a.O. (Fn. 17), S. 494; Zimmermann, ZEV 2009, 53, 57.

48 Vgl. zu dem Begriff oben Fn. 12.

49 Vgl. z. B. Fröhler in Prütting/Herms (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 18), § 343, Rn. 9; Schäuble, a.a.O. (Fn. 41), S. 204.

50 Vgl. zum Begriff des Wohnsitzes z. B. BayObLGZ 93, 89; Kroiß, a.a.O. (Fn. 17), S. 493, 494 sowie ausführlich jeweils mit weiteren Literatur- und Rechtsprechungsnachweisen Keidel/Zimmermann, a.a.O. (Fn. 5), § 343, Rn. 40 ff.; Fröhler in Prütting/Herms (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 18), § 343, Rn. 11 ff.

51 Vgl. hierzu Kroiß, a.a.O. (Fn. 17), S. 494.

52 Vgl. zum Begriff des Aufenthaltes jeweils mit weiteren Literatur- und Rechtsprechungsnachweisen Keidel/Zimmermann, a.a.O. (Fn. 5), § 343, Rn. 44, 45; Fröhler in Prütting/Herms (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 18), § 343, Rn. 51 ff.

53 BayObLG, NJW 2003, 596.

54 Vgl. hierzu unten die weiteren Ausführungen zu C. III. sowie E. IV., Fall 7., Ziff. 3.

und dem Staatsangehörigkeitsgesetz.⁵⁵ Danach ist Deutscher, wer die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt oder anderweitig Deutscher i. S. v. Art. 116 GG ist.⁵⁶ Bei mehrfacher Staatsangehörigkeit gilt der Erblasser als Deutscher.⁵⁷ War der Erblasser staatenlos oder kann seine Staatsangehörigkeit nicht festgestellt werden, so kommt es entsprechend dem Rechtsgedanken des Art. 5 Abs. 2 EGBGB auf den gewöhnlichen bzw. einfachen Aufenthalt des Erblasser an.⁵⁸ Hatte der staatenlose Erblasser somit zum Zeitpunkt seines Todes weder seinen gewöhnlichen Aufenthalt bzw. Wohnsitz noch seinen Aufenthalt in Deutschland, so kommt die Begründung einer internationalen Zuständigkeit nur über § 343 Abs. 3 FamFG in Betracht.⁵⁹

War der Erblasser Deutscher und hatte er zum Zeitpunkt des Erbfalls weder Wohnsitz noch Aufenthalt im Inland, so ist gemäß § 343 Abs. 2 FamFG das Amtsgericht Schöneberg in Berlin zuständig. Wie bisher auch in § 73 Abs. 2 FGG, kann das AG Schöneberg gemäß § 343 Abs. 2 Satz 2 FamFG die Sache aus wichtigen Gründen an ein anderes Gericht verweisen.⁶⁰

War der Erblasser Ausländer und hatte er zum Zeitpunkt des Erbfalls weder Wohnsitz noch Aufenthalt im Inland, so ist gemäß § 343 Abs. 3 FamFG jedes Gericht, in dessen Bezirk sich Nachlassgegenstände befinden, für alle Nachlassgegenstände, und zwar im In- und Ausland, somit für das gesamte „Weltvermögen“ des Erblassers, zuständig.⁶¹ Trotz des Wortlautes „Nachlassgegenstände“ folgt aus dem Regelungszweck der Vorschrift, dass bereits die Belegenheit eines einzelnen Nachlassgegenstandes (z. B. eines Grundstücks) für die Anwendbarkeit des § 343 Abs. 3 FamFG ausreichend ist.⁶² Bei mehrfacher Zuständigkeit, weil sich Nachlassgegenstände in verschiedenen Amtsgerichtsbezirken befinden, ist gemäß § 2 Abs. 1 FamFG das Gericht zuständig, das zuerst mit der Angelegenheit befasst ist, das also zuerst eine sachlich gebotene Verfügung getroffen hat.⁶³ Für die Inlandsbelegenheit von Forderungen kommt es auf den Wohnsitz des Schuldners an.⁶⁴ Für die Inlandsbelegenheit ist für bewegliche und unbewegliche Sachen der tatsächliche Lageort im Inland entscheidend. So kommt es insbesondere für inländische Grundstücke auf die tatsächliche Lage in Deutschland und nicht auf den Sitz des dafür zuständigen Grundbuchamtes an, da die Belegenheitsfiktion des § 2369 Abs. 2 BGB n.F. gegenüber der faktischen bzw. tatsächlichen Inlandsbelegenheit subsidiär ist.⁶⁵ Fraglich ist, ob im umgekehrten Fall, in dem sich der Nachlassgegenstand zwar im Ausland befindet, dieser aber in einem deutschen Buch oder Register eingetragen ist, auf die Belegenheitsfiktion des § 2369 Abs. 2 BGB n.F. zurückgegriffen werden kann. Nach dieser Vorschrift gilt ein Gegenstand, für den von einer deutschen Behörde ein zur Eintragung des Berechtigten bestimmtes Buch oder Register geführt wird, als im Inland befindlich. Und ein Anspruch gilt als im Inland befindlich, wenn für die Klage ein deutsches Gericht zuständig ist. § 343 Abs. 3 FamFG enthält im Unterschied zu § 73 Abs. 3 FGG keinen ausdrücklichen Verweis mehr auf § 2369 Abs. 2 BGB. Da aber § 2369 Abs. 2 BGB in besonderem Maße die zur Registerfortführung benötigte Erbscheinserteilung ermöglichen soll und insgesamt weit auszulegen ist⁶⁶ und die neuen Zuständigkeitsregelungen gemäß §§ 105, 343 Abs. 3 FamFG auch der Ausweitung

des Rechtsschutzes für Ausländer, die nach ausländischem Recht beerbt werden, gegenüber deutschen Behörden und Gerichten dienen⁶⁷, gilt die Belegenheitsfiktion des § 2369 Abs. 2 BGB n.F. auch im Rahmen des § 343 Abs. 2 FamFG fort.⁶⁸ Die internationale Zuständigkeit der deutschen Nachlassgerichte wäre somit auch dann gegeben, wenn sich der Nachlassgegenstand tatsächlich im Ausland befindet, das diesen Gegenstand führende Buch oder Register jedoch seinen Sitz in Deutschland hat. Maßgebender Zeitpunkt für die Frage, ob sich ein Nachlassgegenstand im Inland befindet, ist nicht der Erbfall, sondern der Tag, an dem das Gericht mit der Sache befasst wird, im Erbscheinsverfahren somit der Tag, an dem der Erbscheinsantrag beim Gericht eingeht. An der Belegenheitszuständigkeit fehlt es somit, wenn im Zeitpunkt des Befasstwerdens des Gerichts keine Nachlassgegenstände mehr in seinem Bezirk belegen sind.⁶⁹

55 Vgl. Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz vom 22. Juli 1913 (RGBl. S. 583), heute Staatsangehörigkeitsgesetz, zuletzt geändert durch Gesetz vom 5. Februar 2009 (BGBl. I, S. 158), abgedruckt im Sartorius unter Nr. 15.

56 Vgl. hierzu im einzelnen Keidel/Engelhardt, a.a.O. (Fn. 5), § 98, Rn. 8 ff.; Fröhler in Prütting/Herms (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 18), § 343, Rn. 60 ff.; Palandt/Thorn, a.a.O. (Fn. 19), Art. 5 EGBGB, Rn. 1.

57 So KG, OLGZ 1969, 285, 286, 287; OLG Hamm, NJW 1975, 2146; vgl. auch Fröhler in Prütting/Herms (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 18), § 343, Rn. 64; Heinemann in Horndasch/Viefhues (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 34), Rn. 8.

58 Vgl. zum Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes für viele Palandt/Thorn, a.a.O. (Fn. 19), Rn. 10; Schotten/Schmellenkamp, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 27.

59 Vgl. Heinemann in Horndasch/Viefhues (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 34), Rn. 8, 10; Fröhler in Prütting/Herms (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 18), § 343, Rn. 77; Hermann, ZEV 2002, 259, 261.

60 Vgl. hierzu im einzelnen Keidel/Zimmermann, a.a.O. (Fn. 5), § 343, Rn. 63, 64; Fröhler in Prütting/Herms (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 18), § 343, Rn. 66 ff.; Heinemann in Horndasch/Viefhues (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 34), Rn. 9.

61 Vgl. hierzu und insbes. zu dem Begriff des „Weltvermögens“ die zuvor in Fn. 47.

62 So auch Heinemann, DNotZ, a.a.O. (Fn. 2), S. 24; Fröhler in Prütting/Herms (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 18), § 343, Rn. 80 mit weiteren Literaturangaben; die Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung spricht davon, dass sich „ein Teil des Nachlassgegenstände“ im Inland befinden muss; dies kann vom Wortlaut her auch ein einzelner Nachlassgegenstand sein.

63 Vgl. hierzu Kroiß, a.a.O. (Fn. 17), S. 494.

64 Fröhler in Prütting/Herms (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 18), § 343, Rn. 683; Heinemann in Horndasch/Viefhues (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 34), Rn. 11; Löhnig in Bork/Jacoby/Schwab (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 38), § 343 Rn. 13.

65 Vgl. Fröhler in Prütting/Herms (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 18), § 343, Rn. 81 mit weiteren Literaturnachweisen; Heinemann in Horndasch/Viefhues (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 34), Rn. 11; a. A. wohl Keidel/Zimmermann, a.a.O. (Fn. 5), § 343, Rn. 72, der zwar bei Grundstücksrechten, die den Grundstücken gleichgeachtet werden (z. B. Erbbaurechte) die Lage des Grundstücks für maßgebend erachtet, bei Grundstücken selbst jedoch den Sitz des das Grundbuch führenden Amtsgerichts für maßgebend hält.

66 Vgl. MünchKomm/J. Mayer, a.a.O. (Fn. 6), § 2369, Rn. 17.

67 Vgl. die Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zu § 343 FamFG in BT-Drucks. 16/6308, S. 221.

68 So auch Fröhler in Prütting/Herms (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 18), § 343, Rn. 88; Heinemann in Horndasch/Viefhues (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 34), Rn. 11.

69 Vgl. BayObLG, NJW-RR 1991, 588; OLG Hamm OLGZ 1975, 413; Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 19), § 2353, Rn. 9; Fröhler in Prütting/Herms (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 18), § 343, Rn. 92; Keidel/Zimmermann, a.a.O. (Fn. 5), § 343, Rn. 74; umstritten ist, ob in dem Fall, in dem sich zwar zum Zeitpunkt des Befasstwerdens des Gerichts Nachlassgegenstände im Inland befunden haben, nicht mehr jedoch im weiteren Verlauf des Nachlassverfahrens (z. B. wegen Auflösung von in Deutschland befindlichen Wertpapierdepots) der für die örtliche Zuständigkeit gemäß § 2 Abs. 2 FamFG geltende Grundsatz der

Ähnlich wie im Falle des weiten Anknüpfungsmomentes „Aufenthalt“ i. S. v. § 343 Abs. 1 FamFG könnte auch die hilfswise Anknüpfung gemäß § 343 Abs. 3 FamFG zu einem Einfallstor für die Befassung deutscher Nachlassgerichte mit Verfahren mit Auslandsberührung werden⁷⁰ (Beispiel: Die vom Erblasser in Deutschland als einzigen Nachlassgegenstand hinterlassene Reisetasche mit Brille und Geldbeutel⁷¹). Fraglich ist auch hier, ob die Befassung der Gerichte nicht zusätzlich an ein ausreichendes Rechtsschutzbedürfnis des Antragstellers bzw. an einen hinreichenden Inlandsbezug des erbrechtlichen Sachverhaltes geknüpft werden sollte. Dies soll nun nachfolgend näher untersucht werden.

III. Ausreichendes Rechtsschutzbedürfnis und hinreichender Inlandsbezug als reduzierendes Element der internationalen Zuständigkeit?

Fraglich ist somit, ob nach dem neuen Recht in Nachlassfällen mit Auslandsbezug, in denen nur ein schwacher Inlandsbezug besteht⁷², ein Rechtsschutzbedürfnis für die Erteilung eines allgemeinen Erbscheins gemäß § 2353 BGB oder eines gegenständlich beschränkten Erbscheins gemäß § 2369 BGB n. F. besteht, ob dieses vom Antragsteller darzulegen und vom zuständigen deutschen Nachlassgericht zu prüfen ist. Schon vor Inkrafttreten des FamFG war das Rechtsschutzbedürfnis als Zulässigkeitsvoraussetzung im Rahmen des deutschen Erbscheinsverfahrens anerkannt. Dies konnte aber nach allgemeiner Meinung in Rechtsprechung und Literatur nur ausnahmsweise verneint werden, da dem Nachlassgericht grundsätzlich kein Recht zur Überprüfung zusteht, aus welchem Grund oder zu welchem Zweck jeweils die Erteilung eines Erbscheins beantragt wird.⁷³ Nur ausnahmsweise wurde das Rechtsschutzbedürfnis im Einzelfall verneint, wenn die Beerbung ohne jedes Bedürfnis für irgendeine Rechtsfolge festgestellt werden sollte⁷⁴ oder sich das Betreiben des Verfahrens als eindeutig zweckwidrig oder missbräuchlich darstellte⁷⁵ oder ein gegenständlich beschränkter Erbschein beantragt wurde, obwohl erkennbar keine Nachlassgegenstände vorhanden waren, auf die sich dieser erstrecken konnte.⁷⁶

In Anlehnung an die vorgenannten Ausnahmefälle wird nunmehr nach Inkrafttreten des FamFG von Teilen der Literatur für die Erteilung eines Erbscheins mit Auslandsbezug, zumindest in den Fällen, in denen sich die internationale Zuständigkeit aus dem Aufenthalt des Erblassers oder aus der Belegenheit der Nachlassgegenstände ergibt, ein hinreichender Inlandsbezug als Grundlage für ein ausreichendes Rechtsschutzbedürfnis gefordert.⁷⁷ Dem ist aber folgendes entgegenzuhalten: Durch das FamFG hat der Gesetzgeber insbesondere im Erbscheinsverfahren bewusst und gezielt durch die Ableitung der internationalen von der örtlichen Zuständigkeit eine deutliche Ausweitung der internationalen Zuständigkeit der deutschen Nachlassgerichte, insbesondere durch die mögliche Erteilung eines allgemeinen und unbeschränkten Fremdrechterscheins geschaffen, die quasi zu einer Zuständigkeit für das Weltvermögen des Erblassers führt.⁷⁸ Und in Kenntnis der Problematik des insbesondere im Erbscheinsverfahren erforderlichen Rechtsschutzbedürfnisses hat der Gesetzgeber für das Vorliegen der internationalen Zuständigkeit der deut-

schen Nachlassgerichte im Rahmen von §§ 105, 343 Abs. 1 FamFG den Aufenthalt des Erblassers zum Zeitpunkt des Erbfalls ausreichen lassen, ohne irgendeinen zusätzlichen Inlandsbezug zu fordern und im Rahmen von §§ 105, 343 Abs. 3 FamFG keine besonderen Anforderungen an Wert und Umfang der im Inland befindlichen Nachlassgegenstände aufgestellt. Insofern ist die neue Situation nach dem FamFG nicht der mit der Situation des § 2369 BGB a. F. zu vergleichen. Gemäß § 2369 BGB a. F. war das Vorhandensein von Nachlassgegenständen im Inland schon vom Gesetzeswortlaut her Voraussetzung für das Bestehen einer nur ausnahmsweise vorliegenden internationalen Zuständigkeit der deutschen Nachlassgerichte zur Erteilung eines Fremdrechterscheins. Von daher war es auch nachvollziehbar, dass die deutschen Obergerichte ein Rechtsschutzbedürfnis verneinten, wenn keine Anhaltspunkte für das Vorhandensein inländischer Nachlassgegenstände vorlagen.⁷⁹ Nach dem FamFG enthält aber, wie zuvor ausgeführt, der Gesetzeswortlaut in §§ 105, 343 FamFG keinerlei einschränkende Merkmale, die zu einer Verneinung des Rechtsschutzbedürfnisses im Einzelfall führen könnten. So kann und darf auch nicht über die „Hintertür“ der Verneinung eines Rechtsschutzbedürfnisses oder eines hinreichenden Inlandsbezuges im Einzelfall die durch das FamFG geschaffene erweiterte internationale Zuständigkeit der deutschen Nachlassgerichte wieder quasi „beliebig“ eingeengt werden. Dies würde auch zu einer großen Rechtsunsicherheit führen, denn die Grenze für einen ausreichenden Inlandsbezug bzw. für ein ausreichendes Rechtsschutzinteresse wäre kaum

„perpetuatio fori“ auch im Rahmen der internationalen Zuständigkeit anzuwenden ist; dagegen mit ausführlicher Argumentation Schäuble, a.a.O. (Fn. 41), S. 203 sowie sich dieser Meinung anschließend Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 19), § 2353 Rn. 10; zum Grundsatz der „perpetuatio fori“ im Rahmen der örtlichen Zuständigkeit vgl. z. B. Fröhler in Prütting/Herms (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 18), § 343, Rn. 109; Keidel/Zimmermann, a.a.O. (Fn. 5), § 343, Rn. 75.

70 So z. B. Heinemann, DNotZ, a.a.O. (Fn. 2), S. 24.

71 Vgl. dieses von Zimmermann genannte Beispiel in ZEV 2009, 53, 57.

72 Z. B. der Fall des während einer Urlaubsreise in Deutschland verstorbenen ausländischen Erblassers, der dadurch zwar seinen letzten Aufenthalt in Deutschland i. S. v. § 343 Abs. 1 FamFG hat, der aber ansonsten keinerlei Inlandsbezug, weder durch einen inländischen Wohnsitz, noch in Form von im Inland hinterlassenen Nachlassgegenständen, vorweisen kann oder der Fall des im Ausland mit letztem Wohnsitz im Ausland verstorbenen ausländischen Erblassers, der lediglich ein kleines Sparbuch in Deutschland i. S. v. § 343 Abs. 3 FamFG hinterlässt.

73 Vgl. hier für viele Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 19), § 2359 Rn. 1 und MünchKomm/J. Mayer, a.a.O. (Fn. 6), § 2353 Rn. 62 mit weiteren Literaturnachweisen.

74 Vgl. BayObLG, RPflegler 1990, 512, 513 sowie die in der vorherigen Fn. 73 genannten Kommentaranforderungen.

75 Vgl. MünchKomm/J. Mayer, a.a.O. (Fn. 6), § 2353 Rn. 62 mit mehreren Rechtsprechungsangaben.

76 Vgl. BayObLGZ 1998, 242, 249; KG, FamRZ 06, 1713.

77 Vgl. Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 19), § 2353 sowie § 2369, Rn. 1, Rn. 10; Schäuble, a.a.O. (Fn. 41), S. 206 mit weiteren Literaturangaben; im Falle der Anknüpfung an den letzten Erblasserwohnsitz gemäß § 343 Abs. 1, Halbs. 1 FamFG, sieht Schäuble den Inlandsbezug immer als ausreichend gegeben an, nicht aber in den Fällen der Anknüpfung an den Aufenthalt gemäß § 343 Abs. 1 Halbs. FamFG bzw. der Belegenheit einzelner unwesentlicher Nachlassgegenstände eines ausländischen Erblassers in Deutschland gemäß § 343 Abs. 3 FamFG.

78 Vgl. die Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung in BT-Drucks. 16/6308 S. 222 sowie oben die Ausführungen unter C. II. 1.

79 Vgl. hierzu die Angaben in Fn. 74 bis 76.

sinnvoll zu ziehen.⁸⁰ Zimmermann führt in diesem Zusammenhang zu Recht aus⁸¹, dass sich die Fälle, in denen z. B. der Erblasser auf einer Urlaubsreise in Deutschland unter Hinterlassung nur „einer Reisetasche mit Brille und Geldbeutel“ verstirbt, praktisch über die Kostenfrage lösen werden. Denn warum sollte ein Erbe einen allgemeinen Fremdrechtserschein vor einem international zuständigen deutschen Nachlassgericht beantragen, wenn der so erteilte Erbschein im Heimatstaat des Erblassers bzw. in dem Staat, in dem sich der Großteil der Nachlassgegenstände befindet, nicht anerkannt wird und so in dem betreffenden Staat weitere Nachlassverfahrenskosten anfallen würden.

IV. Umfang der internationalen Zuständigkeit – Keine Vornahme von wesensfremden Tätigkeiten durch die deutschen Nachlassgerichte

Besteht die internationale Zuständigkeit, so beschränkt sich diese nicht auf die Erteilung oder Einziehung eines Erbscheins, sondern umfasst insbesondere auch die Entgegennahme rechtsgestaltender Erklärungen durch das Nachlassgericht (z. B. Ausschlagung der Erbschaft oder Anfechtung eines Testamentes), die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen (z. B. Anordnung einer Nachlasspflegschaft oder Errichtung eines Inventars) oder die Entlassung eines Testamentsvollstreckers, und zwar unabhängig davon, ob auf den erbrechtlichen Sachverhalt deutsches oder ausländisches Erbrecht anwendbar ist.⁸² Ungeachtet einer bestehenden internationalen Zuständigkeit sind aber auch nach der neuen Rechtslage des FamFG keine „wesensfremden“ Tätigkeiten von den deutschen Nachlassgerichten vorzunehmen; ausländisches Recht ist insoweit von den Gerichten nicht anzuwenden.⁸³ So kann z. B. eine Nachlassauseinandersetzung nicht nach dem Ermessen des Nachlassgerichts vorgenommen werden, da das deutsche Nachlassverfahrensrecht keine Regelungen für die Ausübung des Ermessens enthält. Als nicht wesensfremd gelten aber z. B. – wie bereits unter B.) I. ausgeführt – die Entgegennahme einer Erbserklärung nach österreichischem Recht oder die Errichtung eines Inventars bei Anwendbarkeit italienischen Erbrechts.⁸⁴

V. Funktionelle Zuständigkeit

Während für die Erteilung von Erbscheinen nach alter Rechtslage gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 6 RPflG a.F. ein Richtervorbehalt bestand, sofern eine Verfügung von Todes wegen vorliegt oder wenn ein gegenständlich beschränkter Erbschein nach § 2369 BGB a.F. beantragt wird, ist im Rahmen des FGG-Reformgesetzes u. a. auch § 16 Nr. 6 RPflG an die neue Rechtslage dergestalt angepasst worden, dass die Wörter „sowie von gegenständlich beschränkten Erbscheinen (§ 2369 des Bürgerlichen Gesetzbuchs), auch wenn eine Verfügung von Todes wegen nicht vorliegt“ durch die Wörter „oder die Anwendung ausländischen Rechts in Betracht kommt“ ersetzt worden sind. Das neue Recht sieht somit einen generellen Richtervorbehalt für alle Fälle vor, in denen bei der Erteilung von Erbscheinen die Anwendung ausländischen Rechts in Betracht kommt.⁸⁵ Und da, wie bereits zuvor erörtert, die Er-

weiterung der internationalen Zuständigkeit insbesondere für die Erteilung eines unbeschränkten Fremdrechtserscheins auch zu einer vermehrten Anwendbarkeit ausländischen Rechts führen wird⁸⁶, werden in Zukunft auch die Richter vermehrt für die Erteilung von Erbscheinen, die eine irgendwie geartete Auslandsberührung aufweisen, zuständig sein.

D. Arten und Inhalt von Erbscheinen mit Auslandsberührung

I. Erteilung eines allgemeinen und unbeschränkten Erbscheins gemäß § 2353 BGB für den „Weltnachlass“ des Erblassers

Die erhebliche Ausweitung der internationalen Zuständigkeit der deutschen Nachlassgerichte auf das gesamte „Weltvermögen“ des Erblassers unabhängig von dem auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anwendbaren Recht⁸⁷ hat zur Folge, dass das zuständige deutsche Nachlassgericht unabhängig von der Staatsangehörigkeit des Erblassers und unabhängig von dem anwendbaren Erbrecht grundsätzlich einen allgemeinen und unbeschränkten, den gesamten „Weltnachlass“ des Erblassers umfassenden Erbschein gemäß § 2353 BGB erteilen wird, der im Falle der ausschließlichen Anwendbarkeit deutschen Erbrechts als „Eigenrechtserschein“ und im Falle der ausschließlichen Anwendbarkeit eines ausländischen Erbrechts als „Fremdrechtserschein“ bezeichnet wird.⁸⁸ Im Falle eines deutschen Erblassers, der ausschließlich nach deutschem Recht beerbt wird⁸⁹, ist die Angabe des anwendbaren deutschen Rechts nicht er-

80 So im Ergebnis auch Schulte-Bunert/Weinreich (Hrsg./)Baetge, a.a.O. (Fn. 38), § 105 Rn. 9; Schäuble, a.a.O. (Fn. 41), S. 206, sieht zwar auch das Problem der Rechtsunsicherheit, vertritt jedoch die Auffassung, diese sei dem Antragsteller zuzumuten.

81 Vgl. Zimmermann, a.a.O. (Fn. 71), S. 57.

82 Vgl. Keidel/Zimmermann, a.a.O. (Fn. 5), § 343, Rn. 60; Heinemann, a.a.O. (Fn. 2), S. 26, ders. ZErB 2008, 293, 298 f.; Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 19), § 2353, Rn. 10.

83 So die Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zu § 343 FamFG in BT-Drucks. 16/6308, S. 221; vgl. zur alten Rechtslage oben die Ausführungen zu B. I. und dort insbes. die Literaturangaben in Fn. 18; zur neuen Rechtslage vgl. z. B. Schaal, BWNotZ 2007, 154, 158; Fröhler in Prütting/Herms (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 18), § 343, Rn. 155; Fröhler, BWNotZ 2008, 183, 186.

84 Vgl. Schaal, a.a.O. (Fn. 83), S. 158; Fröhler in Prütting/Herms (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 18), § 343, Rn. 155; Fröhler, BWNotZ, a.a.O. (Fn. 83), S. 186; zur Frage, ob die Vornahme einer Einantwortung nach österreichischem Recht eine wesensfremde Tätigkeit darstellt – vgl. bejahend z. B. BayObLG, MittRhNotK 1995, 105, 106 und verneinend z. B. Staudinger/Dörner, a.a.O. (Fn. 6), Art. 25 EGBGB, Rn. 852 – und ob nach aktueller Rechtslage eine Einantwortung für in Deutschland befindliches unbewegliches und bewegliches Nachlassvermögen überhaupt noch erforderlich ist, vgl. Ludwig ZEV 2005, 419, 424 sowie oben B. I. Fn. 18.

85 Vgl. hierzu z. B. Kroiß, a.a.O. (Fn. 17), S. 494, 495; Fröhler in Prütting/Herms (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 18), § 343, Rn. 142 ff.; Keidel/Zimmermann, a.a.O. (Fn. 5), § 343, Rn. 83 ff.

86 Vgl. an dieser Stelle nur die Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung in BT-Drucks. 16/6308, S. 222 sowie Heinemann, DNotZ, a.a.O. (Fn. 2), S. 25.

87 Vgl. hierzu oben die Ausführungen unter C. I. und II. 1.

88 Vgl. zur Beibehaltung der Begriffe des „Eigenrechts- und Fremdrechtserscheins“ nach aktuellem Recht z. B. Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 19), § 2353 Rn. 19, 20, § 2369, Rn. 3; Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Stand 1. September 2009, § 2369 Rn. 1, 3, 8; Kroiß, a.a.O. (Fn. 17), S. 495; Fröhler, BWNotZ, a.a.O. (Fn. 83), S. 187.

89 Vgl. hierzu E. I., Fälle 1. und 2.

forderlich. Kommt das deutsche Recht durch eine vollständige Rückverweisung einer ausländischen Rechtsordnung zur Anwendung⁹⁰, ist – wie auch nach altem Recht – im Erbschein zweckmäßigerweise anzugeben, dass sich die Erbfolge aufgrund Rückverweisung durch das betreffende ausländische Erbrecht nach deutschem Recht beurteilt.⁹¹ Im Falle eines Fremdrechterscheins ist das anwendbare ausländische Recht stets anzugeben.⁹²

II. Doppel- und Mehrfacherbscheine in Fällen der Nachlassspaltung

Komplexer ist die Situation, wenn auf die Erbfolge nach dem Erblasser unterschiedliche Rechtsordnungen anzuwenden sind. Dies ist dann der Fall, wenn es trotz des in Art. 25 EGBGB festgelegten Grundsatzes der Nachlassseinheit zu einer Nachlassspaltung kommt.⁹³ Zu einer Nachlassspaltung kann es entweder durch eine eingeschränkte Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB⁹⁴, oder durch eine teilweise Rück- oder Weiterverweisung, die auf einer unterschiedlichen Anknüpfung – z. B. für bewegliches und unbewegliches Vermögen – in einem ausländischen Kollisionsrecht beruht⁹⁵, oder durch den in Art. 3 a Abs. 2 (früher Art. 3 Abs. 3 EGBGB) enthaltenen Grundsatz des Vorranges des Einzelstatuts⁹⁶ kommen. Rechtliche Folge der Nachlassspaltung ist, dass der jeweilige Nachlass, der einer eigenen Rechtsordnung unterliegt, als selbständiger Nachlass angesehen und so behandelt wird, als ob er der gesamte Nachlass wäre.⁹⁷ Dementsprechend liegen im Falle der Nachlassspaltung auch bei der Anwendung des § 2353 BGB mehrere Erbschaften vor. Erbschaft im Sinne dieser Vorschrift ist somit jeder selbständige Nachlass. Folglich ist dann für jeden Nachlass bzw. Nachlassteil ein eigener Erbschein zu erteilen, ein Eigenrechtserbschein für den dem deutschen Recht unterliegenden Nachlass und ein Fremdrechterschein oder mehrere Fremdrechterscheine⁹⁸ für den dem jeweiligen ausländischen Recht unterliegenden Nachlass, und zwar jeweils als allgemeiner Erbschein gemäß § 2353 BGB.⁹⁹ Die Erbscheine können – wie auch nach bisheriger Rechtslage¹⁰⁰ – in einer Urkunde als „Doppelerbschein“¹⁰¹ oder sogar als „Mehrfacherbschein“¹⁰² zusammengefasst werden.

Nach alter Rechtslage bis zum Inkrafttreten des FamFG spielte der Doppelerbschein nur im Falle eines ausländischen, nicht jedoch im Falle eines deutschen Erblassers eine Rolle.¹⁰³ Nach einem deutschen Erblasser kommt nämlich die Anwendbarkeit ausländischen Erbrechts grundsätzlich nur über Art. 3 a Abs. 2 EGBGB (früher: Art. 3 Abs. 3 EGBGB) für das in einem sogenannten „Spaltstaat“¹⁰⁴ befindliche unbewegliche Vermögen in Betracht. Für dieses im Ausland befindliche Vermögen gilt grundsätzlich das ausländische Belegenheitsrecht, so dass hierfür die deutschen Nachlassgerichte nach altem Recht weder über die Anwendung des Gleichlaufgrundsatzes noch über § 2369 BGB a. F. international zuständig waren. Das Erfordernis für die Erteilung eines Doppel- oder Mehrfacherbscheins¹⁰⁵ auch für einen deutschen Erblasser nach dem neuen Recht des FamFG resultiert daraus, dass die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte nach neuem Recht stark erweitert worden ist und nunmehr den gesamten

„Weltnachlass“ des Erblassers umfasst¹⁰⁶, insbesondere also auch den im Ausland befindlichen und/oder den einer ausländischen Rechtsordnung unterliegenden Nachlass. Die Erteilung von Doppel- bzw. Mehrfacherbscheinen wird folglich in Zukunft aufgrund der stark erweiterten internationalen Zuständigkeit der deutschen Nachlassgerichte sowohl bei deutschen als auch bei ausländischen Erblassern vermehrt an Bedeutung gewinnen.

Zur klaren und eindeutigen Abgrenzung der zu erteilenden Erbscheine (Eigenrechts- und Fremdrechterschein bzw. Fremdrechterscheine), der in dem betreffenden Erbschein jeweils anwendbaren Rechtsordnung sowie des jeweiligen Geltungsbereichs der Erbscheine muss aus der

90 Vgl. hierzu E III., Fall 5 und allgemein zur Rückverweisung auf das deutsche Recht, die vom deutschen Recht gemäß Art. 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB stets angenommen wird, z. B. Palandt/Thorn, a.a.O. (Fn. 19), Art. 4 EGBGB, Rn. 3; Schotten/Schmellenkamp, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 18.

91 Vgl. zur alten Rechtslage Schotten, RPfleger, a.a.O. (Fn. 24), S. 189; Schotten/Schmellenkamp, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 343 sowie zur neuen Rechtslage Kroiß, a.a.O. (Fn. 17), S. 495

92 So auch Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 19), § 2353 Rn. 20, § 2369, Rn. 3; Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, a.a.O. (Fn. 88), § 2369 Rn. 7; Kroiß, a.a.O. (Fn. 17), S. 495.

93 Vgl. allgemein zum Grundsatz der Nachlassseinheit und zum Problem der Nachlassspaltung Palandt/Thorn, a.a.O. (Fn. 19), Art. 25 EGBGB, Rn. 9; MünchKomm/Birk, a.a.O. (Fn. 9), Art. 25 EGBGB, Rn. 127 ff.; Bamberger/Roth/S. Lorenz, a.a.O. (Fn. 9), Art. 25 EGBGB, Rn. 49, 50; Schotten/Schmellenkamp, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 269.

94 Vgl. hierzu Palandt/Thorn, a.a.O. (Fn. 19), Art. 25 EGBGB, Rn. 7; MünchKomm/Birk, a.a.O. (Fn. 9), Art. 25 EGBGB, Rn. 21 ff.; Bamberger/Roth/S. Lorenz, a.a.O. (Fn. 9), Art. 25 EGBGB, Rn. 18 ff.; Schotten/Schmellenkamp, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 291 ff.; sowie als praktische Anwendungsfälle nach aktuellem Recht Fröhler, BWNotZ, a.a.O. (Fn. 83), S. 187; Fröhler in Prütting/Herms (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 18), § 343, Rn. 168.

95 Vgl. hierzu Schotten/Schmellenkamp, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 279 und als praktische Anwendungsfälle unten E. V., Fälle 9 u. 10.

96 Vgl. hierzu Schotten/Schmellenkamp, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 271 und als praktische Anwendungsfälle ausführlich unten E. II., Fall 3 und E. IV. Fall 6, Fallvariante.

97 Vgl. hierzu Palandt/Thorn, a.a.O. (Fn. 19), Art. 25 EGBGB, Rn. 9; MünchKomm/Birk, a.a.O. (Fn. 9), Art. 25 EGBGB, Rn. 127 ff.; Bamberger/Roth/S. Lorenz, a.a.O. (Fn. 9), Art. 25 EGBGB, Rn. 50; Schotten/Schmellenkamp, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 269.

98 Vgl. als Beispiele für die Erteilung mehrerer Fremdrechterscheine unten E. IV., Fall 6, Fallvariante und E. V., Fall 9, Fallvariante.

99 Vgl. hierzu Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 19), § 2353 Rn. 19 und ausführlich zum Begriff der Erbschaft i. S. d. §§ 2353 und 2369 BGB; Schäuble, a.a.O. (Fn. 41), S. 201, 202; vgl. ferner Fröhler in Prütting/Helms (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 18), § 343 Rn. 167; Fröhler, BWNotZ, a.a.O. (Fn. 83), S. 187; Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, a.a.O. (Fn. 88), § 2369 Rn. 3, Schaal, a.a.O. (Fn. 83), S. 159.

100 Vgl. zur Erteilung eines Doppelerbscheins nach der bisherigen Rechtslage für viele z. B. Schotten, a.a.O. (Fn. 24), S. 189; Schotten/Schmellenkamp, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 348 a.

101 Vgl. hierzu Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 19), § 2353 Rn. 19; Fröhler in Prütting/Helms (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 18), § 343 Rn. 167; Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, a.a.O. (Fn. 88), § 2369 Rn. 3.

102 Vgl. zum Begriff des Mehrfacherbscheins, wenn mehr als zwei verschiedene Rechtsordnungen zur Anwendung kommen, Schäuble, a.a.O. (Fn. 41), S. 202 und als Beispiel hierfür unten E. IV., Fall 6, Fallvariante und E. V., Fall 9, Fallvariante.

103 Vgl. hierzu die in Fn. 101 angegebenen Literaturangaben.

104 Also ein Staat, dessen Kollisionsnormen im Erbrecht eine unterschiedliche Anknüpfung für bewegliches und unbewegliches Vermögen vorsehen; vgl. hier die in Fn. 173 beispielhaft aufgeführten Staaten.

105 Vgl. zu diesem Begriff zuvor Fn. 102.

106 Vgl. hierzu oben die Ausführungen unter C. II.1.

gemeinsamen Urkunde klar und eindeutig hervorgehen, dass es sich um zwei bzw. mehrere Spaltnachlässe handelt, die sich jeweils nach einer anderen Rechtsordnung beurteilen und die sich jeweils auf unterschiedliche Nachlassgegenstände beziehen. Jeder der zu erteilenden Erbscheine ist immer ein gegenständlich beschränkter Erbschein.¹⁰⁷ Von daher ist zum einen im Rahmen jedes der zu erteilenden Erbscheine anzugeben, nach welchem Recht sich die bezeugte Erbfolge richtet¹⁰⁸, wobei im Rahmen des Eigenrechtserbscheins die Angabe des deutschen Rechts nur deklaratorische Bedeutung hat.¹⁰⁹ Zum anderen sollten auch für den Fall, dass alle Erbscheine in einer Urkunde zusammengefasst werden, die einzelnen Erbscheine – je nach Fallkonstellation – einen Geltungsbeschränkungsvermerk oder einen Geltungsausschlussvermerk enthalten.¹¹⁰ So sollte im Falle eines deutschen Erblassers, der grundsätzlich nach deutschem Erbrecht und nur über Art. 3 a Abs. 2 EGBGB hinsichtlich einzelner unbeweglicher Nachlassgegenstände nach dem ausländischen Belegenheitsrecht beerbt wird¹¹¹, der auf der Grundlage des deutschen Rechts zu erteilende Eigenrechtserbschein klarstellend den Geltungsausschluss hinsichtlich des im betreffenden Ausland belegenen Grundbesitzes enthalten, während der auf der Grundlage des ausländischen Belegenheitsrechts zu erteilende Fremdrechtserschein klarstellend eine ausdrückliche Geltungsbeschränkung hinsichtlich des in dem betreffenden Staat belegenen Grundbesitzes enthalten sollte. Sollte hingegen z. B. ein ausländischer Erblasser grundsätzlich hinsichtlich seines gesamten Nachlassvermögens nach seinem Heimatrecht und aufgrund teilweiser Rückverweisung seines Heimatrechts nur hinsichtlich des in Deutschland befindlichen unbeweglichen Vermögens nach deutschem Recht beerbt werden¹¹², so sollte der auf der Grundlage des ausländischen Rechts zu erteilende Fremdrechtserschein klarstellend den Geltungsausschluss hinsichtlich des in Deutschland befindlichen unbeweglichen Vermögens und der den deutschen Grundbesitz betreffende Eigenrechtserbschein klarstellend eine diesbezügliche Geltungsbeschränkung enthalten. Die vorgenannten Geltungsvermerke gewinnen dann eine besondere Bedeutung, wenn isoliert lediglich ein Eigenrechtserbschein oder ein Fremdrechtserschein beantragt wird; in diesem Fall wäre ein entsprechender Geltungsvermerk zwingend.¹¹³ Die Notwendigkeit der Geltungsvermerke lässt sich nach der aktuellen Rechtslage also nicht mehr – wie nach altem Recht – mit der begrenzten internationalen Zuständigkeit der deutschen Nachlassgerichte begründen¹¹⁴, sondern folgt im Gegenteil aus der neuen stark erweiterten Zuständigkeit der deutschen Nachlassgerichte.

III. Der gegenständlich beschränkte Erbschein gemäß § 2369 Abs. 1 BGB n. F.

Gemäß der im Rahmen des FGG-Reformgesetzes ebenfalls geänderten Vorschrift des § 2369 Abs. 1 BGB kann der Antrag auf Erteilung eines Erbscheins auf die im Inland befindlichen Gegenstände beschränkt werden, wenn zu einer Erbschaft auch Gegenstände gehören, die sich im Ausland befinden. Durch die Abkehr vom Gleichlaufgrundsatz hatte sich, wie bereits zuvor unter C. I. ausgeführt, der Zweck des bisherigen § 2369 Abs. 1 BGB, der als Ausnahme vom Gleichlaufgrundsatz trotz An-

wendbarkeit ausländischen Rechts die Erteilung eines territorial bzw. gegenständlich beschränkten Fremdrechtserscheins ermöglichte, erledigt. Aus Praktikabilitätsgründen soll aber dem Antragsteller nach wie vor die Möglichkeit eröffnet werden, den zu beantragenden Erbschein in seinen Wirkungen territorial auf das im Inland befindliche Vermögen zu beschränken.¹¹⁵ Nach der unverändert gebliebenen zwingenden Vorschrift des § 2369 Abs. 2 BGB befinden sich auch solche Gegenstände im Inland, deren Lageort sich zwar nicht tatsächlich im Inland befindet, für die aber von einer deutschen Behörde ein zur Eintragung des Berechtigten bestimmtes Buch (z. B. Grundbuch) oder Register (z. B. Schiffsregister, Handelsregister) geführt wird. Für Ansprüche ist maßgebend, ob ein deutsches Zivilgericht für die Klage zuständig wäre.¹¹⁶

Die Beantragung und Erteilung eines gegenständlich beschränkten Erbscheins gemäß § 2369 Abs. 1 BGB n. F. setzt voraus, dass sich auch Nachlassgegenstände im Ausland befinden. Aus dem Regelungszweck folgt, dass trotz des Wortlautes der Vorschrift bereits das Vorhandensein eines Nachlassgegenstandes im Ausland für die Anwendbarkeit der Vorschrift ausreicht. Ansonsten würden z. B. die in der Praxis häufigen Fälle eines deutschen Erblassers, der lediglich eine Immobilie (z. B. eine Ferienwohnung auf Mallorca oder in Nizza) hinterlässt, von der Vorschrift nicht umfasst.¹¹⁷

Die Beantragung und Erteilung eines beschränkten Erbscheins gemäß § 2369 Abs. 1 BGB n. F. ist unabhängig vom anwendbaren Erbrecht möglich und so insbesondere auch in den Fällen der uneingeschränkten Anwendbarkeit des deutschen¹¹⁸ oder eines ausländischen Rechts¹¹⁹

107 So nach altem Recht auch Schotten/Schmellenkamp, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 348.

108 Vgl. zur Angabe des anwendbaren Rechts Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 19), § 2369 Rn. 3; Fröhler in Prütting/Helms (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 18), § 343 Rn. 167; Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, a.a.O. (Fn. 88), § 2369 Rn. 7, 9; Heiderhoff in Bork/Jacoby/Schwab (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 38), § 105 Rn. 5.

109 Vgl. Schotten, a.a.O. (Fn. 24), S. 189; Schotten/Schmellenkamp, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 343; bei Anwendbarkeit des deutschen Rechts, das nicht unmittelbar aus Art. 25 Abs. 1 EGBGB folgt, könnte ergänzend klarstellend vermerkt werden, dass das deutsche Recht aufgrund Rückverweisung des entsprechenden ausländischen Rechts zur Anwendung kommt; so auch Kroiß, a.a.O. (Fn. 17), S. 495.

110 So auch Fröhler in Prütting/Helms (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 18), § 343 Rn. 167; Kroiß, a.a.O. (Fn. 17), S. 495.

111 Vgl. hierzu ausführlich E. II., Fall 3.

112 Vgl. hierzu ausführlich E. V., Fall 10.

113 So im Ergebnis auch Fröhler in Prütting/Helms (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 18), § 343 Rn. 167; Kroiß, a.a.O. (Fn. 17), S. 495; Schäuble, a.a.O. (Fn. 41), S. 202 allerdings für den Fall, dass der Erbscheinsantrag nicht alle Spaltnachlässe umfasst, nur mit deklaratorischer Wirkung.

114 So auch Schäuble, a.a.O. (Fn. 41), S. 202.

115 Vgl. zum erledigten Normzweck des § 2369 BGB a. F. und zum Normzweck des § 2369 Abs. 1 BGB n. F. die Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zu dieser neu gefassten Vorschrift in BT-Drucks. 16/6308, S. 349 sowie die in Fn. 41 genannten Literaturstellen.

116 Vgl. zur Vorschrift des § 2369 Abs. 2 BGB n. F. Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 19), Rn. 2; Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, a.a.O. (Fn. 88), § 2369 Rn. 5, 6.

117 Vgl. zu der entsprechenden Problematik im Rahmen des § 343 Abs. 3 FamFG die Ausführungen oben unter C. II. 2. und dort insbes. die Literaturangaben in Fn. 62.

118 Vgl. hierzu unten als Beispiel E. I., Fall 1, Ziff. 5.

119 Vgl. hierzu unten als Beispiel E. IV, Fall 6, Ausgangsfall Ziff. 5.

möglich.¹²⁰ Auch im Falle der Nachlassspaltung¹²¹ ist die Erteilung eines gegenständlich beschränkten Erbscheins gemäß § 2369 Abs. 1 BGB n.F. möglich, und zwar grundsätzlich getrennt für jeden Spaltnachlass, d. h. sowohl für den dem deutschen Recht als auch für den dem ausländischen Recht unterfallenden Nachlass bzw. für die den verschiedenen ausländischen Rechtsordnungen unterfallenden Nachlassteile. Denn auch im Rahmen der neu gefassten Vorschrift des § 2369 Abs. 1 BGB liegen bei mehreren Spaltnachlässen mehrere Erbschaften vor, so dass Erbschaft im Sinne dieser Vorschrift – wie auch im Falle des § 2353 BGB – jeder selbständige Nachlass ist.¹²² Diese Auslegung des Begriffs der Erbschaft entspricht auch dem in der Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung genannten Zweck des § 2369 BGB n.F., insbesondere in Fällen der Nachlassspaltung die unter Umständen zeitaufwendige Prüfung des ausländischen Rechts zu sparen. Denn wie gerade die Fälle der „Inlandsnachlassspaltung“ zeigen, kann dieser Zweck der Zeitersparnis nicht allein durch die Beschränkung des Erbscheins auf das im Inland befindliche Nachlassvermögen erreicht werden, wenn die im Inland befindlichen Vermögenswerte unterschiedlichen Rechtsordnungen unterliegen.¹²³ Die gegenständliche Beschränkung im Sinne des § 2369 Abs. 1 BGB n.F. ist in jedem Erbschein (Eigenrechts- und/oder Fremdrechtserschein) zwingend zu vermerken.¹²⁴ Eine Einzelbezeichnung der Nachlassgegenstände erfolgt nicht, da die Zugehörigkeit eines einzelnen Gegenstandes zum Nachlass nicht durch den Erbschein bezeugt wird. Eine dennoch erfolgte Einzelbezeichnung ist jedoch unschädlich.¹²⁵ Nicht möglich ist es, einzelne im Ausland befindliche Nachlassgegenstände (z. B. nur den in Italien befindlichen, nicht aber den in Spanien befindlichen Grundbesitz) gemäß § 2369 BGB n.F. aus dem Nachlassverfahren auszuklamern, denn dies verstößt gegen den eindeutigen Wortlaut der Vorschrift. Aus demselben Grund ist auch die gegenständliche Beschränkung eines Erbscheins nur auf den im Ausland befindlichen Nachlass nicht möglich.¹²⁶

Für die Beantragung eines gegenständlich beschränkten Erbscheins gemäß § 2369 BGB n.F. können im Einzelfall verschiedene Zweckmäßigkeitserwägungen sprechen. (1) So wird dem deutschen Nachlassgericht die im Einzelfall zeit- und kostenaufwendige (z. B. durch Fachgutachten zu ausländischen Rechtsordnungen) Prüfung der Erbfolge nach dem einschlägigen ausländischen Recht oder sogar nach mehreren einschlägigen ausländischen Rechtsordnungen erspart.¹²⁷ (2) Außerdem ist es möglich, durch die Ausklammerung des im Ausland befindlichen Nachlassvermögens Zeitverzögerungen zu vermeiden, wenn z. B. hinsichtlich des Auslandsvermögens ein Rechtsstreit besteht, dessen Ausgang für die ansonsten einfache und reibungslose Abwicklung des in Deutschland befindlichen Nachlasses nicht abgewartet werden soll. (3) Ferner könnte der Gesichtspunkt der Kostenersparnis für einen beschränkten Erbscheinsantrag sprechen. Gemäß der im Rahmen des FGG-Reformgesetzes neu eingefügten Vorschrift des § 107 Abs. 2 Satz 3 KostO bleiben für den Fall, dass sich die Wirkungen eines Erbscheins nur auf einen Teil des Nachlasses erstrecken, diejenigen Gegenstände, die von der Erbscheinwirkung nicht erfasst werden, bei der Berechnung des Werts außer Betracht.¹²⁸ In diesem Rahmen ist oft

die entscheidende Frage, ob der in Deutschland erteilte, auch das Auslandsvermögen des Erblassers umfassende allgemeine Erbschein im entsprechenden ausländischen Staat, in dem sich die entsprechenden beweglichen und unbeweglichen Nachlassgegenstände befinden, ohne weitere nachlassverfahrensrechtliche Schritte anerkannt würde. Ist dies nicht der Fall, und dies dürfte in den meisten ausländischen Staaten der Fall sein¹²⁹, spricht das Argument der Kostenersparnis immer für eine gegenständliche Beschränkung i. S. v. § 2369 BGB n.F. Wird hingegen der deutsche Erbschein im Ausland grundsätzlich anerkannt¹³⁰, müssten die im Rahmen des deutschen Erbscheinsverfahrens für die Erfassung auch des ausländischen Grundbesitzes zusätzlich anfallenden Kosten im Rahmen eines allgemeinen unbeschränkten Erbscheins mit den hierdurch ersparten Kosten nach dem ausländischen Nachlassverfahren verglichen und Kostennachteil und Kostenvorteil gegeneinander abgewogen werden. (4) Folgende weitere Überlegung könnte bei einem Großteil der Fälle für die Beantragung bzw. Erteilung eines gegenständlich beschränkten Erbscheins sprechen: Da die internationale Zuständigkeit der deutschen Nachlassgerichte nach aktuellem Recht gemäß § 105 i. V. m. § 343 FamFG grundsätzlich uneingeschränkt auch bei Anwendbarkeit ausländischen Rechts und auch für das sämtliche im Ausland befindliche

120 Vgl. hierzu Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 19, § 2369 Rn. 1, Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, a.a.O. (Fn. 88), § 2369 Rn. 1, 3; Schäuble, a.a.O. (Fn. 41), S. 201; Schaal, a.a.O. (Fn. 83), S. 156; Kroiß, a.a.O. (Fn. 17), S. 494.

121 Vgl. hierzu die Ausführungen zuvor unter D. II.

122 Vgl. ausführlich zur Auslegung des Begriffs der Erbschaft in diesen Vorschriften, Schäuble, a.a.O. (Fn. 41), S. 202; vgl. ferner Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 19), § 2369 Rn. 2; Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, a.a.O. (Fn. 88), § 2369 Rn. 3; Fröhler in Prütting/Helms (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 18), § 343 Rn. 167; Fröhler, BWNotZ, a.a.O. (Fn. 83), S. 187; und zur Anwendbarkeit verschiedener ausländischer Rechtsordnungen vgl. unten E. IV., Fall 6 und E. V., Fall 9, jeweils die Fallvariante.

123 Vgl. die Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zu § 2369 BGB n.F. in BT-Drucks. 16/6308, S. 349; zur Vereinbarkeit der vorgenannten Auslegung des Erbschaftsbegriffs mit dem Zweck des § 2369 BGB n.F. vgl. Schäuble, a.a.O. (Fn. 41), S. 202; zum Begriff der Inlandsnachlassspaltung vgl. unten E. V., Fall 10 sowie Fröhler in Prütting/Helms (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 18), § 343 Rn. 167 und Fröhler, BWNotZ, a.a.O. (Fn. 83), S. 187.

124 So auch Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 19), § 2369, Rn. 3; Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, a.a.O. (Fn. 88), § 2369, Rn. 7; Kroiß, a.a.O. (Fn. 17), S. 495.

125 Vgl. MünchKomm/J. Mayer, a.a.O. (Fn. 6), § 2369 Rn. 22; Beck'scher Online-Kommentar, a.a.O. (Fn. 88), § 2369, Rn. 7.

126 So im Ergebnis auch Kroiß, a.a.O. (Fn. 17), S. 494; Fröhler, BWNotZ, a.a.O. (Fn. 83), S. 187; Schaal, a.a.O. (Fn. 83), S. 157; vgl. hierzu auch E. II., Fall 4, Ziff. 5.

127 Vgl. zu diesem Argument z. B. die Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung in BT-Drucks. 16/6308, S. 349; Bolkart, MittBayNot 2009, 268, 274; Fröhler in Prütting/Helms (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 18), § 343 Rn. 167; Schaal, a.a.O. (Fn. 83), S. 156; Kroiß, a.a.O. (Fn. 17), S. 494; Schäuble, a.a.O. (Fn. 41), S. 202.

128 Vgl. zu dem Kostenargument Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 19), § 2369, Rn. 1; Bolkart, a.a.O. (Fn. 127), S. 274; Zimmermann, a.a.O. (Fn. 71), S. 57; eine andere kostenrechtliche Bewertung kann sich im Einzelfall im Hinblick darauf ergeben, dass ein Antrag nach § 2369 Abs. 1 BGB n.F. wohl das Kostenprivileg des § 46 Abs. 4 Satz 1 KostO beseitigt und somit das Schuldenabzugsverbot des § 18 Abs. 3 KostO greift; vgl. hierzu Bolkart, a.a.O. (Fn. 127), 274 und Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 18. Aufl. 2010, § 107 Rn. 54.

129 Vgl. hierzu die verschiedenen Fallbeispiele unter E. I. bis V., Fälle 1 bis 10.

130 Vgl. hierzu z. B. unten E. I., Fall 1, Ziff. 5 im Hinblick auf den vom deutschen Erblasser in Spanien hinterlassenen Grundbesitz.

Nachlassvermögen besteht, das Nachlassvermögen aber verschiedenen Rechtsordnungen unterliegen kann mit der Folge, dass aufgrund der entstehenden Nachlassspaltung für jeden selbständigen Nachlassteil ein eigener Erbschein zu erteilen ist¹³¹, muss das zuständige Nachlassgericht auch das materielle Erbrecht für den im Ausland belegenen Nachlass richtig unter Anwendung des deutschen Kollisionsrechts ermitteln und die ggf. abweichende Erbfolge im Erbschein darstellen. Dies hat wiederum zur Folge, dass dem Nachlassgericht bei uneingeschränkten Erbscheinsanträgen die Prüfung des Vorhandenseins von Nachlassgegenständen im Ausland, die einer ausländischen Rechtsordnung unterliegen, obliegt¹³², eine Prüfung, die in vielen Fällen zur Verzögerung des deutschen Erbscheinsverfahrens führen kann. Diese Problematik könnte aber zumindest bei einem deutschen Erblasser auch dadurch umgangen werden, dass der Antragsteller lediglich einen Eigenrechtserbschein auf der Grundlage des deutschen Rechts beantragt und damit von vornherein Nachlassgegenstände – insbesondere also Immobilien – im Ausland, die besonderen Vorschriften i. S. des Art. 3 a Abs. 2 EGBGB unterliegen, aus dem deutschen Erbscheinsverfahren ausgeklammert werden.¹³³

IV. Die Ausklammerung von Nachlassvermögen aus dem deutschen Nachlassverfahren auf zwei Wegen

Aus den vorstehenden Ausführungen zu II. und III. folgt, dass die aktuelle Rechtslage nach dem FamFG dem Antragsteller im Erbscheinsverfahren mit Auslandsbezug grundsätzlich zwei Möglichkeiten eröffnet, einzelne Nachlassgegenstände aus dem Geltungs- bzw. Wirkungsbereich eines Erbscheins auszuschließen: (1) So können zum einen durch die isolierte Beantragung eines Eigenrechtserbscheines¹³⁴ oder die isolierte Beantragung eines von mehreren möglichen Fremdrechtserbscheinen¹³⁵ oder die Beantragung nur eines Eigenrechtserbschein sowie eines von mehreren möglichen Fremdrechtserbscheinen¹³⁶ bereits bestimmte im Inland¹³⁷ und/oder Ausland befindliche Vermögenswerte aus dem deutschen Nachlassverfahren ausgeklammert werden. Auch in diesem Fall der Beantragung nur eines oder mehrerer möglicher Erbscheine greift sowohl vom Wortlaut als auch vom Sinn und Zweck der Vorschrift her die neue Kostenregelung des § 107 Abs. 2 Satz 3 KostO, da sich auch in diesen Fällen die Wirkungen eines Erbscheins oder einzelner von mehreren Erbscheinen nur auf einen Teil des Nachlasses erstrecken, so dass dem Antragsteller auch in diesen Fällen dieses Kostenprivileg zugute kommen muss.¹³⁸ (2) Zum anderen besteht unabhängig davon über die Beantragung eines gegenständlichen Erbscheins gemäß § 2369 BGB n. F. die Möglichkeit, ggf. noch weitere Nachlassgegenstände aus dem deutschen Nachlassverfahren herauszuhalten.¹³⁹

V. Aufnahme von ausländischen Rechtsinstituten in den deutschen Erbschein

Auch nach dem neuen Recht stellen sich dieselben Probleme wie nach altem Recht, wenn bei der Erteilung eines Fremdrechtserbscheins Rechtsinstitute aufgenommen werden sollen, die dem deutschen Erbrecht un-

bekannt sind oder sich in ihren Strukturen erheblich vom deutschen Erbrecht unterscheiden. Die zur Zeit vorliegenden Literaturstimmen gehen übereinstimmend davon aus, dass diese Problematik durch das neue Recht zumindest qualitativ keine Änderung erfahren hat.¹⁴⁰ Quantitativ werden allerdings die deutschen Nachlassgerichte durch die erhebliche Ausweitung ihrer internationalen Zuständigkeit, insbesondere im Rahmen der Erteilung von allgemeinen und unbeschränkten Fremdrechtserbscheinen, in weit höherem Maße als bislang mit dieser Problematik befasst sein. Hinsichtlich der einzelnen Probleme kann somit auf die Ausführungen unter B. II. verwiesen werden.

E. Praktische Anwendungsfälle

I. Erste Fallgruppe: Deutscher Erblasser – Erbfolge beurteilt sich ausschließlich nach deutschem Recht

Fall 1:

Ein deutscher Erblasser verstirbt mit letzten Wohnsitz in Deutschland und hinterlässt lediglich bewegliches und unbewegliches Vermögen in Deutschland und in Italien (alternativ: in Spanien auf Mallorca).

Fallvariante: Der deutsche Erblasser ist in Rom mit letztem Wohnsitz in Rom verstorben.

1. Anwendbares Erbrecht

Mangels vorrangiger unmittelbar anwendbarer Regelungen des europäischen Gemeinschaftsrechts bzw. mangels vorrangiger Regelungen in völkerrechtlichen Verträgen bzw. in Staatsverträgen (Art. 3 EGBGB) im Verhältnis zu Italien bzw. Spanien¹⁴¹ verweist Art. 25 Abs. 1 EGBGB auf das deutsche Recht, und zwar nach dem Grundsatz der Nachlasseneinheit¹⁴² hinsichtlich des ge-

131 Vgl. zuvor die Ausführungen unter D. II.

132 Vgl. z. B. Schaal, a.a.O. (Fn. 83), S. 159

133 Vgl. hierzu detailliert unten E. II., Fall 3, Ziff. 4.

134 Vgl. hierzu unten D. II., Fall 3, D. V., Fall 9 Ausgangsfall, Fall 10, jeweils Ziff. 4.

135 Vgl. hierzu unten D. IV., Fall 6 Fallvariante, Ziff. 4.

136 Vgl. hierzu unten E. V., Fall 9 Fallvariante, Ziff. 4.

137 Dies im Fall der Inlandsnachlassspaltung; vgl. hierzu E. V., Fall 10, Ziff. 1. und 4.

138 So jetzt wohl auch Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, a.a.O. (Fn. 128), § 107 Rn. 54.

139 Vgl. hierzu die in den drei vorherigen Fn. 134 bis 136 genannten Fälle.

140 Vgl. insbesondere auch zur Behandlung einzelner problematischer ausländischer Rechtsinstitute Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 19), § 2369, Rn. 3; Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, a.a.O. (Fn. 88), § 2369 Rn. 8, 8 a; Schaal, a.a.O. (Fn. 83), S. 160; Fröhler in Prütting/Herms (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 18), § 343, Rn. 150 ff.

141 Vgl. allgemein zum Rangverhältnis von unmittelbar anwendbaren Regelungen der Europäischen Gemeinschaft bzw. von Regelungen in Staatsverträgen zum autonomen Kollisionsrecht, insbesondere im EGBGB, Schotten/Schmellenkamp, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 2 ff. und im besonderen von vorrangigen europarechtlichen Regelungen und Staatsverträgen im Erbrecht, dies., Rn. 260 ff.; zum Vorschlag der EU-Kommission für den Erlass einer Verordnung u. a. zur einheitlichen Bestimmung des Erbstatuts auf EU-Ebene vgl. Kindler, IPRax 2010, S. 44 ff. sowie oben die Ausführungen unter C. I.

142 Vgl. hierzu für viele Palandt/Thorn, a.a.O. (Fn. 19), Art. 25 EGBGB, Rn. 1; Schotten/Schmellenkamp, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 270.

samten Erblasser-Vermögens, also auch hinsichtlich des in Italien (bzw. Spanien) befindlichen Nachlassvermögens. Besondere kollisionsrechtliche Regelungen im Hinblick auf unbewegliches Nachlassvermögen i. S. von Art. 3 a Abs. 2 EGBGB, die zu einer teilweisen Anwendbarkeit ausländischen Rechts führen könnten, gibt es im italienischen (bzw. spanischen) Erbrecht nicht.¹⁴³ Der Erblasser wird somit hinsichtlich seines gesamten Nachlassvermögens ausschließlich nach deutschem Recht beerbt.

In der Fallvariante ist die Rechtslage hinsichtlich des anwendbaren Rechts identisch mit der des Ausgangsfalles. Da sowohl das deutsche als auch das italienische Kollisionsrecht an das letzte Heimatrecht des Erblassers anknüpfen, wird auch hier der Erblasser hinsichtlich seines gesamten Nachlassvermögens ausschließlich nach deutschem Recht beerbt.

2. Internationale Zuständigkeit nach altem Recht

Nach altem, bis zum Inkrafttreten des FamFG geltenden Recht folgte die internationale Zuständigkeit der deutschen Nachlassgerichte – sowohl im Ausgangsfall als auch in der Fallvariante – aus dem ungeschriebenen „Gleichlaufgrundsatz“ aufgrund der Anwendbarkeit des deutschen Erbrechts für den gesamten Nachlass des deutschen Erblassers. Das zuständige Nachlassgericht hätte hier einen allgemeinen Erbschein bzw. einen Eigenrechtserbschein gemäß § 2353 BGB erteilt, der den gesamten Nachlass des Erblassers, also auch den in Italien bzw. Spanien befindlichen Nachlass, umfasst. Eine Beschränkung auf den in Deutschland befindlichen Nachlass wäre hiernach nicht möglich gewesen, da der Erbschein nach § 2353 BGB territorial unbeschränkt war.¹⁴⁴

3. Internationale Zuständigkeit nach dem FamFG

Nach dem FamFG folgt die internationale Zuständigkeit der örtlichen Zuständigkeit und ergibt sich somit im Ausgangsfall für ein deutsches Nachlassgericht aufgrund des Wohnsitzes des Erblassers zum Zeitpunkt seines Todes in Deutschland aus §§ 105, 343 Abs. 1 FamFG. In der Fallvariante folgt die internationale Zuständigkeit hingegen aus §§ 105, 343 Abs. 2 FamFG. Hier ist somit mangels Wohnsitzes oder Aufenthaltes des Erblassers zum Zeitpunkt des Erbfalles das Amtsgericht Schöneberg in Berlin zuständig. Die internationale Zuständigkeit des deutschen Nachlassgerichts umfasst sowohl im Ausgangsfall als auch in der Fallvariante das gesamte „Weltvermögen“ des Erblassers¹⁴⁵, also insbesondere auch das in Italien bzw. Spanien befindliche Nachlassvermögen des Erblassers.

4. Art des zu erteilenden Erbscheins bzw. der zu erteilenden Erbscheine

Das zuständige Nachlassgericht wird hier sowohl im Ausgangsfall als auch in der Fallvariante grundsätzlich einen allgemeinen und unbeschränkten, das gesamte im Inland und Ausland befindliche Nachlassvermögen umfassenden Eigenrechtserbschein nach § 2353 BGB erteilen.¹⁴⁶

5. Gegenständlich beschränkter Erbschein nach § 2369 BGB n. F.

Die Erteilung eines auf das in Deutschland befindliche Nachlassvermögen beschränkten Erbscheins nach § 2369 Abs. 1 BGB n. F. ist auch im Falle der uneingeschränkten Anwendbarkeit deutschen Erbrechts möglich.¹⁴⁷ Die Beschränkung auf das in Deutschland befindliche Nachlassvermögen ist zwingend im Erbschein zu vermerken, und zwar auch – wie im vorliegenden Fall – bei einem deutschen Erblasser.¹⁴⁸

Im Falle des deutschen Erblassers mit Nachlassvermögen auch in Italien kann der Antrag auf Erteilung eines auf das in Deutschland befindliche Nachlassvermögen beschränkten Erbscheins auch zweckmäßig sein. Zwar braucht das deutsche Nachlassgericht kein ausländisches Erbrecht anzuwenden, was zu einer Verzögerung des deutschen Erbscheinsverfahrens führen könnte. Zu einer Beschleunigung und „Entschlackung“ des deutschen Nachlassverfahrens könnte es aber dadurch kommen, dass dem zuständigen Nachlassgericht die im Einzelfall zeitintensive Ermittlung etwaiger Nachlassgegenstände, die im Ausland belegen sind und die besonderen Vorschriften i. S. des Art. 3 a Abs. 2 EGBGB unterliegen, erspart bliebe.¹⁴⁹ Diese Problematik könnte aber im vorliegenden Fall auch dadurch umgangen werden, dass der Antragsteller lediglich einen Eigenrechtserbschein auf der Grundlage des deutschen Rechts beantragt und damit von vornherein Nachlassgegenstände – insbesondere also Immobilien – im Ausland, die besonderen Vorschriften i. S. des Art. 3 a Abs. 2 EGBGB unterliegen, aus dem deutschen Erbscheinsverfahren ausgeklammert werden.¹⁵⁰ Abgesehen davon könnte aber der Gesichtspunkt der Kostenersparnis für einen beschränkten Erbscheinsantrag sprechen. Da der in Deutschland erteilte Erbschein zwar nach Art. 66 Italien. IPRG in Italien anerkannt werden kann, dem Erbschein dort aber kein dem § 2366 BGB vergleichbarer öffentlicher Glaube und auch

143 Zur besonderen Problematik des sog. Vorranges des Einzelstatuts nach Art. 3 a Abs. 2 EGBGB (früher Art. 3 Abs. 3 EGBGB) vgl. z. B. Palandt/Thorn, a.a.O. (Fn. 19), Art. 3 a EGBGB, Rn. 3 ff., Schotten/Schmellenkamp, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 15, 45, 271 sowie unten die Ausführungen unter E. II., Fall 3, Ziff. 1.; zur uneingeschränkten Anknüpfung des italienischen bzw. spanischen internationalen Privatrechts an die Staatsangehörigkeit des Erblassers ohne Unterscheidung nach beweglichem und unbeweglichem Nachlassvermögen vgl. Cubeddu/Wiedemann/Wiedemann in Süß, a.a.O. (Fn. 28), Italien Rn. 1 bzw. Löber/Huzel in Süß, a.a.O. (Fn. 28), Spanien, Rn. 4.

144 Vgl. z. B. Schäuble, a.a.O. (Rn. 41), S. 200; Schaal, a.a.O. (Rn. 83), S. 156 sowie Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 9), zum alten Recht, § 2369, Rn. 4.

145 Vgl. hierzu Keidel/Zimmermann, a.a.O. (Fn. 5), § 343 Rn. 51; Fröhler in Prütting/Helms (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 18), § 343 Rn. 149; Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 19), § 2353, Rn. 20; Kroiß, a.a.O. (Fn. 17), S. 494 sowie die Ausführungen oben unter C. II. 1.

146 Vgl. zum weiterhin verwendbaren Begriff des Eigenrechtserbscheins Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, a.a.O. (Fn. 88), § 2369, Rn. 1, Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 19), § 2353 Rn. 20.

147 Vgl. hierzu Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 19, § 2369 Rn. 1, Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, a.a.O. (Fn. 88), § 2369 Rn. 1, 3; Schäuble, a.a.O. (Rn. 41), S. 201; Schaal, a.a.O. (Rn. 83), S. 156, Kroiß, a.a.O. (Fn. 17), S. 494.

148 So auch Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 19), § 2369, Rn. 3; Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, a.a.O. (Fn. 88), § 2369, Rn. 7; Kroiß, a.a.O. (Fn. 17), S. 495.

149 Vgl. hierzu die Ausführungen oben unter D. III. am Ende.

150 Vgl. hierzu detailliert unten E. II., Fall 3, Ziff. 4.

keine Feststellungs- bzw. Gestaltungswirkung zukommen¹⁵¹, erspart der deutsche Erbschein letztendlich nicht die Beschaffung eines zusätzlichen Erbnachweises auf der Grundlage des italienischen Rechts. Und gemäß § 107 Abs. 2 Satz 3 KostO bleiben die nicht von der Erbscheinswirkung des nach § 2369 Abs. 1 BGB erteilten beschränkten Erbscheins umfassten Gegenstände bei der Wertberechnung für das deutsche Erbscheinsverfahren außer Betracht.¹⁵²

Im Falle des deutschen Erblassers mit Nachlassvermögen auch in Spanien ist zu berücksichtigen, dass ein deutscher Erbschein in Spanien grundsätzlich anerkannt wird, dort auch volle Beweiskraft sowohl für den Tod des Erblassers als auch für das Bestehen des Erbrechts entfaltet und somit den Erben durch die Erteilung eines allgemeinen und unbeschränkten deutschen Erbscheins nach § 2353 BGB ggf. ein spanischer Erbnachweis erspart wird.¹⁵³ Hier müssten die im Rahmen des deutschen Erbscheinsverfahrens für die Erfassung auch des spanischen Grundbesitzes zusätzlich anfallenden Kosten im Rahmen eines allgemeinen unbeschränkten Erbscheins mit den hierdurch ersparten Kosten nach dem spanischen Nachlassverfahren verglichen und Kostennachteil und Kostenvorteil gegeneinander abgewogen werden.

Insgesamt lässt sich festhalten, dass in der vorliegenden Fallkonstellation (Ausgangsfall und Fallvariante) die Beschränkung eines Erbscheins auf das in Deutschland befindliche Nachlassvermögen gemäß § 2369 Abs. 1 BGB in den meisten Fällen schon aus Kostenersparnisgründen sinnvoll sein wird, da eine uneingeschränkte Anerkennung eines deutschen Erbscheins im Ausland ohne weitere nachlassverfahrensrechtliche Schritte nur in den seltensten Fällen gegeben ist.¹⁵⁴ Und teilt man die zuvor vertretene Auffassung der Ermittlungspflicht der deutschen Nachlassgerichte im Hinblick auf Auslandsvermögen, das besonderen Vorschriften i. S. des Art. 3 a Abs. 2 EGBGB unterliegt, kann die Erteilung eines beschränkten Erbscheins nach § 2369 Abs. 1 BGB n. F. schon aus diesem Grunde zweckmäßig sein.

Fall 2:

Ein Erblasser, der die deutsche und die portugiesische Staatsangehörigkeit besitzt, verstirbt mit letztem Wohnsitz in Deutschland und hinterlässt neben beweglichem und unbeweglichem Vermögen in Deutschland auch ein Ferienhaus auf Madeira in Portugal.

1. Anwendbares Erbrecht

Aus Sicht des deutschen Rechtsanwenders (z. B. Nachlassgericht, Notar, Grundbuchamt, u. s. w.) ist bei Mehrstaatern mit deutscher Staatsangehörigkeit gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 2 EGBGB ausschließlich an die deutsche Staatsangehörigkeit anzuküpfen.¹⁵⁵ Der „auch-deutsche“ Erblasser wird somit im vorliegenden Fall aus deutscher Sicht kollisionsrechtlich wie ein „nur-deutscher“ Erblasser behandelt, so dass sich auch in diesem Fall die Erbfolge nach dem Erblasser hinsichtlich des gesamten Nachlassvermögens ausschließlich nach deutschem Recht beurteilt.¹⁵⁶ Aus Sicht des portugiesischen Rechtsanwenders hingegen wird bei einem Mehrstaater mit portugiesischer Staatsangehörigkeit kollisionsrechtlich vorrangig an die portugiesische Staatsangehö-

rigkeit angeknüpft.¹⁵⁷ Und da sich die Erbfolge nach dem portugiesischen internationalen Privatrecht für den gesamten Nachlass wie im deutschen Recht ausschließlich nach der letzten Staatsangehörigkeit des Erblassers beurteilt¹⁵⁸, wird der Erblasser im vorliegenden Fall aus Sicht des portugiesischen Rechtsanwenders ausschließlich nach portugiesischem Recht beerbt. Dieser Widerspruch zwischen den einzelnen staatlichen Kollisionsrechten führt zu einem sogenannten „hinkenden Rechtsverhältnis“.¹⁵⁹

2. – 4. Internationale Zuständigkeit nach altem Recht und nach dem FamFG und Art des zu erteilenden Erbscheins bzw. der zu erteilenden Erbscheine

Hinsichtlich der internationalen Zuständigkeit eines deutschen Nachlassgerichts nach altem Recht und nach dem FamFG, die vom deutschen Nachlassgericht stets nach der „lex fori“, hier nach deutschem Verfahrensrecht (FamFG) zu ermitteln ist¹⁶⁰, sowie der Art des jeweils zu erteilenden Erbscheins kann hier vollumfänglich auf die Ausführungen zu Fall 1 verwiesen werden.¹⁶¹

5. Gegenständlich beschränkter Erbschein nach § 2369 BGB n. F.

Wie in Fall 1 ist auch hier die Erteilung eines auf das in Deutschland befindliche Nachlassvermögen beschränkten Erbscheins nach § 2369 Abs. 1 BGB n. F. möglich, und die Beschränkung ist im Erbschein zwingend zu vermerken.¹⁶² Und ähnlich wie im Fall des spanischen Erblassers in der Variante des Falles 1 werden auch in Portugal mit einer Apostille¹⁶³ versehene deut-

151 Vgl. Cubeddu/Wiedemann/Wiedemann in Süß, a.a.O. (Rn. 28), Italien, Rn. 210.

152 Vgl. Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Rn. 19), § 2369, Rn. 1; Bolkart, a.a.O. (Fn. 127), S. 274; Zimmermann, ZEV 2009, 53, 57; eine andere kostenrechtliche Bewertung kann sich im Einzelfall im Hinblick darauf ergeben, dass ein Antrag nach § 2369 Abs. 1 BGB n. F. wohl das Kostenprivileg des § 46 Abs. 4 Satz 1 KostO beseitigt und somit das Schuldenabzugsverbot des § 18 Abs. 3 KostO greift; vgl. hierzu Bolkart, a.a.O. (Fn. 127), S. 274 und Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, a.a.O. (Fn. 128), § 107 Rn. 54.

153 Vgl. zur Anerkennung deutscher Erbscheine in Spanien Löber/Hu- zel in Süß, a.a.O. (Rn. 28), Spanien, Rn. 150f.

154 Vgl. hierzu beispielhaft die verschiedenen Länderberichte in Süß, a.a.O. (Fn. 28).

155 Hierzu im einzelnen Palandt/Thorn, a.a.O. (Fn. 19), Art. 5 EGBGB, Rn. 3; Schotten/Schmellenkamp, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 30.

156 Vgl. hierzu die Ausführungen unter E. I., Fall 1, Ziff. 1.

157 So Art. 27 des portugiesischen Staatsangehörigkeitsgesetzes Nr. 37/81 vom 3. Oktober 1981; deutsche Fassung in Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann (Hrsg.), Internationales Erbrecht, Loseblattsammlung, Portugal, Texte A. 2.

158 Art. 62 i. V. m. Art. 31 Código Civil von 1966; deutsche Fassung Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 157), Portugal, Texte A. 1.

159 Vgl. hierzu im einzelnen Schotten/Schmellenkamp, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 52.

160 Vgl. für viele Fröhler, in Prütting/Helms (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 18), § 343, Rn. 150, Kroiß, a.a.O. (Fn. 17), S. 495, vgl. zum Begriff der lex fori oben Fn. 12.

161 Vgl. E. I., Fall 1, Ziff. 2., 3. u. 4.

162 Vgl. hier die Ausführungen unter E. I. Fall 1, Ziff. 5 und insbes. die Literaturangaben in Fn. 147 und 148.

163 Nach dem Haager Übereinkommen zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Legalisation vom 5. Oktober 1961 – BGBl. 1965 II, S. 876 – reicht für die Anerkennung deutscher notarieller Urkunden oder Entscheidungen deutscher Gerichte im Verhältnis zu Portugal eine Apostille als vereinfachte Form der Echtheit an.

sche Erbscheine grundsätzlich nach Übersetzung durch einen Rechtsanwalt, einen Notar oder eine deutsche Vertretung in Portugal (Botschaft oder Konsulat) als Erbnachweis anerkannt.¹⁶⁴ Dies würde hier auch für das auf Madeira befindliche Ferienhaus gelten. Die Übertragung von unbeweglichem Vermögen in Portugal erfolgt aber im Wege der notariell beurkundeten Nachlasserteilung oder des gerichtlichen Teilungsverfahrens; und diese Verfahren setzen wiederum einen Nachweis des anwendbaren Rechts voraus.¹⁶⁵ Da aber im vorliegenden Fall aus Sicht des portugiesischen Rechtsanwenders gar nicht deutsches, sondern portugiesisches Erbrecht auf den Erbfall anwendbar ist¹⁶⁶, wird der portugiesische Notar bzw. das portugiesische Gericht das Erbenfeststellungsverfahren unter Anwendung des portugiesischen, und nicht des deutschen Erbrechts vornehmen. Ein allgemeiner, auch die Ferienwohnung auf Madeira umfassender, vom zuständigen deutschen Nachlassgericht erteilter Erbschein würde hier also nicht nur nicht zum Ziel führen, einen portugiesischen Erbnachweis zu ersparen, sondern im Gegenteil unter Umständen sogar das portugiesische Erbenfeststellungsverfahren bei Bekanntwerden des deutschen Erbscheins behindern.¹⁶⁷

Da ein Großteil der ausländischen Rechtsordnungen ähnlich wie das deutsche internationale Privatrecht bei Mehrstaatern der eigenen Staatsangehörigkeit den Vorrang einräumt¹⁶⁸ und somit die am Nachlassverfahren beteiligten ausländischen Gerichte und Behörden dem Verfahren grundsätzlich die eigene Rechtsordnung zugrundelegen, ist bei einem Mehrstaater-Erblasser mit deutscher Staatsangehörigkeit und Vermögen im Ausland – insbesondere Immobilienvermögen auf dem Gebiet des Staates der anderen, nicht deutschen Staatsangehörigkeit – der Antrag auf Erteilung eines auf den deutschen Nachlass beschränkten Erbscheins gemäß § 2369 BGB n.F. in aller Regel – neben den zuvor im Rahmen von Fall 1 genannten, auch hier einschlägigen Gründen – zweckmäßig.

II. Zweite Fallgruppe: Deutscher Erblasser – Erbfolge beurteilt sich zum Teil nach deutschem und zum Teil nach ausländischem Recht

Fall 3:

Ein deutscher Erblasser verstirbt mit letztem Wohnsitz in Deutschland und hinterlässt neben beweglichem und unbeweglichem Vermögen in Deutschland an Auslandsvermögen lediglich noch eine Eigentumswohnung und ein Wertpapierdepot in Brüssel.

1. Anwendbares Erbrecht

Mangels vorrangiger unmittelbar anwendbarer Regelungen des europäischen Gemeinschaftsrechts bzw. mangels vorrangiger Regelungen in völkerrechtlichen Verträgen bzw. in Staatsverträgen (Art. 3 EGBGB) im Verhältnis zu Belgien¹⁶⁹ verweist Art. 25 Abs. 1 EGBGB auf das deutsche Recht, und zwar nach dem Grundsatz der Nachlassseinheit¹⁷⁰ grundsätzlich hinsichtlich des gesamten Erblasser-Vermögens. Die Verweisung wird jedoch hier durch Art. 3 a Abs. 2 EGBGB eingeschränkt. Nach belgischem internationalem Privatrecht unterliegt

nämlich die Erbfolge in bewegliches Vermögen gemäß Art. 78 § 1 Belgisches IPR-Gesetz vom 16. Juli 2004¹⁷¹ dem Recht am letzten (gewöhnlichen) Wohnsitz bzw. Wohnort des Erblassers und die Erbfolge in das unbewegliche Vermögen gemäß Art. 78 § 2 IPRG dem Recht am Belegenheitsort¹⁷². Diese kollisionsrechtliche Spaltung im belgischen internationalen Privatrecht ist eine besondere Vorschrift i. S. d. Art. 3 a Abs. 2 EGBGB, so dass dieser Sonderanknüpfung für einzelne Gegenstände der Vorrang zukommt.¹⁷³ Der deutsche Erblasser wird somit aus deutscher Sicht hinsichtlich seines gesamten in Deutschland befindlichen beweglichen und unbeweglichen Vermögens sowie hinsichtlich seines in Brüssel befindlichen Wertpapierdepots nach deutschem Recht und hinsichtlich seiner in Brüssel belegenen Eigentumswohnung nach belgischem Recht beerbt. Es ist somit eine Nachlassspaltung eingetreten.¹⁷⁴

2. Internationale Zuständigkeit nach altem Recht

Nach altem, bis zum Inkrafttreten des FamFG geltenden Recht folgte die internationale Zuständigkeit der deutschen Nachlassgerichte hier aus dem ungeschriebenen „Gleichlaufgrundsatz“ aufgrund der Anwendbarkeit des deutschen Erbrechts. Die internationale Zuständigkeit bestand aber in diesem Fall nur insoweit, wie deutsches materielles Recht die Erbfolge bestimmte. Die inter-

heitsbestätigung aus; vgl. allgemein zur Apostille z. B. Zimmermann im Beck'schen Notar-Handbuch, Braming/Jerschke (Hrsg.), 5. Aufl. 2009, H, Rn. 249.

164 Vgl. hierzu im einzelnen Huzel/Löber/Wollmann in Süß, a.a.O. (Fn. 28), Portugal, Rn. 135 f.

165 Dieser Nachweis wird zumindest seitens der portugiesischen Notare aufgrund gesetzlicher Vorgaben in der Regel in Form einer „Rechtsbescheinigung“ von einer deutschen Vertretung in Portugal eingeholt; vgl. hierzu im einzelnen Huzel/Löber/Wollmann in Süß, a.a.O. (Fn. 28), Portugal, Rn. 121 f.

166 Vgl. die Ausführungen zum anwendbaren Erbrecht unter E. I., Fall 2, Ziff. 1.

167 So auch Schaal, a.a.O. (Fn. 83), S. 156.

168 So. z. B. in Spanien gemäß Art. 9 Ziff. 9 Código civil, deutsche Fassung in Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, a.a.O. (Fn. 157), Spanien, Texte A I.; in Griechenland gemäß Art. 31 griechisches Zivilgesetzbuch, deutsche Fassung in Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, a.a.O. (Fn. 157), Griechenland, Texte A I.; in Polen gemäß Art. 2 § 1 des polnischen Gesetzes über das Internationale Privatrecht, deutsche Fassung in Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, a.a.O. (Fn. 157), Polen, Texte A. Nr. 1.

169 Vgl. zu vorrangigen Regelungen und Verträgen i. S. d. Art. 3 EGBGB Schotten/Schmellenkamp, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 260 ff., sowie zum Vorschlag der EU-Kommission für den Erlass einer Verordnung u. a. zur einheitlichen Bestimmung des Erbstatuts auf EU-Ebene Kindler, a.a.O. (Fn. 36), S. 44 ff. sowie oben die Ausführungen unter C. I.

170 Vgl. hierzu oben unter E. I., zu Fall 1, Fn. 142.

171 Vgl. die deutsche Fassung des Gesetzestextes bei Hustedt/Genkin in Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 157), Belgien, Texte A. I.

172 = Grundsatz der „lex rei sitae“; vgl. zur Anknüpfung nach dem belgischen IPR ausführlich auch Hustedt in Süß, a.a.O. (Fn. 28), Belgien, Rn. 3 ff.

173 Dieser Grundsatz wird auch „Das Einzelstatut bricht das Gesamtstatut.“ formuliert; vgl. hierzu im einzelnen die oben in Fn. 143 genannten Literaturangaben; andere Staaten, die im Erbrecht für unbewegliches Vermögen an den Grundsatz der Belegenheit der Sache anknüpfen, sind z. B. die USA, Kanada, Großbritannien, Irland, Frankreich, Luxemburg, Liechtenstein und Rumänien; vgl. hierzu Schotten/Schmellenkamp, a.a.O. (Fn. 9), Anhang III, Rn. 430.

174 Vgl. hierzu z. B. Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 19), § 2369 Rn. 18 ff.; Palandt/Thorn, a.a.O. (Fn. 19), Art. 25 EGBGB, Rn. 9; Münch-Komm/Birk, a.a.O. (Fn. 9), Art. 25 EGBGB, Rn. 127 ff.; Bamberger/Roth/S. Lorenz, a.a.O. (Fn. 9), Art. 25 EGBGB, Rn. 50 ff.; Schotten/Schmellenkamp, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 269.

nationale Zuständigkeit hätte somit in diesem Fall nicht das in Belgien befindliche unbewegliche Vermögen umfasst.¹⁷⁵ Das zuständige Nachlassgericht hätte hier einen allgemeinen Erbschein bzw. Eigenrechtserbschein gemäß § 2353 BGB erteilt. Umstritten war, ob die durch Art. 3 a Abs. 2 EGBGB (früher Art. 3 Abs. 3 EGBGB) verursachte Nachlassspaltung im Erbschein durch einen einschränkenden Geltungsvermerk dokumentiert werden musste. Die obergerichtliche Rechtsprechung bejahte das Erfordernis eines entsprechenden einschränkenden Geltungsvermerks.¹⁷⁶ Diese Auffassung wurde in der Literatur zum Teil stark kritisiert, und zwar hauptsächlich mit dem Argument, dass praktisch in jedem Erbscheinsverfahren das Nachlassgericht hätte prüfen müssen, ob und ggf. welche im Ausland gelegenen Vermögensgegenstände der Erblasser hinterlassen habe und ob für die Beurteilung der Erbfolge in diese Gegenstände in den betreffenden ausländischen Staaten besondere Vorschriften i. S. d. Art. 3 a Abs. 2 EGBGB (früher Art. 3 Abs. 3 EGBGB) gelten.¹⁷⁷

3. Internationale Zuständigkeit nach dem FamFG

Nach dem FamFG folgt die internationale Zuständigkeit der örtlichen Zuständigkeit und ergibt sich hier für ein deutsches Nachlassgericht wie in den Fällen 1 und 2 aufgrund des Wohnsitzes des Erblassers zum Zeitpunkt seines Todes in Deutschland aus §§ 105, 343 Abs. 1 FamFG. Auch hier umfasst die internationale Zuständigkeit des deutschen Nachlassgerichts das gesamte „Weltvermögen“ des Erblassers¹⁷⁸, also insbesondere auch das in Belgien befindliche bewegliche und unbewegliche Nachlassvermögen des Erblassers.

4. Art des zu erteilenden Erbscheins bzw. der zu erteilenden Erbscheine

Im Unterschied zu den Fällen 1. und 2. ist in diesem Fall gemäß Art. 3 a Abs. 2 EGBGB eine Nachlassspaltung eingetreten, aufgrund derer die Erbfolge hinsichtlich der Eigentumswohnung in Brüssel belgischem Recht unterliegt, während der gesamte übrige Nachlass, also sowohl das bewegliche und unbewegliche Vermögen in Deutschland als auch das Wertpapierdepot in Brüssel, nach deutschem Recht vererbt wird. Wie bereits unter D. II. ausgeführt, ist rechtliche Folge der Nachlassspaltung, dass der jeweilige Nachlass, der einer eigenen Rechtsordnung unterliegt, als selbständiger Nachlass angesehen und so behandelt wird, als ob er der gesamte Nachlass wäre. Insbesondere ist somit für jeden Nachlass bzw. Nachlassteil ein eigener Erbschein zu erteilen, ein Eigenrechtserbschein für den dem deutschen Recht unterliegenden Nachlass und ein Fremdrechtserschein für den dem belgischen Recht unterliegenden Nachlass, und zwar jeweils als allgemeiner Erbschein gemäß § 2353 BGB. Die beiden Erbscheine können – wie auch nach bisheriger Rechtslage – in einer Urkunde als „Doppelerschein“ zusammengefasst werden.

Im Rahmen jedes der zu erteilenden Erbscheine ist anzugeben, nach welchem Recht sich die bezeugte Erbfolge richtet, wobei im Rahmen des Eigenrechtserbscheins die Angabe des deutschen Rechts nur deklaratorische Bedeutung hat¹⁷⁹, im vorliegenden Fall somit die Erbfolge hinsichtlich der Eigentumswohnung

in Brüssel nach belgischem Recht sowie die Erbfolge hinsichtlich des gesamten übrigen Nachlasses, also sowohl hinsichtlich des beweglichen und unbeweglichen Vermögens in Deutschland als auch hinsichtlich des Wertpapierdepots in Brüssel, nach deutschem Recht. Zum anderen sollte der auf der Grundlage des deutschen Rechts zu erteilende Eigenrechtserbschein klarstellend den Geltungsausschluss hinsichtlich des in Belgien belegenen Grundbesitzes enthalten, während der auf der Grundlage des belgischen Rechts zu erteilende Fremdrechtserschein klarstellend eine ausdrückliche Geltungsbeschränkung hinsichtlich des in Belgien belegenen Grundbesitzes enthalten sollte. Die vorgenannten Geltungsvermerke gewinnen dann eine besondere Bedeutung, wenn im vorliegenden Fall isoliert lediglich ein Eigenrechtserbschein (dies könnte zweckmäßig sein, da in Belgien der deutsche Erbschein zwar hinsichtlich des in Belgien befindlichen beweglichen Vermögens, nicht aber hinsichtlich des in Belgien befindlichen unbeweglichen Vermögens anerkannt wird¹⁸⁰) oder ein Fremdrechtserschein (praktisch wohl nicht relevant) beantragt würde; in diesem Fall wäre ein entsprechender Geltungsvermerk zwingend.¹⁸¹

5. Gegenständlich beschränkter Erbschein nach § 2369 BGB n. F.

Die Erteilung eines auf das in Deutschland befindliche Nachlassvermögen beschränkten Erbscheins nach § 2369 Abs. 1 BGB n. F. ist möglich, und zwar grundsätzlich getrennt für jeden Spaltnachlass, d. h. sowohl für den dem deutschen Recht als auch für den dem ausländischen Recht unterfallenden Nachlass bzw. für die den verschiedenen ausländischen Rechtsordnungen unterfallenden Nachlassteile.¹⁸² Im vorliegenden Fall, in dem lediglich das Immobilienvermögen in Belgien nicht dem deutschen Recht unterliegt, kommt die gegenständliche Beschränkung nur im Rahmen des auf der Grundlage des deutschen Rechts zu beantragenden Eigenrechtserbscheins in Betracht. Hierdurch könnte auch das in Brüssel befindliche Wertpapierdepot aus dem deutschen Erbscheinsverfahren ausgeklammert werden.¹⁸³ Die gegenständliche Beschränkung müsste auch in diesem Fall

175 So z. B. BayObLG, NJW 1960, 775; KG, RPfeger 1984, 358; OLG Köln, DNotZ 1993, 171; OLG Celle, ZEV 2003, 165; Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 9), § 2353 Rn. 16.

176 Vgl. die in der vorherigen Fn. 175 aufgeführten Obergerichte.

177 Diese kritische Auffassung basierte in erster Linie auf den Ausführungen von Weithase, RPfeger 1985, 267 ff., vgl. im einzelnen zum Meinungsstand mit weiteren Literaturstellen, Schotten/Schmellenkamp, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 342.

178 Vgl. hierzu die Literaturangaben oben in Fn. 47.

179 Vgl. hierzu die Literaturangaben oben in Fn. 109.

180 Vgl. hierzu unten E. V., Fall 9, Ziff. 4. am Ende und insbes. Hustedt in Stüb, a.a.O. (Fn. 28), Belgien, Rn. 119, 120.

181 Vgl. hierzu die Literaturangaben oben in Fn. 113.

182 Vgl. hierzu die Ausführungen oben unter D. III. und dort insbes. die Literaturangaben in Fn. 122; zur Anwendbarkeit verschiedener ausländischer Rechtsordnungen vgl. unten E. IV., Fall 6 und E. V., Fall 9, jeweils die Fallvariante.

183 Klargestellt sei hier noch einmal, dass die Ausklammerung der Eigentumswohnung in Brüssel hier nicht über die gegenständliche Beschränkung des Erbscheins gemäß § 2369 BGB n. F., sondern über die separate Beantragung eines Eigenrechtserbscheins erfolgt, vgl. hierzu oben E. II., Fall 3, Ziff. 4. aber auch nachfolgend E. II. Fall 4, Ziff. 4.

zwingend in dem Eigenrechtserbschein vermerkt werden.¹⁸⁴

Die Antragstellung auf Erteilung eines gegenständlich beschränkten Eigenrechtserbscheins gemäß § 2369 BGB n. F. kann auch zweckmäßig sein. So wird dem deutschen Nachlassgericht die im Einzelfall zeit- und kostenaufwändige Prüfung der Erbfolge nach dem einschlägigen ausländischen Recht erspart.¹⁸⁵ Außerdem können Kostenaspekte für einen einschränkenden Antrag nach § 2369 BGB n. F. sprechen, da gemäß § 107 Abs. 2 Satz 3 KostO die nicht von der Erbscheinwirkung des nach § 2369 Abs. 1 BGB erteilten beschränkten Erbscheins umfassten Gegenstände bei der Wertberechnung für das deutsche Erbscheinsverfahren außer Betracht bleiben.¹⁸⁶ Im vorliegenden Fall ist aber zu berücksichtigen, dass eine mit der Apostille¹⁸⁷ versehene beglaubigte Ausfertigung eines deutschen, das bewegliche Nachlassvermögen in Belgien umfassenden Erbscheins zur Legitimation der Erbansprüche in Bezug auf bewegliche Vermögenswerte – insbesondere Bankguthaben –, in Belgien anerkannt wird.¹⁸⁸ Hier müssten von daher die im Rahmen des deutschen Erbscheinsverfahrens für die Erfassung auch des Wertpapierdepots in Brüssel zusätzlich anfallenden Kosten im Rahmen eines allgemeinen unbeschränkten Eigenrechtserbscheins mit den hierdurch ersparten Kosten nach dem belgischen Nachlassverfahren¹⁸⁹ verglichen und Kostenvorteil und Kostenvorteil gegeneinander abgewogen werden.

Zusammenfassend lässt sich für die vorliegende Fallkonstellation festhalten, dass bereits durch die isolierte Beantragung eines Eigenrechtserbscheins das in Belgien befindliche unbewegliche Vermögen aus dem deutschen Erbscheinsverfahren herausgehalten würde. Sollte der deutsche Erblasser aber auch Immobilien in Staaten hinterlassen, die für unbewegliches Vermögen keine besondere Anknüpfung vorsehen, wie z. B. Italien, Spanien oder Portugal¹⁹⁰, so könnten diese Immobilien nur über einen einschränkenden Antrag gemäß § 2369 BGB n. F. aus dem deutschen Erbscheinsverfahren ausgeklammert werden. Für die kostenmäßige Abwägung im Rahmen eines einschränkenden Antrages gemäß § 2369 BGB n. F. spielt es eine entscheidende Rolle, ob der deutsche, auch das im Ausland befindliche Nachlassvermögen umfassende Erbschein im betreffenden ausländischen Nachlassverfahren ohne weitere nachlassverfahrensrechtliche Schritte anerkannt wird.¹⁹¹ Dies ist zumindest im Hinblick auf Immobilienvermögen in den meisten ausländischen Staaten nicht der Fall.¹⁹²

Fall 4:

Wie Fall 1, nur der Erblasser hinterlässt neben beweglichem und unbeweglichem Vermögen in Deutschland an Auslandsvermögen ein Ferienhaus in Rom, ein Ferienhaus in Madrid und eine Eigentumswohnung in Brüssel.

1. Anwendbares Erbrecht

Hinsichtlich des auf die Erbfolge anwendbaren Rechts kann hier vollumfänglich auf die Ausführungen zu Fall 1 Ziffer 1. (= Anwendbarkeit des deutschen Rechts nach dem Grundsatz des Nachlassesinheits auch hinsichtlich des in Italien und Spanien befindlichen Grundbesitzes) bzw.

Fall 3 Ziffer 1. (= über Art. 3 Abs. 2 a EGBGB i. V. m. den Vorschriften des belgischen internationalen Privatrechts Sonderanknüpfung für den in Belgien befindlichen Grundbesitz zum belgischen Recht und im übrigen Anwendbarkeit des deutschen Rechts) verwiesen werden.

2. Internationale Zuständigkeit nach altem Recht

Auch hinsichtlich der internationalen Zuständigkeit eines deutschen Nachlassgerichts nach altem Recht wird uneingeschränkt auf die Ausführungen zu den Fällen 1 und 3 jeweils Ziffer 2. (= internationale Zuständigkeit nach dem Gleichlaufgrundsatz für das gesamte Nachlassvermögen mit Ausnahme der Eigentumswohnung in Brüssel) verwiesen.

3. Internationale Zuständigkeit nach dem FamFG

Auch hinsichtlich der internationalen Zuständigkeit eines deutschen Nachlassgerichts nach dem FamFG gelten die Ausführungen zu den Fällen 1 und 3 jeweils Ziffer 3. entsprechend (= internationale Zuständigkeit gemäß §§ 105, 343 Abs. 1 FamG aufgrund des letzten Erblasserwohnsitzes in Deutschland für das „Weltvermögen“ des Erblassers).

4. Art des zu erteilenden Erbscheins bzw. der zu erteilenden Erbscheine

Auch hier können wie bei Fall 3¹⁹³ ein Eigenrechtserbschein als allgemeiner Erbschein nach § 2353 BGB, der den gesamten, dem deutschen Recht unterliegenden Nachlass umfasst (im vorliegenden Fall insbesondere auch die Ferienhäuser in Rom und Madrid) und ein Fremdrechtserbschein auf der Grundlage des belgischen Rechts ebenfalls als allgemeiner Erbschein nach § 2353 BGB, der den gesamten in Belgien befindlichen Grundbesitz umfasst (im vorliegenden Fall insbesondere die Eigentumswohnung in Brüssel) erteilt werden. Je nach Antragstellung könnten beide Erbscheine erteilt und in einer Urkunde zusammengefasst werden oder auch nur einer der beiden Erbscheine erteilt werden (praktisch relevant wäre wohl nur die isolierte Erteilung des Eigenrechtserbscheins).¹⁹⁴ Dass in diesem Fall durch die iso-

184 Vgl. hierzu die Literaturangaben in Fn. 148.

185 Vgl. zu diesem Argument z. B. die Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung in BT-Drucks. 16/6308, S. 349; Bolkart, a.a.O. (Fn. 127), S. 274; Fröhler in Prütting/Helms (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 18), § 343 Rn. 167; Schaal, a.a.O. (Fn. 83), S. 156; Kroiß, a.a.O. (Fn. 17), S. 494; Schäuble, a.a.O. (Fn. 41), S. 202.

186 Vgl. hierzu die Ausführungen oben unter E. I., Fall 1, Ziff. 5. und dort die in Fn. 152 genannten Fundstellen.

187 Vgl. hierzu oben die Ausführungen in Fn. 163 zu E. II., Fall 2, Ziff. 5.

188 Vgl. hierzu Hustedt in Süß, a.a.O. (Fn. 28), Belgien, Rn. 119.

189 Vgl. zu den Bescheinigungen über die Erbfolge nach belgischem Recht Hustedt in Süß, a.a.O. (Fn. 28), Belgien, Rn. 115 ff.

190 Vgl. hierzu oben E. I., Fälle 1 und 2 sowie nachfolgend E. II., Fall 4, sowie allgemein zur kollisionsrechtlichen Anknüpfung ausländischer Staaten im Erbrecht Schotten/Schmellenkamp, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 430.

191 So auch Kroiß, a.a.O. (Fn. 17), S. 494.

192 Vgl. hierzu beispielhaft die verschiedenen Länderberichte in Süß, a.a.O. (Fn. 28).

193 Vgl. hierzu die Ausführungen zu E. II., Fall 3, Ziff. 4.

194 Vgl. hierzu Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 19), § 2353 Rn. 19; Schäuble, a.a.O. (Fn. 41), S. 201, 202; Fröhler in Prütting/Helms (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 18), § 343 Rn. 167; Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, a.a.O. (Fn. 88), § 2369 Rn. 3.

lierte Beantragung und Erteilung eines Eigenrechtserbscheins zwar der in Belgien befindliche Grundbesitz, nicht aber der in Italien und Spanien befindliche Grundbesitz aus dem deutschen Erbscheinsverfahren ausgeklammert wird, verstößt auch nicht gegen den Wortlaut des § 2369 BGB n. F.¹⁹⁵ Praktisch werden hier zwar nur einzelne im Ausland befindliche Nachlassgegenstände aus dem Geltungsbereich des deutschen Erbscheins herausgenommen. Dies resultiert aber nicht aus einer über den ausdrücklichen Wortlaut des § 2369 BGB n. F. hinausgehenden erweiterten Auslegung dieser Vorschrift, sondern ist die Folge der durch eine Nachlassspaltung entstehenden, rechtlich selbständigen und unabhängigen Nachlässe.¹⁹⁶

5. Gegenständlich beschränkter Erbschein nach § 2369 BGB n. F.

Auch hier wäre es, wie in Fall 3 möglich¹⁹⁷, getrennt für jeden Spaltnachlass den jeweiligen Erbschein beschränkt auf die im Inland befindlichen Nachlassgegenstände zu beantragen und zu erteilen. Auch hier müsste die gegenständliche Beschränkung im jeweiligen Erbschein (Eigenrechts- und Fremdrechtserschein) vermerkt werden.¹⁹⁸ Im Rahmen des Eigenrechtserbscheins könnten hierdurch im vorliegenden Fall aus den oben bei Fall 3 genannten Gründen auch die in Rom und Madrid befindlichen Ferienhäuser aus dem deutschen Erbscheinsverfahren herausgehalten werden. Nicht möglich wäre es aber, im Rahmen des Eigenrechtserbscheins diesen z. B. nur auf das in Madrid befindliche Ferienhaus unter Abschluss des Ferienhauses in Rom zu beschränken.¹⁹⁹ Denn dies verstieße gegen den eindeutigen Wortlaut des § 2369 BGB n. F.²⁰⁰

III. Dritte Fallgruppe: Ausländischer Erblasser – Erbfolge beurteilt sich ausschließlich nach deutschem Recht

Fall 5:

Ein niederländischer Erblasser, der seit seiner Geburt ununterbrochen in Deutschland lebt, verstirbt mit letztem Wohnsitz in Deutschland und hinterlässt lediglich bewegliches und unbewegliches Vermögen sowohl in Deutschland als auch in den Niederlanden.

1. Anwendbares Recht

Mangels vorrangiger unmittelbar anwendbarer Regelungen des europäischen Gemeinschaftsrechts bzw. mangels vorrangiger Regelungen in völkerrechtlichen Verträgen bzw. in Staatsverträgen (Art. 3 EGBGB) im Verhältnis zu den Niederlanden²⁰¹ verweist Art. 25 Abs. 1 EGBGB in Form der Gesamtverweisung auf das niederländische Recht, also auf das niederländische Recht einschließlich der Kollisionsnormen des internationalen Privatrechts (Art. 4 Abs. 1 S. 1 EGBGB).²⁰² Die entsprechenden Kollisionsnormen im niederländischen Recht finden sich im Haager Übereinkommen über das auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendende Recht vom 1. August 1989 (kurz: „Haager Erbrechtsübereinkommen“).²⁰³ Dieses Abkommen ist bislang von den Niederlanden als einzigem Staat ohne Erklärung von Vorbehalten ratifiziert worden. Das Abkommen ist somit

völkerrechtlich noch nicht in Kraft getreten. Allerdings haben die Niederlande die Regelungen des Abkommens durch das am 1. Oktober 1996 in Kraft getretene Erbrechtskollisionsgesetz (kurz: „WCERf“) in das nationale niederländische Recht übernommen. Die Regelungen des Haager Erbrechtsübereinkommens sind dadurch Teil des autonomen internationalen Privatrechts der Niederlande geworden. Der deutsche Rechtsanwender hat von daher die Bestimmungen des Abkommens in den Fällen zu beachten, in denen das deutsche internationale Privatrecht, wie im vorliegenden Fall, auf das niederländische Recht verweist.²⁰⁴ Art. 3 Abs. 2 S. 1 des Haager Erbrechtsübereinkommens verweist im vorliegenden Fall bei Divergenz von Staatsangehörigkeit und gewöhnlichem Aufenthalt des Erblassers wegen des mindestens fünfjährigen gewöhnlichen Aufenthaltes des Erblassers zum Zeitpunkt seines Todes in Deutschland grundsätzlich auf das deutsche Recht zurück²⁰⁵, welches die Rückverweisung gemäß Art. 4 Abs. 1 S. 2 EGBGB annimmt.²⁰⁶ Der Erblasser wird somit hinsichtlich seines gesamten Nachlassvermögens, insbesondere auch hinsichtlich des in den Niederlanden befindlichen Vermögens, ausschließlich nach deutschem Recht beerbt.²⁰⁷

2. Internationale Zuständigkeit nach altem Recht

Wie im Falle eines deutschen Erblassers ohne Nachlassvermögen, das besonderen kollisionsrechtlichen Rege-

195 So aber wohl Schaal, a.a.O. (Fn. 83), S. 159

196 Vgl. hierzu die Ausführungen zu D. II. und dort insbes. die Literaturangaben in Fn. 97.

197 Vgl. hierzu die Ausführungen oben unter E. II., Fall 3, Ziffer 5.

198 Vgl. hierzu die Literaturstellen in Fn. 148.

199 Zweckmäßig könnte dies durchaus sein, da der deutsche Erbschein in Spanien eine weitreichende Anerkennung erfährt als in Italien, vgl. hierzu die Ausführungen unter E. I., Fall 1, Ziff. 5.

200 So im Ergebnis auch Kroiß, a.a.O. (Fn. 17), S. 494; Fröhler, BWNNotZ, a.a.O. (Fn. 83), S. 187; Schaal, a.a.O. (Fn. 83), S. 157.

201 Vgl. zu vorrangigen Regelungen und Verträgen i.S.d. Art. 3 EGBGB Schotten/Schmellenkamp, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 260 ff., sowie zum Vorschlag der EU-Kommission für den Erlass einer Verordnung u. a. zur einheitlichen Bestimmung des Erbstatuts auf EU-Ebene Kindler, a.a.O. (Fn. 36), S. 44 ff. sowie oben die Ausführungen unter C. I.

202 Vgl. zum Begriff der Gesamtverweisung für viele Palandt/Thorn, a.a.O. (Fn. 19), Art. 4 EGBGB, Rn. 1; Schotten/Schmellenkamp, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 17.

203 Vgl. die deutsche Übersetzung dieses Abkommens in MittRhNotK 1997, 271, IPRax 2000, 53 sowie bei Brandi, Das Haager Abkommen von 1989 über das auf die Erbfolge anzuwendende Recht, 1996

204 Vgl. zum dem Haager Erbrechtsübereinkommen in einzelnen Schmellenkamp, MittRhNotK 1997, 245 ff.; Schmellenkamp/Wittkowski, Neue Entwicklungen des Internationalen Erbrechts im Verhältnis Deutschland/Niederlande; Gestaltungshinweise für die Praxis, in Notar und Rechtsgestaltung, Jubiläumsschrift des Rheinischen Notariats, Köln 1998, S. 505 ff.

205 Vgl. zum in der Praxis selten vorkommenden Ausnahmetatbestand des Art. 3 Abs. 2 S. 2 des Abkommens (= Anknüpfung an die engste Verbundenheit des Erblassers zu einem bestimmten Staat im Todeszeitpunkt) Schmellenkamp, a.a.O. (Fn. 204), S. 249.

206 Zur Annahme der Rückverweisung durch das deutsche internationale Privatrecht vgl. für viele Palandt/Thorn, a.a.O. (Fn. 19), Art. 4 EGBGB, Rn. 3; Schotten/Schmellenkamp, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 18.

207 Ebenfalls zur ausschließlichen Anwendung des deutschen Rechts durch eine vollständige Rückverweisung des ausländischen internationalen Privatrechts kommt es z. B. im Falle eines dänischen oder finnischen Erblassers; vgl. hierzu die entsprechenden Länderberichte von Ring/Olsen-Ring (Dänemark) und v. Knorre/Mincke (Finnland) in Süß, a.a.O. (Fn. 28).

lungen i. S. vom Art. 3 a Abs. 2 EGBGB unterliegt²⁰⁸, folgte die internationale Zuständigkeit der deutschen Nachlassgerichte nach altem, bis zum Inkrafttreten des FamFG geltenden Recht hier ebenfalls aus dem ungeschriebenen „Gleichlaufgrundsatz“ aufgrund der Anwendbarkeit des deutschen Erbrechts für den gesamten Nachlass des niederländischen Erblassers. Das zuständige Nachlassgericht hätte hier wie bei einem deutschen Erblasser einen allgemeinen Erbschein bzw. einen Eigenrechtserbschein gemäß § 2353 BGB erteilt, der den gesamten Nachlass des Erblassers, also auch den in den Niederlanden befindlichen Nachlass, umfasst. Eine Beschränkung auf den in Deutschland befindlichen Nachlass wäre hiernach nicht möglich gewesen, da der Erbschein nach § 2353 BGB territorial unbeschränkt war.²⁰⁹ In dem Erbschein wäre zweckmäßigerweise anzugeben gewesen, dass sich die Erbfolge aufgrund der Rückverweisung durch das niederländische Recht ausschließlich nach deutschem Erbrecht beurteilt.²¹⁰

3. Internationale Zuständigkeit nach dem FamFG

Nach dem FamFG ergibt sich die internationale Zuständigkeit für ein deutsches Nachlassgericht in diesem Fall aufgrund des Wohnsitzes des niederländischen Erblassers zum Zeitpunkt seines Todes in Deutschland wie bei einem deutschen Erblasser aus §§ 105, 343 Abs. 1 FamFG. Die internationale Zuständigkeit des deutschen Nachlassgerichts umfasst das gesamte „Weltvermögen“ des Erblassers²¹¹, also insbesondere auch das in den Niederlanden befindliche Nachlassvermögen des Erblassers.

4. Art des zu erteilenden Erbscheins bzw. der zu erteilenden Erbscheine

Das zuständige Nachlassgericht wird hier wie bei einem deutschen Erblasser ohne Nachlassvermögen, das besonderen kollisionsrechtlichen Regelungen i. S. vom Art. 3 a Abs. 2 EGBGB unterliegt, grundsätzlich einen allgemeinen und unbeschränkten, das gesamte im Inland und Ausland befindliche Nachlassvermögen umfassenden Eigenrechtserbschein nach § 2353 BGB erteilen. Wie auch nach altem Recht, sollte in dem Erbschein zweckmäßigerweise angegeben werden, dass sich die Erbfolge aufgrund der Rückverweisung durch das niederländische Recht ausschließlich nach deutschem Erbrecht beurteilt.²¹²

5. Gegenständlich beschränkter Erbschein nach § 2369 BGB n. F.

Wie bereits zu Fall 1. ausgeführt, ist die Erteilung eines auf das in Deutschland befindliche Nachlassvermögen beschränkten Erbscheins nach § 2369 Abs. 1 BGB n. F. auch im Falle der uneingeschränkten Anwendbarkeit deutschen Erbrechts möglich, und zwar unabhängig davon, ob deutsches Erbrecht unmittelbar über eine Verweisung nach Art. 25 EGBGB oder, wie im vorliegenden Fall, über eine Rückverweisung des ausländischen Rechts zur Anwendung kommt.²¹³

Da das deutsche Nachlassgericht im vorliegenden Fall kein ausländisches Erbrecht anzuwenden braucht, entfällt hier das bereits in der Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung genannte Argument der

Zeitersparnis²¹⁴ für die Zweckmäßigkeit eines gegenständlich beschränkten Erbscheins nach § 2369 BGB n. F. Erspart werden könnte hierdurch aber die Diskussion über die Ermittlungspflicht des Nachlassgerichts hinsichtlich etwaiger Nachlassgegenstände, die im Ausland belegen sind und die besonderen Vorschriften i. S. des Art. 3 a Abs. 2 EGBGB unterliegen.²¹⁵ Ob auch der Aspekt einer Kostenersparnis²¹⁶ im vorliegenden Fall für die Zweckmäßigkeit einer gegenständlichen Beschränkung des Erbscheins spricht, hängt entscheidend davon ab, ob ein deutscher Erbschein im niederländischen Nachlassverfahren ohne weitere nachlassverfahrensrechtliche Schritte anerkannt würde. Da dies wohl nicht der Fall ist²¹⁷, spricht hier vieles für eine Ausklammerung des in den Niederlanden befindlichen beweglichen und unbeweglichen Nachlassvermögens aus dem deutschen Erbscheinsverfahren gemäß § 2369 BGB n. F. mit der Folge der Anwendbarkeit der Kostenprivilegierungsvorschrift des § 107 Abs. 2 Satz 3 KostO.²¹⁸ Hingegen müssten im Falle der Anerkennung des deutschen, auch das betreffende Auslandsvermögen umfassenden Erbscheins im betreffenden ausländischen Nachlassverfahren²¹⁹ die im Rahmen des deutschen Erbscheinsverfahrens für die Erfassung auch des betreffenden Auslandsvermögens zusätzlich anfallenden Kosten im Rahmen eines allgemeinen unbeschränkten Eigenrechtserbscheins mit den hierdurch ersparten Kosten nach dem betreffenden ausländischen Nachlassverfahren verglichen und Kostennachteil und Kostenvorteil gegeneinander abgewogen werden.

IV. Vierte Fallgruppe: Ausländischer Erblasser – Erbfolge beurteilt sich ausschließlich nach ausländischem Recht

Fall 6:

Ein italienischer (alternativ: spanischer) Erblasser verstirbt mit letztem Wohnsitz in Deutschland und hinterlässt bewegliches und unbewegliches Vermögen in Deutschland sowie eine Ferienwohnung in Rom (alternativ: in Madrid).

208 Vgl. hierzu die Ausführungen oben E. I, Fall 1, Ziff. 2.

209 Vgl. hierzu die Literaturstellen in Fn. 144.

210 So auch Schotten, a.a.O. (Fn. 24), S. 189; Schotten/Schmellenkamp, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 343.

211 Vgl. hierzu die Literaturangaben oben in Fn. 145 sowie die Ausführungen oben unter C. II. 1.

212 Vgl. hierzu die Literaturangaben zuvor in Fn. 210 sowie zur neuen Rechtslage Kroiß, a.a.O. (Fn. 17), S. 495.

213 Vgl. hierzu und zur zwingenden Aufnahme der gegenständlichen Beschränkung in den Erbschein die Ausführungen unter E. I., Fall 1; Ziff. 5 sowie die Literaturangaben in Fn. 148.

214 Vgl. BT-Drucks. 16/6308, S. 349.

215 Vgl. hierzu die Ausführungen oben unter E. I., Fall 1, Ziff. 5 sowie unter D. III. am Ende.

216 Vgl. hierzu oben E. I., Fall 1. und E. II., Fall 3, jeweils Ziff. 5.

217 Die vorliegende deutschsprachige Literatur nimmt – soweit ersichtlich – hierzu nicht eindeutig Stellung; Weber in Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 157), Niederlande, Rn. 42 ff. stellt nur umgekehrt dar, dass die gemäß Art. 4:188 Burgerlijk Wetboek geregelte notarielle Erbbscheinigung den von einem deutschen Gericht ausgestellten Erbschein, insbesondere für das deutsche Grundbuchamt, nicht ersetzen kann.

218 Vgl. hierzu oben E. II., Fall 3. Ziff. 5.

219 So z. B. im Falle eines finnischen Erblassers; vgl. hierzu Knorre u. Mincke in Süß, a.a.O. (Fn. 28), Finnland, Rn. 127, 128.

Fallvariante: Der spanische Erblasser hinterlässt zusätzlich noch eine Eigentumswohnung in Brüssel.

1. Anwendbares Recht

Art. 25 Abs. 1 EGBGB verweist im Ausgangsfall mangels vorrangiger unmittelbar anwendbarer Regelungen des europäischen Gemeinschaftsrechts bzw. mangels vorrangiger Regelungen in völkerrechtlichen Verträgen bzw. in Staatsverträgen (Art. 3 EGBGB) im Verhältnis zu Italien (bzw. Spanien)²²⁰ aufgrund der italienischen (bzw. spanischen) Staatsangehörigkeit des Erblassers in Form der Gesamtverweisung auf das italienische (bzw. spanische) Recht einschließlich der Kollisionsnormen des internationalen Privatrechts (Art. 4 Abs. 1 S. 2 EGBGB).²²¹ Auch das italienische Recht gemäß Art. 46 Abs. 1 des italienischen IPR-Gesetzes vom 31. Mai 1995 und das spanische Recht gemäß Art. 9.8 des Spanischen Código Civil knüpfen jeweils die Rechtsnachfolge von Todes wegen an das Heimatrecht des Erblassers an, ohne zwischen beweglichen und unbeweglichen Vermögenswerten zu unterscheiden.²²² Das italienische (bzw. das spanische) internationale Privatrecht nimmt somit die Verweisung an. Der Erblasser wird von daher im vorliegenden Ausgangsfall hinsichtlich seines gesamten in Deutschland und Italien (bzw. Spanien) befindlichen – Nachlassvermögens nach italienischem (bzw. spanischem) Recht beerbt.

In der Fallvariante ist zu beachten, dass die Gesamtverweisung des deutschen Kollisionsrechts auf ein ausländisches Gesamtstatut (hier das italienische Recht) im Einzelfall gemäß Art. 3 a Abs. 2 EGBGB für solche Nachlassgegenstände eingeschränkt sein kann, die sich in einem Staat befinden, der eine kollisionsrechtliche Spaltung zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen vornimmt und in diesem Rahmen die Erbfolge in das unbewegliche Vermögen an den Belegenheitsort der Sache anknüpft.²²³ Wie bereits in Fall 3 dargestellt²²⁴, unterscheidet das belgische Recht zwischen beweglichem und unbeweglichem Nachlassvermögen und knüpft die Erbfolge in bewegliches Vermögen an den letzten gewöhnlichen Wohnsitz bzw. Wohnort des Erblassers und die Erbfolge in das unbewegliche Vermögen an das Recht des Belegenheitsortes der Sache an. Folge ist somit, dass der spanische Erblasser aus deutscher Sicht hinsichtlich der in Belgien befindlichen Eigentumswohnung nach belgischem Recht und nicht nach spanischem Recht beerbt wird, obwohl es im spanischen Recht keine der Regelung des Art. 3 a Abs. 2 EGBGB entsprechende Vorschrift gibt.²²⁵

2. Internationale Zuständigkeit nach altem Recht

Nach altem, bis zum Inkrafttreten des FamFG geltenden Recht folgte die internationale Zuständigkeit der deutschen Nachlassgerichte mangels Anwendbarkeit des deutschen Rechts und somit mangels Einschlägigkeit des Gleichlaufgrundsatzes aus § 2369 BGB a.F., und zwar nur für die im Inland, also in Deutschland befindlichen Nachlassgegenstände. Für die in Italien (bzw. Spanien) und Belgien befindlichen Immobilien hätte somit im vorliegenden Fall keine internationale Zuständigkeit eines deutschen Nachlassgerichts bestanden. Das zuständige Nachlassgericht hätte hier einen gegenständlich

bzw. territorial beschränkten Fremdrechtserschein erteilt, der sowohl die Angabe des anwendbaren Erbrechts als auch eine Geltungsbeschränkung im Hinblick auf das in Deutschland befindliche Nachlassvermögen enthalten musste.²²⁶

3. Internationale Zuständigkeit nach dem FamFG

Nach dem FamFG folgt die internationale Zuständigkeit der örtlichen Zuständigkeit und ergibt sich somit in diesem Fall für ein deutsches Nachlassgericht unbeschadet der ausschließlichen Anwendbarkeit ausländischen Erbrechts aufgrund des Wohnsitzes des Erblassers zum Zeitpunkt seines Todes in Deutschland aus §§ 105, 343 Abs. 1 FamFG. Die internationale Zuständigkeit des deutschen Nachlassgerichts umfasst das gesamte „Weltvermögen“ des Erblassers²²⁷, also insbesondere auch das in Italien (bzw. Spanien) sowie in Belgien befindliche Nachlassvermögen des Erblassers.

4. Art des zu erteilenden Erbscheins bzw. der zu erteilenden Erbscheine

Das zuständige deutsche Nachlassgericht wird im Ausgangsfall einen allgemeinen und unbeschränkten, das gesamte im Inland und Ausland befindliche Nachlassvermögen umfassenden Fremdrechtserschein nach § 2353 BGB erteilen.²²⁸ In diesem Erbschein ist das anwendbare ausländische Recht anzugeben.²²⁹

In der Fallvariante sind zwei Fremdrechtserscheine zu erteilen, die jeweils das anzuwendende ausländische Recht (spanisches bzw. belgisches Recht) anzugeben haben. Außerdem sollte der auf der Grundlage des spanischen Rechts zu erteilende Fremdrechtserschein klarstellend den Geltungsausschluss hinsichtlich des in Belgien belegenen Grundbesitzes enthalten, während der auf der Grundlage des belgischen Rechts zu erteilende Fremdrechtserschein klarstellend eine ausdrückliche

220 Vgl. die Ausführungen oben E. I., Fall 1., Ziff. 1.

221 Vgl. zum Begriff der Gesamtverweisung oben Fn. 202.

222 Vgl. zum italienischen Recht und zur deutschen Übersetzung der genannten Vorschrift Stadler in Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 157), Italien, Texte A I 2 und C I Rn. 12 und Cubeddu/Wiedemann/Wiedemann in Süß, a.a.O. (Fn. 28), Italien, Rn. 1; vgl. zum spanischen Recht und zur deutschen Übersetzung der genannten Vorschrift Hierneis in Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 157), Spanien, Texte A I 2 und C I Rn. 31 und Löber/Husel in Süß, a.a.O. (Fn. 28), Spanien, Rn. 4.

223 Das ausländische Einzelstatut bricht somit nicht nur deutsches, sondern auch ausländisches Gesamtstatut; vgl. hierzu Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 157), Einführung Rn. 19; Schotten/Schmellenkamp, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 21.

224 Vgl. hierzu die Ausführungen oben unter E. II., Fall 3., Ziff. 1.

225 Vgl. die in Fn. 223 genannten Literaturangaben.

226 Vgl. zur Erteilung eines gegenständlich beschränkten Fremdrechtserscheins nach altem Recht gemäß § 2369 BGB a.F. z.B. Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 9), § 2369 Rn. 1; MünchKommJ. Mayer, a.a.O. (Fn. 6), § 2369 Rn. 1 ff.; 21 ff.; Schotten/Schmellenkamp, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 340, 344.

227 Vgl. hierzu Keidel/Zimmermann, a.a.O. (Fn. 5), § 343 Rn. 51; Fröhler in Prütting/Helms (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 18), § 343 Rn. 149; Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 19); § 2353, Rn. 20; Kroiß, a.a.O. (Fn. 17), S. 494 sowie die Ausführungen oben unter C. II. 1.

228 Vgl. Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 19), § 2353 Rn. 20; Schäuble, a.a.O. (Fn. 41), S. 201; Keidel/Zimmermann, § 343, Rn. 51; Schulte-Bunert/Weinreich (Hrsg.)/Baetge, a.a.O. (Fn. 38), § 105 Rn. 20; Bolkart, a.a.O. (Fn. 127), S. 274; Schaal, a.a.O. (Fn. 83), S. 155.

229 So auch Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 19), § 2353 Rn. 20, § 2369, Rn. 3; Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, a.a.O. (Rn. 88), § 2369 Rn. 7; Kroiß, a.a.O. (Fn. 17), S. 495.

Geltungsbeschränkung hinsichtlich des in Belgien belegenen Grundbesitzes enthalten sollte. Die vorgenannten Geltungsvermerke gewinnen dann eine besondere Bedeutung, wenn im vorliegenden Fall isoliert lediglich einer der in Betracht kommenden Fremdrechtserscheine beantragt würde, was rechtlich möglich ist. In diesem Fall wäre ein entsprechender Geltungsvermerk zwingend.²³⁰ Die Möglichkeit der isolierten Erteilung eines Fremdrechtserscheins hat nichts mit einer gegenständlichen Beschränkung gemäß § 2369 BGB n.F. zu tun²³¹, sondern sie ist eine unmittelbare Folge der durch die Anwendung verschiedener ausländischer Rechtsordnungen entstehenden Nachlassspaltung, da dadurch der jeweilige Nachlass, der einer eigenen Rechtsordnung unterliegt, als selbständiger Nachlass angesehen und so behandelt wird, als ob er der gesamte Nachlass wäre.²³² Die isolierte Beantragung und Erteilung nur eines Fremdrechtserscheins auf der Grundlage des spanischen Rechts wäre hier auch neben den nachfolgend unter Ziffer 5. genannten Gründen zweckmäßig, da dieser Erbschein im Rahmen des spanischen, den in Spanien befindlichen Grundbesitz betreffenden Nachlassverfahrens anerkannt würde, während die Erteilung eines weiteren Fremdrechtserscheins auf der Grundlage des belgischen Rechts im Rahmen des belgischen, den in Belgien befindlichen Grundbesitz betreffenden Nachlassverfahrens nicht anerkannt würde.²³³

5. Gegenständlich beschränkter Erbschein nach § 2369 BGB n.F.

Die Erteilung eines auf das in Deutschland befindliche Nachlassvermögen beschränkten Erbscheins nach § 2369 Abs. 1 BGB n.F. ist insbesondere auch im Falle der uneingeschränkten Anwendbarkeit ausländischen Erbrechts möglich.²³⁴ Die Beschränkung auf das in Deutschland befindliche Nachlassvermögen ist zwingend im Erbschein zu vermerken.²³⁵

Im Ausgangsfall lässt sich als Zweckmäßigkeitsargument für eine gegenständliche Beschränkung gemäß § 2369 BGB n.F. zwar nicht die in der Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung in erster Linie genannte Zeitersparnis für die nicht erforderliche Ermittlung der Erbfolge für den im Ausland belegenen Nachlass anführen²³⁶, da hier das ausländische Erbrecht (das italienische bzw. spanische Recht) auch für den in Deutschland befindlichen Nachlass Anwendung findet und im deutschen Nachlassverfahren ohnehin das ausländische Recht zu ermitteln ist. Für eine gegenständliche Beschränkung spricht aber wiederum²³⁷, dass sich das zuständige deutsche Nachlassgericht die ihm obliegende und unter Umständen sehr zeitaufwendige Prüfung erspart, ob und in welchem Staat der Erblasser Nachlassgegenstände hinterlassen hat, die besonderen Vorschriften i.S. des Art. 3 a Abs. 2 EGBGB unterliegen²³⁸, da es im Falle des Vorhandenseins solcher Nachlassgegenstände – wie die Fallvariante verdeutlicht – noch zur Anwendung einer weiteren ausländischen Rechtsordnung kommen kann, die einen weiteren Prüfungsaufwand des Nachlassgerichts nach sich zöge. Ob zusätzlich auch der Aspekt der Kostenersparnis gemäß § 107 Abs. 2 Satz 3 KostO²³⁹ für eine gegenständliche Beschränkung des Erbscheins spricht, hängt wiederum²⁴⁰ entscheidend davon ab, ob ein deutscher, auch den im

Ausland befindlichen Nachlass umfassender Erbschein in dem betreffenden Staat ohne weitere nachlassverfahrensrechtliche Schritte anerkannt würde. Während im Falle des italienischen Erblassers mit Grundbesitz auch in Italien der allgemeine und unbeschränkte deutsche Erbschein nicht die Beschaffung eines zusätzlichen Erbnachweises auf der Grundlage des italienischen Rechts ersparen würde²⁴¹ und von daher in diesem Fall auch das Kostenargument für die Beschränkung des Erbscheins auf das in Deutschland befindliche Vermögen spräche, würde im Falle des spanischen Erblassers mit Grundbesitz auch in Spanien aufgrund der vollen Beweiskraft des deutschen Erbscheins in Spanien grundsätzlich ein zusätzlicher spanischer Erbnachweis erspart²⁴², so dass dann die im Rahmen des deutschen Erbscheinsverfahrens für die Erfassung auch des spanischen Grundbesitzes zusätzlich anfallenden Kosten (Erteilung eines allgemeinen unbeschränkten Erbscheins) mit den hierdurch ersparten Kosten nach dem spanischen Nachlassverfahren verglichen und Kostennachteil und Kostenvorteil gegeneinander abgewogen werden müssten.

In der Fallvariante hingegen könnte durch eine gegenständliche Beschränkung zumindest die Ermittlung des belgischen Rechts erspart werden. Dies kann aber – wie unter Ziffer 4. gezeigt – bereits dadurch erreicht werden, dass nur die Erteilung eines Fremdrechtserscheins auf der Grundlage des spanischen Rechts beantragt wird. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass für in Belgien befindliches unbewegliches Nachlassvermögen die Anerkennung eines deutschen Erbscheins als Ausweis für die Erbsprüche nicht in Frage kommt, da für das in Belgien belegene Immobilienvermögen gemäß Art. 77 IPRG die belgischen Gerichte zuständig sind.²⁴³

Zusammenfassend bietet sich im Ausgangsfall für den italienischen Erblasser eher die Beantragung und Erteilung eines gegenständlich beschränkten Fremd-

230 Vgl. hierzu die entsprechenden Ausführungen zu D. II. und E. II., Fall 3., Ziff. 4. sowie die Literaturangaben in Fn. 113.

231 So wohl aber Schaal, a.a.O. (Fn. 83), S. 157.

232 Vgl. hierzu die Ausführungen oben unter E. II., Fall 3. Ziff. 4 sowie D. II. und dort insbes. Fn. 97.

233 Vgl. zur Anerkennung eines jeweils von einem deutschen Nachlassgericht erteilten Fremdrechtserscheins im jeweiligen Nachlassverfahren in Spanien oben E. I., Fall 1. Ziff. 5. sowie in Belgien nachfolgend Ziffer 5. und unten E. V., Fall 9 Ziff. 5.

234 Vgl. hierzu Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 19), § 2369 Rn. 1, Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, a.a.O. (Rn. 88), § 2369 Rn. 1, 3; Schäuble, a.a.O. (Rn. 41), S. 201; Kroiß, a.a.O. (Fn. 17), S. 495; Fröhler, BWNotZ, a.a.O. (Fn. 83), S. 187 sowie oben D. III.

235 So auch Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 19), § 2369 Rn. 3; Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, a.a.O. (Rn. 88), § 2369 Rn. 7; Kroiß, a.a.O. (Fn. 17), S. 495 sowie oben Fn. 148.

236 Vgl. BT-Drucks. 16/6308, S. 349.

237 Wie auch in den zuvor behandelten Fällen vgl. z. B. E. I., Fall 1, E. II., Fall 3, E. III., Fall 5, jeweils Ziffer 5.

238 Vgl. hierzu die Ausführungen oben unter D. III. am Ende.

239 Vgl. hierzu oben E. I., Fall 1 und E. II., Fall 3, jeweils Ziffer 5. und insbesondere die Ausführungen in Fn. 152.

240 Wie auch in den zuvor behandelten Fällen 1 und 4; vgl. oben E. I., Fall 1 und E. II., Fall 4, jeweils Ziffer 5.

241 Vgl. hierzu oben die Ausführungen zu E. I., Fall 1, Ziff. 5.

242 Vgl. hierzu oben die Ausführungen zu E. I., Fall 1, Ziff. 5.

243 Vgl. zur deutschen Fassung des Textes des Art. 77 IPRG Hustedt/Genkin in Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 157), Belgien, Texte A. I. sowie zur Problematik der Nicht-Anerkennung deutscher Erbscheine im Hinblick auf Immobilien in Belgien Hustedt in Süß, a.a.O. (Fn. 28), Belgien, Rn. 120.

rechtserbscheins gemäß § 2369 BGB n.F. und für den spanischen Erblasser die Beantragung und Erteilung eines allgemeinen und unbeschränkten Fremdrechterscheins gemäß § 2353 BGB an. In der Fallvariante bietet sich die isolierte Beantragung und Erteilung eines Fremdrechterscheins auf der Grundlage des spanischen Rechts an, wodurch der in Belgien befindlichen Grundbesitz aus dem deutschen Nachlassverfahren ausgeklammert würde. Sollte es aber z. B. hinsichtlich der Ferienwohnung in Spanien Rechtsstreitigkeiten geben, die in Spanien anhängig sind bzw. behandelt werden, könnte es sich zusätzlich empfehlen, den isoliert zu beantragenden Fremdrechterschein auf der Grundlage des spanischen Rechts noch gemäß § 2369 BGB n.F. gegenständig auf den in Deutschland befindlichen Nachlass zu beschränken, um so auch die Ferienwohnung in Madrid aus dem deutschen Nachlassverfahren auszuklammern.

Fall 7:

Wie Fall 6, nur der italienische Erblasser hinterlässt lediglich Nachlassvermögen in Italien, jedoch kein Nachlassvermögen in Deutschland.

1. Anwendbares Recht

Hinsichtlich des auf die Erbfolge anwendbaren Rechts kann hier vollumfänglich auf die Ausführungen zu Fall 6 verwiesen werden.²⁴⁴ Der italienische Erblasser wird somit hinsichtlich seines gesamten in Italien befindlichen Nachlassvermögens nach italienischem Recht beerbt.

2. Internationale Zuständigkeit nach altem Recht

Eine internationale Zuständigkeit der deutschen Nachlassgerichte war in diesem Fall nach altem, bis zum Inkrafttreten des FamFG geltenden Recht nicht gegeben, und zwar mangels Anwendbarkeit des deutschen Rechts weder nach dem Gleichlaufgrundsatz für die Erteilung eines unbeschränkten Eigenrechtserbscheins gemäß § 2353 BGB, noch mangels Vorhandenseins von im Inland, also in Deutschland befindlichen Nachlassgegenständen gemäß § 2369 BGB a.F. für die Erteilung eines gegenständig bzw. territorial beschränkten Fremdrechterscheins.

3. Internationale Zuständigkeit nach dem FamFG

Nach dem FamFG folgt die internationale Zuständigkeit hier für ein deutsches Nachlassgericht – wie in Fall 6²⁴⁵ – aufgrund des Wohnsitzes des Erblassers zum Zeitpunkt seines Todes in Deutschland aus §§ 105, 343 Abs. 1 FamFG.

Fraglich ist, ob in diesem Fall, in dem sich sämtliche Nachlassgegenstände des Erblassers im Ausland befinden, ein Rechtsschutzbedürfnis für die Erteilung eines allgemeinen deutschen Fremdrechterscheins gemäß § 2353 BGB besteht, ob dieses vom Antragsteller darzulegen und vom zuständigen deutschen Nachlassgericht zu prüfen ist.²⁴⁶ Wie zuvor bereits ausgeführt²⁴⁷, wird zwar von Teilen der aktuellen Literatur zur neuen Rechtslage nach dem FamFG für die Erteilung eines Erbscheins mit Auslandsbezug, zumindest in den Fällen, in denen sich die internationale Zuständigkeit aus dem Aufenthalt des Erblassers oder aus der Belegenheit der

Nachlassgegenstände ergibt, ein hinreichender Inlandsbezug als Grundlage für ein ausreichendes Rechtsschutzbedürfnis gefordert.²⁴⁸ Nach der hier vertretenen, zuvor dargelegten Auffassung²⁴⁹ kann und darf aber nicht über die „Hintertür“ der Verneinung eines Rechtsschutzbedürfnisses oder eines hinreichenden Inlandsbezuges im Einzelfall die durch das FamFG geschaffene erweiterte internationale Zuständigkeit der deutschen Nachlassgerichte wieder quasi „beliebig“ eingeengt werden. Dies würde auch zu einer großen Rechtsunsicherheit führen, da die Grenze für einen ausreichenden Inlandsbezug bzw. für ein ausreichendes Rechtsschutzinteresse kaum sinnvoll zu ziehen wäre.²⁵⁰ Abgesehen davon werden die Fälle, in denen z. B. der Erblasser auf einer Urlaubsreise in Deutschland unter Hinterlassung nur „einer Reisetasche mit Brille und Geldbeutel“ verstirbt, praktisch über die Kostenfrage gelöst werden. Denn ein Erbe wird wohl kaum einen allgemeinen Fremdrechterschein vor einem international zuständigen deutschen Nachlassgericht beantragen, wenn der so erteilte Erbschein im Heimatstaat des Erblassers bzw. in dem Staat, in dem sich die Nachlassgegenstände befinden, nicht anerkannt wird und so in dem betreffenden Staat weitere Nachlassverfahrenskosten anfallen würden.²⁵¹

Im Ergebnis ist somit im vorliegenden Fall zwar die internationale Zuständigkeit eines deutschen Nachlassgerichts gegeben, und auch ein entsprechendes Rechtsschutzbedürfnis für die Beantragung eines Erbscheins kann nicht verneint werden. Dies würde im konkreten Fall auch von den Literaturstimmen, die einen hinreichenden Inlandsbezug fordern, so gesehen, weil diese im Falle des inländischen Wohnsitzes des Erblassers den hinreichenden Inlandsbezug stets als gegeben ansehen.²⁵² Nach der hier vertretenen Auffassung wäre die internationale Zuständigkeit aber auch dann gegeben gewesen, wenn der Erblasser nur auf der Durchreise in Deutschland verstorben wäre und/oder nur unwesentliche Vermögenswerte in Deutschland hinterlassen hätte. Da aber im vorliegenden Fall, wie zuvor bereits ausgeführt, der deutsche Erbschein hinsichtlich des Nachlassvermögens in Italien nicht die Beschaffung eines zusätzlichen Erbnachweises auf der Grundlage des italienischen Rechts erspart²⁵³, wird die Beantragung eines Erbscheins vor den deutschen Nachlassgerichten in diesem Fall praktisch nicht relevant sein.

4. Art des zu erteilenden Erbscheins bzw. der zu erteilenden Erbscheine

Das zuständige Nachlassgericht wird hier grundsätzlich einen allgemeinen und unbeschränkten, das gesamte im Ausland befindliche Nachlassvermögen umfassenden

244 Vgl. oben E. IV., Fall 6, Ziff. 1.

245 Vgl. hierzu oben E. IV., Fall 6, Ziff. 3.

246 So z. B. Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 19), § 2369 Rn. 1.

247 Vgl. hierzu oben die Ausführungen unter C. III.

248 Vgl. die Literaturangaben oben unter Fn. 77.

249 Vgl. hierzu oben C. III.

250 So im Ergebnis auch Schulte-Bunert/Weinreich (Hrsg.)/Baetge, a.a.O. (Fn. 38), § 105 Rn. 9.

251 So zurecht Zimmermann, a.a.O. (Fn. 71), S. 57.

252 Vgl. Schäuble, a.a.O. (Fn. 41), S. 206 und darauf Bezug nehmend Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 19), § 2353, Rn. 10.

253 Vgl. oben E. I. Fall 1, Ziff. 5.

Fremdrechtserbschein nach § 2353 BGB erteilen. In diesem Erbschein ist das anwendbare ausländische Recht anzugeben.²⁵⁴

5. Gegenständlich beschränkter Erbschein nach § 2369 BGB n. F.

Mangels Vorhandenseins von Nachlassgegenständen im Inland kommt hier die Beantragung und Erteilung eines gegenständlichen Erbscheins gemäß § 2369 BGB n. F. von vornherein nicht in Betracht. Sollte dennoch ein entsprechender Erbschein beantragt werden, wäre der Antrag entsprechend der Rechtslage des § 2369 BGB a. F. vor Inkrafttreten des FamFG, mangels Vorliegens eines Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig.²⁵⁵

Fall 8:

Ein italienischer Erblasser verstirbt in Rom mit letztem Wohnsitz in Italien und hinterlässt nur bewegliches und unbewegliches Nachlassvermögen in Italien, jedoch kein Nachlassvermögen in Deutschland.

1. Anwendbares Recht

Hinsichtlich des auf die Erbfolge anwendbaren Rechts kann hier vollumfänglich auf die Ausführungen zu Fall 6 verwiesen werden.²⁵⁶ Der Erblasser wird somit aufgrund seiner italienischen Staatsangehörigkeit unabhängig vom letzten Wohnsitz und Aufenthalt hinsichtlich seines gesamten in Italien befindlichen Nachlassvermögens nach italienischem Recht beerbt.

2. Internationale Zuständigkeit nach altem Recht

Eine internationale Zuständigkeit der deutschen Nachlassgerichte war in diesem Fall nach altem, bis zum Inkrafttreten des FamFG geltenden Recht – wie auch in Fall 7²⁵⁷ nicht gegeben, und zwar mangels Anwendbarkeit des deutschen Rechts weder nach dem Gleichlaufgrundsatz für die Erteilung eines unbeschränkten Eigenrechtserbscheins gemäß § 2353 BGB noch mangels Vorhandenseins von in Deutschland befindlichen Nachlassgegenständen gemäß § 2369 BGB a. F. für die Erteilung eines gegenständlich bzw. territorial beschränkten Fremdrechtserbscheins.

3. – 5. Kein Internationale Zuständigkeit nach dem FamFG, keine Erteilung eines allgemeinen oder gegenständlich beschränkten Erbscheins

In diesem Fall ist auch – als einer der wenigen denkbaren Fälle – nach den aktuellen Vorschriften des FamFG keine internationale Zuständigkeit gegeben. Weder hatte der ausländische Erblasser seinen Wohnsitz oder Aufenthalt zum Zeitpunkt des Erbfalls im Inland, also in Deutschland, noch hat er Nachlassvermögen in Deutschland hinterlassen.²⁵⁸

Demgemäß kommt auch weder die Erteilung eines allgemeinen und unbeschränkten Fremdrechtserbscheins gemäß § 2353 BGB noch die Erteilung eines beschränkten Fremdrechtserbscheins gemäß § 2369 BGB n. F. in Betracht.

V. Fünfte Fallgruppe: Ausländischer Erblasser – Erbfolge beurteilt sich zum Teil nach deutschem und zum Teil nach ausländischem Recht

Fall 9:

Ein belgischer (alternativ: ein französischer) Erblasser verstirbt mit letztem Wohnsitz in Deutschland und hinterlässt bewegliches und unbewegliches Vermögen sowohl in Deutschland als auch in Belgien (alternativ: in Frankreich).

Variante: Der belgische Erblasser hinterlässt zusätzlich noch eine Ferienwohnung in Rom.

1. Anwendbares Recht

Art. 25 Abs. 1 EGBGB verweist mangels vorrangiger unmittelbar anwendbarer Regelungen des europäischen Gemeinschaftsrechts bzw. mangels vorrangiger Regelungen in völkerrechtlichen Verträgen bzw. in Staatsverträgen (Art. 3 EGBGB) im Verhältnis zu Belgien (bzw. Frankreich) aufgrund der belgischen (bzw. französischen) Staatsangehörigkeit des Erblassers in Form der Gesamtverweisung auf das belgische (bzw. französische) Recht einschließlich der Kollisionsnormen des internationalen Privatrechts (Art. 4 Abs. 1 S. 1 EGBGB).²⁵⁹ Das belgische und das französische internationale Privatrecht unterscheiden im Rahmen der erbrechtlichen Anknüpfung jeweils zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen. So knüpft das belgische Recht gemäß Art. 78 § 1 des belgischen IPR-Gesetzes vom 16. Juli 2004 (kurz: IPRG) für das bewegliche Nachlassvermögen an den letzten Erblasserwohnsitz bzw. Wohnort und gemäß Art. 78 § 2 IPRG für das unbewegliche Nachlassvermögen an den Belegenheitsort der Sache (= Grundsatz der „lex rei sitae“) an.²⁶⁰ Hinsichtlich des gesamten in Deutschland und Belgien befindlichen beweglichen Vermögens verweist das belgische Recht somit aufgrund des letzten Erblasserwohnsitzes in Deutschland auf das deutsche Recht zurück, welches die Rückverweisung gemäß Art. 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB annimmt.²⁶¹ Hinsichtlich des in Deutschland befindlichen unbeweglichen Vermögens wird ebenfalls vom belgischen Recht auf das deutsche Recht zurückverwiesen, welches auch diese Rückverweisung gemäß Art. 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB annimmt. Hinsichtlich des in Belgien befindlichen unbe-

254 Vgl. die Ausführungen oben E. IV., Fall 6, Ziff. 4.

255 Vgl. hierzu die Rechtsprechungsangaben in Fn. 76 zur alten Rechtslage.

256 Vgl. oben E. IV., Fall 6, Ziff. 1.

257 Vgl. oben E. IV., Fall 7, Ziff. 2.

258 Maßgebender Zeitpunkt für die Begründung der internationalen Zuständigkeit gemäß §§ 105, 343 Abs. 3 FamFG ist nicht der Erbfall, sondern der Tag, an dem das Nachlassgericht mit der Sache befasst wird; vgl. Keidel/Zimmermann, a.a.O. (Fn. 5), § 343 Rn. 74; Fröhler in Prütting/Helms (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 18), § 343 Rn. 92 so wie oben die Ausführungen unter C. II. 2.

259 Vgl. zum Begriff der Gesamtverweisung oben Fn. 202.

260 Vgl. zum belgischen internationalen Privatrecht und zur deutschen Übersetzung der genannten Vorschriften Hustedt/Genkin in Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 157), Belgien, Texte A. I., C I. Rn. 11 ff. sowie Hustedt in Süß, a.a.O. (Fn. 28), Belgien, Rn. 3 ff.

261 Vgl. zur Annahme von Rückverweisungen ausländischer Rechtsordnungen, unabhängig davon, wie das ausländische Recht die Verweisungen einordnet, für viele z. B. Palandt/Thorn, a.a.O. (Fn. 19), Art. 4 EGBGB, Rn. 3; Schotten/Schmellenkamp, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 18.

weglichen Vermögens nimmt das belgische Recht hingegen die Verweisung an.

Die Anknüpfung im französischen Recht läuft parallel zum belgischen Recht. So knüpft das französische Recht entsprechend dem Grundsatz „mobilia sequuntur personam“ für das bewegliche Nachlassvermögen an den letzten Erblasserwohnsitz und gemäß Art. 3 Abs. 2 des französischen Code Civil (kurz: C.C.) für das unbewegliche Nachlassvermögen nach dem Grundsatz der „lex rei sitae“ an den Belegenheitsort der Sache an.²⁶² Wie im Falle des belgischen Erblassers verweist auch im Falle des französischen Erblassers das französische Recht sowohl hinsichtlich des gesamten in Deutschland und Frankreich befindlichen beweglichen Vermögens als auch hinsichtlich des in Deutschland befindlichen unbeweglichen Vermögens auf das deutsche Recht zurück, welches die Rückverweisung gemäß Art. 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB annimmt. Hinsichtlich des in Frankreich befindlichen unbeweglichen Vermögens nimmt das französische Recht hingegen die Verweisung an.

Der belgische (bzw. der französische) Erblasser wird somit im vorliegenden Ausgangsfall hinsichtlich seines gesamten beweglichen Vermögens und seines in Deutschland befindlichen unbeweglichen Vermögens nach deutschem Recht und hinsichtlich seines in Belgien (bzw. Frankreich) befindlichen unbeweglichen Vermögens nach belgischem (bzw. französischem) Recht beerbt.

In der Fallvariante verweist das über Art. 25 Abs. 1 EGBGB in Form der Gesamtverweisung berufene belgische Recht gemäß Art. 78 § 2 Satz 1 IPRG aufgrund der Belegenheit der Ferienwohnung in Rom diesbezüglich weiter auf das italienische Recht.²⁶³ Ob es sich bei dieser Weiterverweisung um eine Gesamtverweisung oder eine Sachnormverweisung²⁶⁴ handelt, entscheidet hier das belgische Kollisionsrecht. Hiernach handelt es sich gemäß Art. 16 IPRG bei Verweisungen auf andere Rechtsordnungen vorbehaltlich anderweitiger gesetzlicher Regelungen grundsätzlich um Sachnormverweisungen, also um Verweisungen auf das betreffende ausländische Recht unter Ausschluss der Regelungen des Internationalen Privatrechts.²⁶⁵ Da im vorliegenden Fall auch die umstrittene Ausnahmevorschrift des Art. 78 § 2 Satz 2 IPRG nicht greift²⁶⁶, ist hier für die in Rom befindliche Ferienwohnung aus deutscher Sicht italienisches Recht anwendbar. In der Fallvariante kommen also insgesamt drei verschiedene Rechtsordnungen, die deutsche, die belgische und die italienische Rechtsordnung, zur Anwendung.

2. Internationale Zuständigkeit nach altem Recht

Nach altem, bis zum Inkrafttreten des FamFG geltenden Recht folgte die internationale Zuständigkeit der deutschen Nachlassgerichte hier aus dem ungeschriebenen „Gleichlaufgrundsatz“ aufgrund der Anwendbarkeit des deutschen Erbrechts. Die internationale Zuständigkeit bestand aber in diesem Fall nur insoweit, wie deutsches materielles Recht die Erbfolge bestimmte. Die internationale Zuständigkeit hätte somit in diesem Fall nicht das in Belgien (bzw. in Frankreich) oder in Italien befindliche unbewegliche Vermögen umfasst.²⁶⁷ Das zuständige Nachlassgericht hätte hier einen allgemeinen Erbschein bzw. Eigenrechtserbschein gemäß § 2353

BGB, der nicht das außerhalb Deutschland befindliche unbewegliche Vermögen umfasst, erteilt. In dem Erbschein wäre anzugeben gewesen, dass sich die Erbfolge aufgrund der Rückverweisung durch das belgische (bzw. französische) Recht hinsichtlich des gesamten beweglichen Vermögens und hinsichtlich des unbeweglichen Vermögens in Deutschland nach deutschem Recht beurteilt²⁶⁸ und dass der Erbschein nicht das außerhalb Deutschland befindliche unbewegliche Nachlassvermögen umfasst.²⁶⁹

3. Internationale Zuständigkeit nach dem FamFG

Nach dem FamFG folgt die internationale Zuständigkeit der örtlichen Zuständigkeit und ergibt sich für ein deutsches Nachlassgericht auch in diesem Fall aufgrund des Wohnsitzes des Erblassers zum Zeitpunkt seines Todes in Deutschland aus §§ 105, 343 Abs. 1 FamFG, und zwar unabhängig von der Anwendbarkeit verschiedener Rechtsordnungen auf die Erbfolge nach dem belgischen bzw. französischen Erblasser. Auch hier umfasst die internationale Zuständigkeit des deutschen Nachlassgerichts das gesamte „Weltvermögen“ des Erblassers²⁷⁰, also insbesondere auch das in Belgien bzw. Frankreich und in einem dritten Staat (hier Italien) befindliche bewegliche und unbewegliche Nachlassvermögen des Erblassers.

4. Art des zu erteilenden Erbscheins bzw. der zu erteilenden Erbscheine

Dieser Fall ist in der Ausgangsvariante insoweit mit der Konstellation in Fall 3 (deutscher Erblasser mit Grund-

262 Vgl. zum französischen internationalen Privatrecht und zur deutschen Übersetzung der genannten Vorschrift Ferid in Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 157), Frankreich, Texte A. I. 1., C. I. Rn. 6 ff. sowie Döbereiner in Süß, a.a.O. (Fn. 28), Frankreich, Rn. 2.

263 Vgl. zum Begriff der Weiterverweisung für viele Palandt/Thorn, a.a.O. (Fn. 19), Art. 4 EGBGB, Rn. 1, 3; Schotten/Schmellenkamp, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 19.

264 Vgl. zum Begriff der Sachnormverweisung den neuen Art. 3 a Abs. 1 EGBGB: Hiernach beziehen sich Verweisungen auf Sachvorschriften auf die Rechtsnormen der maßgebenden Rechtsordnung unter Ausschluss derjenigen des Internationalen Privatrechts; vgl. zum Begriff auch Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 19), Art. 3 a EGBGB, Rn. 2 sowie Schotten/Schmellenkamp, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 22.

265 Vgl. zum Wortlaut des Art. 16 IPRG und zur Sachnormverweisung nach dem belgischen Recht Hustedt/Genkin in Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 157), Belgien, Texte A. I., C. I. Rn. 37 sowie Hustedt in Süß, a.a.O. (Fn. 28), Belgien, Rn. 11.

266 Nach Art. 78 § 2 Satz 2 IPRG wird ausnahmsweise eine Rückverweisung unter der Voraussetzung zugelassen, dass das ausländische Kollisionsrecht auf das Recht am Ort des letzten gewöhnlichen Wohnsitzes des Erblassers verweist. Unabhängig von der Diskussion über eine enge oder weite Auslegung dieser Vorschrift, greift diese Ausnahme aber im vorliegenden Fall nicht, da weder das italienische Kollisionsrecht an den letzten Wohnsitz des Erblassers, sondern an dessen letzte Staatsangehörigkeit anknüpft, noch der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Wohnsitz in seinem Heimatstaat Belgien hatte; vgl. zum Wortlaut des Art. 78 § 2 Satz 2 IPRG sowie zu der Diskussion über die Reichweite dieser Vorschrift Hustedt/Genkin in Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 157), Belgien, Texte A. I., C. I. Rn. 39; Hustedt in Süß, a.a.O. (Fn. 28), Belgien, Rn. 11 sowie Süß, ZErB 2006, 289, 290.

267 Vgl. hierzu die Rechtsprechungs- und Literaturangaben in Fn. 175.

268 Vgl. hierzu die Literaturangaben in Fn. 210.

269 Vgl. hierzu z. B. MünchKommJ. Mayer, a.a.O. (Fn. 6), § 2369 Rn. 45 mit verschiedenen weiteren Nachweisen.

270 Vgl. hierzu die Literaturangaben in Fn. 145 sowie die Ausführungen oben unter C. II. 1.

besitz in einem „Spaltstaat“²⁷¹) vergleichbar, als sich die Erbfolge in das gesamte bewegliche Vermögen sowie in das in Deutschland befindliche unbewegliche Vermögen – hier des ausländischen Erblassers – nach deutschem Erbrecht beurteilt, während hinsichtlich des im „Spaltstaat“ (hier Belgien bzw. Frankreich) befindlichen unbeweglichen Vermögens das Recht dieses Staates zur Anwendung kommt. Der Unterschied besteht lediglich in der Fallvariante des vorliegenden Falles zur Konstellation in Fall 4 (deutscher Erblasser hinterlässt auch unbewegliches Vermögen in einem Staat, dessen Kollisionsrecht die Erbfolge wie das deutsche Recht an das letzte Heimatrecht des Erblassers anknüpft) im Hinblick auf das anwendbare Recht für das in einem Drittstaat befindliche Vermögen des Erblassers (hier Ferienwohnung in Rom). Während bei einem deutschen Erblasser nach dem Grundsatz der Nachlassseinheit auch für dieses Vermögen deutsches Erbrecht zur Anwendung kommt, kommt es in der Fallvariante zum vorliegenden Fall zur Anwendung einer dritten Rechtsordnung, nämlich des Rechts des Staates der Belegenheit der unbeweglichen Sache (italienisches Recht hinsichtlich der Ferienwohnung in Rom).

Von daher kann der Ausgangsfall auch hinsichtlich der zu erteilenden Erbscheine entsprechend Fall 3 behandelt werden.²⁷² Auch hier ist als Folge der Nachlassspaltung der jeweilige Nachlass, der einer eigenen Rechtsordnung unterliegt, als selbständiger Nachlass anzusehen und so zu behandeln, als ob er der gesamte Nachlass wäre. Insbesondere ist somit für jeden Nachlass bzw. Nachlassteil ein eigener Erbschein zu erteilen, ein Eigenrechtserbschein für den dem deutschen Recht unterliegenden Nachlass und ein Fremdrechtserschein für den dem belgischen (bzw. französischen) Recht unterliegenden Nachlass, und zwar jeweils als allgemeiner Erbschein gemäß § 2353 BGB. Die beiden Erbscheine können – wie auch nach bisheriger Rechtslage – in einer Urkunde als „Doppelerbschein“ zusammengefasst werden. Zur klaren und eindeutigen Abgrenzung der zu erteilenden Erbscheine (Eigenrechts- und Fremdrechtserschein) ist zunächst im Rahmen jedes der zu erteilenden Erbscheine anzugeben, nach welchem Recht sich die bezeugte Erbfolge richtet, im vorliegenden Fall somit die Erbfolge hinsichtlich des unbeweglichen Vermögens in Belgien (bzw. Frankreich) nach belgischem (bzw. französischem) Recht sowie die Erbfolge hinsichtlich des gesamten übrigen Nachlasses, also sowohl hinsichtlich des beweglichen und unbeweglichen Vermögens in Deutschland als auch hinsichtlich des beweglichen Vermögens in Belgien (bzw. Frankreich), nach deutschem Recht. Im Rahmen des Eigenrechtserbscheins hat die Angabe des deutschen Rechts nur deklaratorische Bedeutung.²⁷³ Folgt die Anwendbarkeit des deutschen Rechts, wie im vorliegenden Fall, nicht unmittelbar aus Art. 25 Abs. 1 EGBGB, könnte ebenfalls klarstellend vermerkt werden, dass das deutsche Recht aufgrund teilweiser Rückverweisung des belgischen zur Anwendung kommt.²⁷⁴ Weiterhin sollte der auf der Grundlage des deutschen Rechts zu erteilende Eigenrechtserbschein klarstellend den Geltungsausschluss hinsichtlich des in Belgien (bzw. Frankreich) belegenen Grundbesitzes enthalten, während der auf der Grundlage des belgischen (bzw. französischen) Rechts zu erteilende Fremdrechtserschein klarstellend eine aus-

drückliche Geltungsbeschränkung hinsichtlich des in Belgien (bzw. Frankreich) belegenen Grundbesitzes enthalten sollte. Sollte nur isoliert ein Eigenrechtserbschein oder ein Fremdrechtserschein beantragt werden, wäre ein entsprechender Geltungsvermerk zwingend.²⁷⁵

Durch die isolierte Beantragung lediglich eines Eigenrechtserbscheines, der ein allgemeiner Erbschein nach § 2353 BGB ist, könnten bereits diejenigen Nachlassgegenstände aus dem Nachlassverfahren ausgeklammert werden, die nicht dem deutschen Erbrecht unterfallen, hier also der in Belgien (bzw. Frankreich) befindliche Grundbesitz. Zur zusätzlichen Ausklammerung auch des dem deutschen Erbrecht unterfallenden, in Belgien (bzw. Frankreich) befindlichen beweglichen Vermögens wäre die Erteilung eines gegenständlich beschränkten Eigenrechtserbscheins gemäß § 2369 BGB n. F. erforderlich.²⁷⁶ Eine Ausklammerung nur des im Ausland befindlichen unbeweglichen, nicht aber auch des im Ausland befindlichen beweglichen Vermögens, kann dann zweckmäßig sein, wenn – wie z. B. im Falle Belgiens – eine mit der Apostille versehene beglaubigte Ausfertigung eines deutschen, das jeweilige Nachlassvermögen in Belgien umfassenden Erbscheins zwar grundsätzlich für das in Belgien befindliche bewegliche Nachlassvermögen – insbesondere für Bankguthaben –, nicht aber für das dort befindliche unbewegliche Nachlassvermögen zur Legitimation der Erbsprüche anerkannt wird.²⁷⁷

In der Fallvariante ist neben dem Eigenrechtserbschein und dem Fremdrechtserschein für den dem belgischen Recht unterliegenden Nachlass noch ein weiterer Fremdrechtserschein zu erteilen, der den dem italienischen Recht unterfallenden Nachlass (hier die Ferienwohnung in Rom) umfasst. Die dann insgesamt drei Erbscheine können in einer Urkunde als „Mehrfacherbschein“ zusammengefasst werden.²⁷⁸ Der das italienische Nachlassvermögen umfassende Fremdrechtserschein hat dann – entsprechend den Ausführungen zum Ausgangsfall – zum einen das Recht anzugeben, nach dem sich die bezeugte Erbfolge richtet und sollte zum anderen klarstellend eine ausdrückliche Geltungsbeschränkung hinsichtlich des in Italien belegenen Grundbesitzes enthalten. Im Falle der isolierten Erteilung dieses Fremdrechtserscheins wäre ein entsprechender Geltungsvermerk zwingend. Möglich wäre, hier isoliert nur einen Eigenrechtserbschein zu beantragen, um dadurch sowohl das in Belgien befindliche unbewegliche Vermögen als

271 Also ein Staat, dessen Kollisionsnormen im Erbrecht eine unterschiedliche Anknüpfung für bewegliches und unbewegliches Vermögen vorsehen; vgl. hier die in Fn. 173 beispielhaft aufgeführten Staaten.

272 Vgl. hierzu die Ausführungen unter E. II., Fall 3. Ziff. 4.

273 Vgl. Schotten, a.a.O. (Fn. 24), S. 189; Schotten/Schmellenkamp, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 343; Kroiß, a.a.O. (Fn. 17), S. 495.

274 So auch Kroiß, a.a.O. (Fn. 17), S. 495.

275 Vgl. zur Art und Ausgestaltung der Erbscheine die Ausführungen oben unter E. II., Fall 3. Ziff. 4 sowie D. III. und dort insbes. Fn. 113.

276 Vgl. hierzu nachfolgend Ziffer 5.

277 Vgl. hierzu Hustedt in Süß, a.a.O. (Fn. 28), Belgien, Rn. 119, 120; zur noch weitgehend ungeklärten Frage, ob und inwieweit deutsche Erbscheine auch im französischen Nachlassverfahren anerkannt werden, vgl. Döbereiner in Süß, a.a.O. (Fn. 28), Frankreich Rn. 185 mit weiteren Literaturhinweisen.

278 Zum Begriff des „Mehrfacherbscheins“ vgl. Schäuble, a.a.O. (Fn. 41), S. 202.

auch die Ferienwohnung in Rom aus dem deutschen Nachlassverfahren heraus zu halten. Möglich wäre aber auch, neben dem Eigenrechtserbschein nur den einen oder den anderen Fremdrechterschein zu beantragen, um so entweder das unbewegliche Vermögen in Belgien oder die Ferienwohnung in Rom aus dem deutschen Nachlassverfahren auszuklammern.

5. Gegenständlich beschränkter Erbschein nach § 2369 BGB n. F.

Die Erteilung eines auf das in Deutschland befindliche Nachlassvermögen beschränkten Erbscheins nach § 2369 Abs. 1 BGB n. F. ist – wie schon in Fall 3 erörtert²⁷⁹ – möglich, und zwar grundsätzlich getrennt für jeden Spaltnachlass, d. h. sowohl für den dem deutschen Recht als auch für den dem jeweiligen ausländischen Recht unterfallenden Nachlass.²⁸⁰ Im vorliegenden Ausgangsfall und in der Fallvariante, in dem lediglich das Immobilienvermögen in Belgien einerseits und in Italien andererseits nicht dem deutschen Recht unterliegt, kommt die gegenständliche Beschränkung nur im Rahmen des auf der Grundlage des deutschen Rechts zu beantragenden Eigenrechtserbscheins in Betracht. Hierdurch könnte auch das in Belgien befindliche bewegliche Nachlassvermögen aus dem deutschen Erbscheinsverfahren ausgeklammert werden. Die gegenständliche Beschränkung müsste auch in diesem Fall zwingend in dem Eigenrechtserbschein vermerkt werden.²⁸¹

Die Zweckmäßigkeitssichtspunkte, die für die Beantragung und Erteilung eines gegenständlich beschränkten Eigenrechtserbscheins sprechen, entsprechen denen, die auch in Fall 3 erörtert wurden.²⁸² So wird dem deutschen Nachlassgericht die unter Umständen zeit- und kostenaufwändige Prüfung der Erbfolge nach dem einschlägigen ausländischen (hier belgischen) Recht erspart. Auch Kostenaspekte können für einen einschränkenden Antrag nach § 2369 BGB n. F. sprechen, da gemäß § 107 Abs. 2 Satz 3 KostO die nicht von der Erbscheinwirkung des nach § 2369 Abs. 1 BGB erteilten beschränkten Erbscheins umfassten Gegenstände bei der Wertberechnung für das deutsche Erbscheinsverfahren außer Betracht bleiben. Entscheidend ist hierfür, ob der deutsche, auch das im Ausland befindliche Nachlassvermögen umfassende Erbschein im betreffenden ausländischen Nachlassverfahren ohne weitere nachlassverfahrensrechtliche Schritte anerkannt wird. Wie bereits in Fall 3 dargestellt wurde, wird eine mit der Apostille versehene beglaubigte Ausfertigung eines deutschen, das bewegliche Nachlassvermögen in Belgien umfassenden Erbscheins zur Legitimation der Erbansprüche in Bezug auf beweglichen Vermögenswerte – insbesondere Bankguthaben –, in Belgien anerkannt.²⁸³ Hier müssten somit die im Rahmen des deutschen Erbscheinsverfahrens für die Erfassung auch des beweglichen Nachlassvermögens in Brüssel zusätzlich anfallenden Kosten im Rahmen eines allgemeinen unbeschränkten Eigenrechtserbscheins mit den hierdurch ersparten Kosten nach dem belgischen Nachlassverfahren verglichen und Kostennachteil und Kostenvorteil gegeneinander abgewogen werden.

Im Gegensatz dazu ist es im Falle des französischen Erblassers weitgehend ungeklärt, ob ein in Deutschland auch das in Frankreich befindliche Nachlassvermögen umfas-

sender Erbschein im französischen Nachlassverfahren anerkannt würde.²⁸⁴ Konkret käme im vorliegenden Fall jedoch eine Anerkennung von vornherein nicht in Betracht, da das in Frankreich befindliche bewegliche Vermögen aus französischer Sicht nach französischem und nicht nach deutschem Recht vererbt wird.²⁸⁵ Im Falle des französischen Erblassers spricht somit auch der Kostenaspekt für eine gegenständliche Beschränkung gemäß § 2369 BGB n. F.

Fall 10:

Ein belgischer Erblasser verstirbt in Brüssel mit letztem Wohnsitz in Belgien und hinterlässt bewegliches und unbewegliches Vermögen sowohl in Deutschland als auch in Belgien.

1. Anwendbares Recht

Im Unterschied zu Fall 9 liegt hier der letzte Erblasserwohnsitz nicht in Deutschland, sondern im Ausland. Art. 25 Abs. 1 EGBGB verweist wiederum mangels vorrangiger unmittelbar anwendbarer Regelungen des europäischen Gemeinschaftsrechts bzw. mangels vorrangiger Regelungen in völkerrechtlichen Verträgen bzw. in Staatsverträgen (Art. 3 EGBGB) im Verhältnis zu Belgien aufgrund der belgischen Staatsangehörigkeit des Erblassers in Form der Gesamtverweisung auf das belgische Recht einschließlich der Kollisionsnormen des internationalen Privatrechts (Art. 4 Abs. 1 S. 1 EGBGB). Im Falle des belgischen Erblassers nimmt das belgische Recht aufgrund der in Fall 9 genannten belgischen Kollisionsregeln²⁸⁶ die Verweisung sowohl hinsichtlich des gesamten in Deutschland und Belgien befindlichen beweglichen Vermögens – und zwar aufgrund des letzten Wohnsitzes des Erblassers in Belgien – als auch hinsichtlich des in Belgien befindlichen unbeweglichen Vermögens – und zwar aufgrund des Grundsatzes der Belegenheit der Sache – an. Lediglich hinsichtlich des in Deutschland befindlichen unbeweglichen Vermögens verweist das belgische Recht aufgrund des Grundsatzes der Belegenheit der Sache auf das deutsche Recht zurück, welches die Rückverweisung gemäß Art. 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB annimmt.²⁸⁷ Der belgische Erblasser

279 Vgl. hierzu auch oben die Ausführungen unter E. II., Fall 3. Ziff. 5.

280 Vgl. hierzu die Ausführungen unter D. III.

281 Vgl. hierzu die Literaturangaben in Fn. 148.

282 Vgl. hierzu oben E. II., Fall 3. Ziff. 5.

283 Vgl. hierzu Hustedt in Süß, a.a.O. (Fn. 28), Belgien, Rn. 119.

284 Vgl. hierzu Döbereiner in Süß, a.a.O. (Fn. 28), Frankreich Rn. 185 mit weiteren Literaturnachweisen; danach könnte ein ausländischer Erbschein unter Umständen dann in Frankreich anerkannt werden, wenn er in einem Verfahren ergangen ist, das dem französischen Verfahren des „acte de notoriété“ ähnlich ist. Voraussetzung ist jedoch in jedem Fall, dass dem Erbschein das aus französischer Sicht anwendbare Recht zugrunde gelegt wurde; dies ist aber im vorliegenden Fall eines mit letztem Wohnsitz in Deutschland verstorbenen Erblassers hinsichtlich des in Frankreich befindlichen beweglichen Vermögens nicht der Fall, da diesbezüglich aus französischer Sicht französisches Recht zur Anwendung kommt und hierdurch ein sogenanntes „hinkendes Rechtsverhältnis“ entsteht; vgl. zum Begriff des „hinkenden Rechtsverhältnisses“ Schotten/Schmellenkamp, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 52 sowie zu der Anknüpfung des vorliegenden Falles aus französischer Sicht dies., Rn. 300.

285 Vgl. hierzu die Ausführungen zuvor in Fn. 284.

286 Vgl. die Ausführungen zu E. V., Fall 9, Ziff. 1.

287 Vgl. zur Annahme von Rückverweisungen durch ausländische Rechtsordnungen im deutschen Recht oben Fn. 261.

wird somit hinsichtlich seines gesamten in Deutschland und Belgien befindlichen beweglichen Vermögens sowie auch hinsichtlich seines in Belgien befindlichen unbeweglichen Vermögens nach belgischem Recht und hinsichtlich seines in Deutschland befindlichen unbeweglichen Vermögens nach deutschem Recht beerbt wird.

2. Internationale Zuständigkeit nach altem Recht

Die internationale Zuständigkeit nach altem, bis zum Inkrafttreten des FamFG geltenden Recht folgte hier für ein deutsches Nachlassgericht aus zwei verschiedenen Rechtsgrundlagen, und zwar für das in Deutschland befindliche unbewegliche Vermögen aufgrund der Anwendbarkeit deutschen Rechts aus dem Gleichlaufgrundsatz und für das in Deutschland befindliche bewegliche Vermögen aufgrund der Anwendbarkeit ausländischen Rechts und der Belegenheit des beweglichen Vermögens im Inland aus § 2369 BGB a.F. Für das in Belgien befindliche Nachlassvermögen bestand keine internationale Zuständigkeit eines deutschen Nachlassgerichts. Es waren somit grundsätzlich zwei Erbscheine zu erteilen, und zwar ein Eigenrechtserbschein für das in Deutschland befindliche unbewegliche Vermögen und ein Fremdrechtserschein für das in Deutschland befindliche bewegliche Vermögen, die zweckmäßigerweise beide in einer Urkunde ausgestellt wurden (= sogenannter „Doppelerbschein“). In beiden Erbscheinen musste die jeweilige Rechtsordnung, nach der sich die Erbfolge beurteilt, angegeben werden. Außerdem mussten in beiden Erbscheinen Geltungsbeschränkungen aufgenommen werden.²⁸⁸

3. Internationale Zuständigkeit nach dem FamFG

Nach dem FamFG folgt die internationale Zuständigkeit der örtlichen Zuständigkeit und ergibt sich bei einem ausländischen Erblasser, der zum Zeitpunkt seines Todes weder seinen Wohnsitz noch seinen Aufenthalt in Deutschland hatte, aus §§ 105, 343 Abs. 3 FamFG. Hiernach ist jedes deutsche Nachlassgericht, in dessen Bezirk sich zum Zeitpunkt der Befassung des Gerichts mit der Sache, d. h. zum Zeitpunkt des Eingangs des Erbscheinsantrags beim Gericht²⁸⁹, ein Nachlassgegenstand befindet, für alle Nachlassgegenstände, also für den gesamten „Weltnachlass“ des Erblassers, international zuständig, und zwar unabhängig von der Anwendbarkeit des deutschen oder eines ausländischen Erbrechts.²⁹⁰ Die Verneinung eines Rechtsschutzbedürfnisses mangels Vorliegens eines ausreichenden Inlandsbezuges für den Fall, dass der Erblasser nur „unwesentliches“ Nachlassvermögen in Deutschland hinterlassen hat, kommt im vorliegenden Fall schon aufgrund des in Deutschland befindlichen unbeweglichen Vermögens nicht in Betracht, scheidet darüber hinaus aber auch nach hier vertretener Auffassung schon aus allgemeinen Erwägungen aus.²⁹¹

4. Art des zu erteilenden Erbscheins bzw. der zu erteilenden Erbscheine

Das auf die Erbfolge in den in Deutschland und in Belgien befindlichen unbeweglichen Nachlass anwendbare Recht entspricht aufgrund des im belgischen Kollisionsrecht geltenden Grundsatzes der Belegenheit der Sache

der Fallkonstellation in Fall 9. Im Unterschied dazu unterliegt jedoch im vorliegenden Fall die Erbfolge des Erblassers in sein gesamtes bewegliches „Weltvermögen“ aufgrund seines letzten Wohnsitzes bzw. Wohnortes in Belgien dem belgischen Recht. Dies führt im Unterschied zu Fall 9 zu einer „Inlandsnachlassspaltung“²⁹², da das in Deutschland befindliche unbewegliche Nachlassvermögen einer anderen Rechtsordnung unterliegt als das in Deutschland befindliche bewegliche Nachlassvermögen. Auch in dieser Fallkonstellation ist als Folge der Nachlassspaltung der jeweilige Nachlass, der einer eigenen Rechtsordnung unterliegt, als selbständiger Nachlass anzusehen und so zu behandeln, als ob er der gesamte Nachlass wäre. Insbesondere ist somit für jeden Nachlass bzw. Nachlassteil ein eigener Erbschein zu erteilen, ein Eigenrechtserbschein für den dem deutschen Recht unterliegenden Nachlass und ein Fremdrechtserschein für den dem belgischen Recht unterliegenden Nachlass, und zwar jeweils als allgemeiner Erbschein gemäß § 2353 BGB. Die beiden Erbscheine können wiederum²⁹³ – wie auch nach bisheriger Rechtslage – in einer Urkunde als „Doppelerbschein“ zusammengefasst werden. Zur klaren und eindeutigen Abgrenzung der zu erteilenden Erbscheine (Eigenrechts- und Fremdrechtserschein) ist wiederum²⁹⁴ zunächst im Rahmen jedes der zu erteilenden Erbscheine anzugeben, nach welchem Recht sich die bezeugte Erbfolge richtet, im vorliegenden Fall somit die Erbfolge hinsichtlich des unbeweglichen Vermögens in Deutschland nach deutschem Recht sowie die Erbfolge hinsichtlich des gesamten übrigen Nachlasses, also sowohl hinsichtlich des gesamten beweglichen „Weltvermögens“ als auch hinsichtlich des unbeweglichen Vermögens in Belgien, nach belgischem Recht. Im Rahmen des Eigenrechtserbscheins hat die Angabe des deutschen Rechts nur deklaratorische Bedeutung.²⁹⁵ Folgt die Anwendbarkeit des deutschen Rechts, wie im vorliegenden Fall nicht unmittelbar aus Art. 25 Abs. 1 EGBGB folgt, könnte ebenfalls klarstellend vermerkt werden, dass das deutsche Recht aufgrund teilweiser Rückverweisung des belgischen Rechts zur Anwendung kommt.²⁹⁶ Weiterhin sollte der auf der Grundlage des deutschen Rechts zu erteilende Eigenrechtserbschein

288 Vgl. zur Erteilung eines Doppelerbscheins für die Fälle, dass ein ausländischer Erblasser zum Teil nach deutschen und zum Teil nach ausländischem Recht beerbt wird, z. B. Palandt/Edenhofer, a.a.O. (Fn. 9), noch zum alten Recht § 2369 Rn. 7; MünchKomm/J. Mayer (a.a.O. Fn. 6), § 2369 Rn. 45; Schotten, a.a.O. (Fn. 24), S. 189; Schotten/Schmellenkamp, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 348 a.

289 Vgl. zum relevanten Zeitpunkt, wann sich ein Nachlassgegenstand im Inland befinden muss Keidel, a.a.O. (Fn. 5), § 343 Rn. 74; Fröhler in Prütting/Helms (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 18), § 343 Rn. 92 sowie die Ausführungen oben unter C. II. 2.

290 Vgl. Keidel, a.a.O. (Fn. 5), Rn. 69; Fröhler in Prütting/Helms (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 18), § 343 Rn. 93, 94, 168; Fröhler, BWNotZ, a.a.O. (Fn. 83), S. 187; Heinemann in Horndasch/Viefhues (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 34), § 343 Rn. 10; sowie oben die Ausführungen unter C. II. 1.

291 Vgl. hierzu die Ausführungen unter C. III.

292 Vgl. zu diesem Begriff z. B. Fröhler in Prütting/Helms (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 18), § 343 Rn. 168.

293 Vgl. hierzu auch die zuvor behandelten Fälle 3, 4, 6 und 9 unter E., II., IV., V. jeweils Ziff. 4.

294 Vgl. hierzu insbesondere die Ausführungen unter E. II., Fall 3, Ziff. 4. und E. V., Fall 9, Ziff. 4.

295 Vgl. Schotten, a.a.O. (Fn. 24), S. 189; Schotten/Schmellenkamp, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 343; Kroiß, a.a.O. (Fn. 17), S. 495.

296 So auch Kroiß, a.a.O. (Fn. 17), S. 495.

klarstellend eine ausdrückliche Geltungsbeschränkung auf den in Deutschland befindlichen unbeweglichen Nachlass enthalten, während der auf der Grundlage des belgischen Rechts zu erteilende Fremdrechtserschein klarstellend den Geltungsausschluss hinsichtlich des außerhalb Belgiens befindlichen Grundbesitzes enthalten sollte. Sollte nur isoliert ein Eigenrechtserbschein oder ein Fremdrechtserschein beantragt werden, wäre ein entsprechender Geltungsvermerk zwingend.²⁹⁷

Durch die isolierte Beantragung lediglich eines Eigenrechtserbscheines, der ein allgemeiner Erbschein nach § 2353 BGB ist, würde hiermit nur der in Deutschland befindliche unbewegliche Nachlass umfasst und das gesamte übrige Erblasservermögen aus dem deutschen Nachlassverfahren ausgeklammert, insbesondere auch das in Deutschland befindliche bewegliche Nachlassvermögen. Diese Ausklammerung von einzelnen in Deutschland befindlichen Vermögenswerten ist aber keine Folge einer gegenständlichen Beschränkung gemäß § 2369 BGB n.F. und widerspricht von daher auch nicht dem Wortlaut dieser Vorschrift („... kann die Erteilung eines Erbscheins auf die (also auf alle) im Inland befindlichen Gegenstände beschränkt werden.“), sondern folgt aus der durch die Nachlassspaltung resultierenden Entstehung selbständiger Nachlässe.²⁹⁸ Diese isolierte Beantragung eines Eigenrechtserbscheins könnte z. B. dann zweckmäßig sein, wenn es den Erben um eine zügige Erteilung des Erbscheins geht, so um eine in Deutschland befindliche Immobilie zeitnah zu veräußern und den entsprechenden Kaufvertrag entsprechend grundbuchlich abzuwickeln. Denn in diesem Fall erspart sich das deutsche Nachlassgericht die unter Umständen zeitaufwendige Ermittlung des auf das übrige Nachlassvermögen anwendbaren ausländischen Erbrechts.

5. Gegenständlich beschränkter Erbschein nach § 2369 BGB n.F.

Die Erteilung eines auf das in Deutschland befindliche Nachlassvermögen beschränkten Erbscheins nach § 2369 Abs. 1 BGB n.F. ist – wie schon in Fall 3 erörtert²⁹⁹ – möglich, und zwar grundsätzlich getrennt für jeden Spalt-nachlass, d. h. sowohl für den dem deutschen Recht als auch für den dem jeweiligen ausländischen Recht unterfallenden Nachlass.³⁰⁰ Im vorliegenden Fall, in dem lediglich das Immobilienvermögen in Deutschland dem deutschen Recht, das gesamte übrige Nachlassvermögen jedoch dem belgischen Recht unterliegt, kommt die gegenständliche Beschränkung nur im Rahmen des auf der Grundlage des belgischen Rechts zu beantragenden Fremdrechtserscheins in Betracht. Hierdurch könnte das gesamte in Belgien befindliche bewegliche und unbewegliche Nachlassvermögen aus dem deutschen Erbscheinsverfahren ausgeklammert werden und der Fremdrechtserschein somit nur auf das in Deutschland befindliche bewegliche Nachlassvermögen beschränkt werden. Eine Ausklammerung z. B. nur des in Belgien befindlichen unbeweglichen Vermögens (da der deutsche Erbschein im belgischen Nachlassverfahren zwar für bewegliche, nicht jedoch für unbewegliche Vermögenswerte anerkannt wird³⁰¹) ist vom Wortlaut und Sinn und Zweck des § 2369 BGB n.F. nicht gedeckt und somit nicht möglich.³⁰² Die gegenständliche Beschränkung auf das in Deutschland befindliche *bewegliche* Nachlassvermögen

– diese Einschränkung auf das bewegliche Inlandsvermögen ist zwingend wegen der vorliegenden Inlandsnachlassspaltung – müsste auch in diesem Fall zwingend in dem Eigenrechtserbschein vermerkt werden.³⁰³

Als Zweckmäßigkeitsargument für eine gegenständliche Beschränkung des Fremdrechtserscheins gemäß § 2369 BGB n.F. lässt sich in diesem Fall zwar nicht die in der Gesetzesbegründung in erster Linie genannte Zeitersparnis für die nicht erforderlichen Ermittlung der Erbfolge für den im Ausland belegenen Nachlass anführen³⁰⁴, da hier das ausländische Erbrecht (das belgische Recht) auch für den in Deutschland befindlichen beweglichen Nachlass ermittelt und geprüft werden müsste. Für eine gegenständliche Beschränkung spricht aber wiederum³⁰⁵, dass sich das zuständige deutsche Nachlassgericht die ihm obliegende und unter Umständen sehr zeitaufwändige Prüfung erspart, ob und in welchem Staat der Erblasser Nachlassgegenstände hinterlassen hat. Denn hätte der belgische Erblasser hier z. B. noch Grundbesitz in einem dritten Staat hinterlassen, könnte je nach Auslegung des Art. 78 § 2 Satz 2 belgisches IPRG³⁰⁶ auch noch eine dritte Rechtsordnung zur Anwendung kommen, die vom deutschen Nachlassgericht im Rahmen eines weiteren Fremdrechtserscheins zu berücksichtigen wäre.³⁰⁷

F. Formulierungsvorschläge

(jeweils auf die Fälle unter E. bezogen)

Zu Fall 3:

Ein deutscher Erblasser verstirbt mit letztem Wohnsitz in Deutschland und hinterlässt bewegliches und unbewegliches Vermögen in Deutschland sowie ein Wertpapierdepot und eine Eigentumswohnung in Brüssel.

297 Vgl. zur Art und Ausgestaltung der Erbscheine die Ausführungen oben unter E. II., Fall 3, Ziff. 4 sowie D. III. und dort insbes. Fn. 113.

298 So im Ergebnis auch Schaal, a.a.O. (Fn. 83), S. 156, 157; Fröhler in Prütting/Helms (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 18), § 343 Rn. 168; ders. BWNNotZ, a.a.O. (Fn. 83), S. 187.

299 Vgl. hierzu auch oben die Ausführungen unter E. II., Fall 3, Ziff. 5.

300 Vgl. hierzu die Literaturangaben in Fn. 182 sowie die Ausführungen unter D. III.

301 Vgl. dazu oben die Ausführungen unter E. II., Fall 3, Ziff. 5. und E. IV., Fall 6, Ziff. 5.

302 So vom Grundgedanken her auch Fröhler in Prütting/Helms (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 18), § 343 Rn. 168; ders. BWNNotZ, a.a.O. (Fn. 83), S. 187; vgl. auch Schaal, a.a.O. (Fn. 83), S. 157, der in einer vergleichbaren Konstellation, nämlich der Ausklammerung von Nachlassgegenständen in bestimmten ausländischen Staaten, dies aufgrund des klaren Wortlauts des § 2369 BGB n.F. zwar für zweifelhaft hält, aber doch diese Möglichkeit zumindest für wünschenswert erachtet.

303 Vgl. hierzu die Literaturangaben in Fn. 148.

304 Vgl. die Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung in BT-Drucks. 16/6308, S. 349.

305 Wie auch in den zuvor behandelten Fällen; vgl. z. B. E. I., Fall 1, E. II., Fall 3, E. III., Fall 5, E. IV. Fall 6, jeweils Ziff. 5.

306 Vgl. hierzu oben die Ausführungen unter E. V., Fall 9., Ziff. 1. zur Fallvariante und dort insbes. Fn. 266.

307 Vgl. hierzu oben E. V., Fall 9, Ziff. 5. die Ausführungen zur Fallvariante.

1. Allgemeiner Eigenrechts- und Fremdrechtserschein gemäß § 2353 BGB (Doppelerbschein)

(umfasst den gesamten Nachlass des Erblassers)

Der mit letztem Wohnsitz in Deutschland (Wohnort) verstorbene deutsche Erblasser E ist

- nach deutschem Recht hinsichtlich seines gesamten Nachlasses, mit Ausnahme des in Belgien belegenen unbeweglichen Vermögens (ggfs. konkrete Angabe des Grundbesitzes), gesetzlich (oder aufgrund einer Verfügung von Todes wegen) beerbt worden von . . .
- nach belgischem Recht hinsichtlich seines in Belgien belegenen unbeweglichen Vermögens (ggfs. konkrete Angabe des Grundbesitzes) gesetzlich (oder aufgrund einer Verfügung von Todes wegen) beerbt worden von . . .

Es wird beantragt die Erteilung

- eines allgemeinen Eigenrechtserbscheins gemäß § 2353 BGB mit dem vorgenannten Inhalt, und zwar hinsichtlich des gesamten Nachlasses des Erblassers mit Ausnahme des in Belgien belegenen unbeweglichen Vermögens (ggfs. konkrete Angabe des Grundbesitzes)
- und
- eines allgemeinen Fremdrechtserscheins auf der Grundlage des belgischen Rechts gemäß § 2353 BGB mit dem vorgenannten Inhalt, und zwar lediglich hinsichtlich des in Belgien belegenen unbeweglichen Vermögens (ggfs. konkrete Angabe des Grundbesitzes) des Erblassers.

2. Gegenständlich beschränkter Eigenrechtserbschein gemäß § 2369 BGB und allgemeiner Fremdrechtserschein gemäß § 2353 BGB (Doppelerbschein)

(umfasst nicht das Wertpapierdepot in Belgien, wohl aber die in Belgien belegene Eigentumswohnung; praktisch wohl nicht relevant)

Der mit letztem Wohnsitz in Deutschland (Wohnort) verstorbene deutsche Erblasser E ist

- nach deutschem Recht hinsichtlich seines im Inland befindlichen Nachlasses gesetzlich (oder aufgrund einer Verfügung von Todes wegen) beerbt worden von . . .
- nach belgischem Recht hinsichtlich seines in Belgien belegenen unbeweglichen Vermögens (ggfs. konkrete Angabe des Grundbesitzes) gesetzlich (oder aufgrund einer Verfügung von Todes wegen) beerbt worden von . . .

Es wird beantragt die Erteilung

- eines gegenständlich auf den im Inland befindlichen Nachlass beschränkten Eigenrechtserbscheins gemäß § 2369 BGB mit dem vorgenannten Inhalt,
- und
- eines allgemeinen Fremdrechtserscheins auf der Grundlage des belgischen Rechts gemäß § 2353 BGB

mit dem vorgenannten Inhalt, und zwar lediglich hinsichtlich des in Belgien belegenen unbeweglichen Vermögens (ggfs. konkrete Angabe des Grundbesitzes) des Erblassers.

3. Isolierter allgemeiner Eigenrechtserbschein gemäß § 2353 BGB

(umfasst nicht die in Belgien belegene Eigentumswohnung, wohl aber das in Belgien befindliche Wertpapierdepot; praktisch wohl relevant)

Der mit letztem Wohnsitz in Deutschland (Wohnort) verstorbene deutsche Erblasser E ist nach deutschem Recht hinsichtlich seines gesamten Nachlasses, mit Ausnahme des in Belgien belegenen unbeweglichen Vermögens (ggfs. konkrete Angabe des Grundbesitzes), gesetzlich (oder aufgrund einer Verfügung von Todes wegen) beerbt worden von . . .

Es wird die Erteilung eines allgemeinen Eigenrechtserbscheins gemäß § 2353 BGB mit dem vorgenannten Inhalt beantragt, und zwar hinsichtlich des gesamten Nachlasses des Erblassers mit Ausnahme des in Belgien belegenen unbeweglichen Vermögens (ggfs. konkrete Angabe des Grundbesitzes).

4. Isolierter gegenständlich beschränkter Eigenrechtserbschein gemäß § 2369 BGB

(umfasst nur den in Deutschland befindlichen Nachlass)

Der mit letztem Wohnsitz in Deutschland (Wohnort) verstorbene deutsche Erblasser E ist nach deutschem Recht hinsichtlich seines im Inland befindlichen Nachlasses gesetzlich (oder aufgrund einer Verfügung von Todes wegen) beerbt worden von . . .

Es wird die Erteilung eines gegenständlich auf den im Inland befindlichen Nachlass beschränkten Eigenrechtserbscheins gemäß § 2369 BGB mit dem vorgenannten Inhalt beantragt.

Zu Fall 6 (Fallvariante):

Ein spanischer Erblasser verstirbt mit letztem Wohnsitz in Deutschland und hinterlässt bewegliches und unbewegliches Vermögen in Deutschland, sowie einen Ferienwohnung in Spanien und eine Eigentumswohnung in Brüssel.

1. Zwei allgemeine Fremdrechtserscheine gemäß § 2353 BGB (Doppelerbschein)

(umfasst den gesamten Nachlass des Erblassers)

Der mit letztem Wohnsitz in Deutschland (Wohnort) verstorbene spanische Erblasser E ist

- nach spanischen Recht hinsichtlich seines gesamten Nachlasses, mit Ausnahme des in Belgien belegenen unbeweglichen Vermögens (ggfs. konkrete Angabe des Grundbesitzes), gesetzlich (oder aufgrund einer Verfügung von Todes wegen) beerbt worden von . . .
- nach belgischem Recht hinsichtlich seines in Belgien belegenen unbeweglichen Vermögens (ggfs. konkrete Angabe des Grundbesitzes) gesetzlich (oder aufgrund

einer Verfügung von Todes wegen) beerbt worden von . . .

Es wird beantragt die Erteilung

- eines allgemeinen Fremdrechtserscheins auf der Grundlage des spanischen Rechts gemäß § 2353 BGB mit dem vorgenannten Inhalt, und zwar hinsichtlich des gesamten Nachlasses des Erblassers mit Ausnahme des in Belgien belegenen unbeweglichen Vermögens (ggfs. konkrete Angabe des Grundbesitzes)
- und
- eines allgemeinen Fremdrechtserscheins auf der Grundlage des belgischen Rechts gemäß § 2353 BGB mit dem vorgenannten Inhalt, und zwar lediglich hinsichtlich des in Belgien belegenen unbeweglichen Vermögens (ggfs. konkrete Angabe des Grundbesitzes) des Erblassers.

2. Isolierter allgemeiner Fremdrechtserschein auf der Grundlage des spanischen Rechts gemäß § 2353 BGB

(umfasst nicht die in Belgien belegene Eigentumswohnung, sonst aber den gesamten Nachlass einschließlich der in Spanien befindlichen Ferienwohnung, praktisch wohl relevant)

Der mit letztem Wohnsitz in Deutschland (Wohnort) verstorbene spanische Erblasser E ist nach spanischem Recht hinsichtlich seines gesamten Nachlasses, mit Ausnahme des in Belgien belegenen unbeweglichen Vermögens (ggfs. konkrete Angabe des Grundbesitzes), gesetzlich (oder aufgrund einer Verfügung von Todes wegen) beerbt worden von . . .

Es wird die Erteilung eines allgemeinen Fremdrechtserscheins auf der Grundlage des spanischen Rechts gemäß § 2353 BGB mit dem vorgenannten Inhalt beantragt, und zwar hinsichtlich des gesamten Nachlasses des Erblassers mit Ausnahme des in Belgien belegenen unbeweglichen Vermögens (ggfs. konkrete Angabe des Grundbesitzes).

3. Isolierter gegenständlich beschränkter Fremdrechtserschein auf der Grundlage des spanischen Rechts gemäß § 2369 BGB

(umfasst nur das in Deutschland befindliche Nachlassvermögen)

Der mit letztem Wohnsitz in Deutschland (Wohnort) verstorbene spanische Erblasser E ist nach spanischem Recht hinsichtlich seines im Inland befindlichen Nachlasses gesetzlich (oder aufgrund einer Verfügung von Todes wegen) beerbt worden von . . .

Es wird die Erteilung eines gegenständlich auf den im Inland befindlichen Nachlass beschränkten Fremdrechtserscheins gemäß § 2369 BGB auf der Grundlage des spanischen Rechts mit dem vorgenannten Inhalt beantragt.

Zu Fall 9 (Ausgangsfall):

Ein belgischer Erblasser verstirbt mit letztem Wohnsitz in Deutschland und hinterlässt bewegliches und unbe-

wegliches Vermögen sowohl in Deutschland als auch in Belgien.

1. Allgemeiner Eigenrechts- und Fremdrechtserschein gemäß § 2353 BGB (Doppelerbschein)

(umfasst den gesamten Nachlass des Erblassers)

Der mit letztem Wohnsitz in Deutschland (Wohnort) verstorbene belgische Erblasser E ist

- nach deutschem Recht aufgrund Rückverweisung des belgischen Rechts hinsichtlich seines gesamten Nachlasses, mit Ausnahme des in Belgien belegenen unbeweglichen Vermögens (ggfs. konkrete Angabe des Grundbesitzes), gesetzlich (oder aufgrund einer Verfügung von Todes wegen) beerbt worden von . . .
- nach belgischem Recht hinsichtlich seines in Belgien belegenen unbeweglichen Vermögens (ggfs. konkrete Angabe des Grundbesitzes) gesetzlich (oder aufgrund einer Verfügung von Todes wegen) beerbt worden von . . .

Es wird beantragt die Erteilung

- eines allgemeinen Eigenrechtserscheins gemäß § 2353 BGB – die Anwendbarkeit des deutschen Rechts folgt aus einer Rückverweisung durch das belgische Recht (letztere Angabe ist nur klarstellend) – mit dem vorgenannten Inhalt, und zwar hinsichtlich des gesamten Nachlasses des Erblassers mit Ausnahme des in Belgien belegenen unbeweglichen Vermögens (ggfs. konkrete Angabe des Grundbesitzes)
- und

- eines allgemeinen Fremdrechtserscheins auf der Grundlage des belgischen Rechts gemäß § 2353 BGB mit dem vorgenannten Inhalt, und zwar lediglich hinsichtlich des in Belgien belegenen unbeweglichen Vermögens (ggfs. konkrete Angabe des Grundbesitzes) des Erblassers.

2. Isolierter allgemeiner Eigenrechtserschein gemäß § 2353 BGB

(umfasst nicht das in Belgien belegene unbewegliche Nachlassvermögen, wohl aber das in Belgien befindliche bewegliche Nachlassvermögen; praktisch wohl relevant)

Der mit letztem Wohnsitz in Deutschland (Wohnort) verstorbene belgische Erblasser E ist nach deutschem Recht aufgrund Rückverweisung des belgischen Rechts hinsichtlich seines gesamten Nachlasses, mit Ausnahme des in Belgien belegenen unbeweglichen Vermögens (ggfs. konkrete Angabe des Grundbesitzes), gesetzlich (oder aufgrund einer Verfügung von Todes wegen) beerbt worden von . . .

Es wird die Erteilung eines allgemeinen Eigenrechtserscheins gemäß § 2353 BGB – die Anwendbarkeit des deutschen Rechts folgt aus einer Rückverweisung durch das belgische Recht (letztere Angabe ist nur klarstellend) – mit dem vorgenannten Inhalt beantragt, und zwar hinsichtlich des gesamten Nachlasses des Erblassers mit Ausnahme des in Belgien belegenen

unbeweglichen Vermögens (ggfs. konkrete Angabe des Grundbesitzes).

3. Isolierter gegenständlich beschränkter Eigenrechtserbschein gemäß § 2369 BGB

(umfasst nur den in Deutschland befindlichen Nachlass)

Der mit letztem Wohnsitz in Deutschland (Wohnort) verstorbene belgische Erblasser E ist nach deutschem Recht aufgrund Rückverweisung durch das belgische Recht hinsichtlich seines im Inland befindlichen Nachlasses gesetzlich (oder aufgrund einer Verfügung von Todes wegen) beerbt worden von . . .

Es wird die Erteilung eines gegenständlich auf den im Inland befindlichen Nachlass beschränkten Eigenrechtserbscheins gemäß § 2369 BGB – die Anwendbarkeit des deutschen Rechts folgt aus einer Rückverweisung durch das belgische Recht (letztere Angabe ist nur klarstellend) – mit dem vorgenannten Inhalt beantragt.

Zu Fall 10:

Ein belgischer Erblasser verstirbt in Brüssel mit letztem Wohnsitz in Belgien und hinterlässt bewegliches und unbewegliches Vermögen sowohl in Deutschland als auch in Belgien.

1. Allgemeiner Eigenrechts- und Fremdrechtserschein gemäß § 2353 BGB (Doppelerbschein)

(umfasst den gesamten Nachlass des Erblassers)

Der mit letztem Wohnsitz in Belgien (Wohnort) verstorbene belgische Erblasser E ist

- nach deutschem Recht aufgrund Rückverweisung des belgischen Rechts hinsichtlich seines in Deutschland belegenen unbeweglichen Vermögens (ggfs. konkrete Angabe des Grundbesitzes), gesetzlich (oder aufgrund einer Verfügung von Todes wegen) beerbt worden von . . .
- nach belgischem Recht hinsichtlich seines gesamten Nachlasses, mit Ausnahme des in Deutschland belegenen unbeweglichen Vermögens (ggfs. konkrete Angabe des Grundbesitzes), gesetzlich (oder aufgrund einer Verfügung von Todes wegen) beerbt worden von . . .

Es wird beantragt die Erteilung

- eines allgemeinen Eigenrechtserbscheins gemäß § 2353 BGB – die Anwendbarkeit des deutschen Rechts folgt aus einer teilweisen Rückverweisung durch das belgische Recht (letztere Angabe ist nur klarstellend) – mit dem vorgenannten Inhalt, und zwar lediglich hinsichtlich des in Deutschland belegenen unbeweglichen Vermögens (ggfs. konkrete Angabe des Grundbesitzes) des Erblassers
- und
- eines allgemeinen Fremdrechtserscheins auf der Grundlage des belgischen Rechts gemäß § 2353 BGB mit dem vorgenannten Inhalt, und zwar hinsichtlich des gesamten Nachlasses des Erblassers mit Aus-

nahme des in Deutschland belegenen unbeweglichen Vermögens (ggfs. konkrete Angabe des Grundbesitzes).

2. Allgemeiner Eigenrechtserbschein gemäß § 2353 BGB und gegenständlich beschränkter Fremdrechtserschein gemäß § 2353 BGB (Doppelerbschein)

(umfasst das gesamte Inlandsvermögen der Erblassers nicht aber das bewegliche und unbewegliche Vermögen in Belgien; praktisch die wohl wichtigste Variante)

Der mit letztem Wohnsitz in Belgien (Wohnort) verstorbene belgische Erblasser E ist

- nach deutschem Recht aufgrund Rückverweisung des belgischen Rechts hinsichtlich seines in Deutschland belegenen unbeweglichen Vermögens (ggfs. konkrete Angabe des Grundbesitzes), gesetzlich (oder aufgrund einer Verfügung von Todes wegen) beerbt worden von . . .
- nach belgischem Recht hinsichtlich seines im Inland befindlichen beweglichen Vermögens gesetzlich (oder aufgrund einer Verfügung von Todes wegen) beerbt worden von . . .

Es wird beantragt die Erteilung

- eines allgemeinen Eigenrechtserbscheins gemäß § 2353 BGB – die Anwendbarkeit des deutschen Rechts folgt aus einer teilweisen Rückverweisung durch das belgische Recht (letztere Angabe ist nur klarstellend) – mit dem vorgenannten Inhalt, und zwar lediglich hinsichtlich des in Deutschland belegenen unbeweglichen Vermögens (ggfs. konkrete Angabe des Grundbesitzes) des Erblassers
- und
- eines gegenständlich auf den im Inland befindlichen beweglichen Nachlass beschränkten Fremdrechtserscheins gemäß § 2369 BGB mit dem vorgenannten Inhalt.

3. Isolierter allgemeiner Eigenrechtserbschein gemäß § 2353 BGB

(umfasst nur das in Deutschland befindliche unbewegliche Nachlassvermögen, nicht jedoch das in Deutschland befindliche bewegliche Nachlassvermögen)

Der mit letztem Wohnsitz in Belgien (Wohnort) verstorbene belgische Erblasser E ist nach deutschem Recht aufgrund Rückverweisung des belgischen Rechts hinsichtlich seines in Deutschland belegenen unbeweglichen Vermögens (ggfs. konkrete Angabe des Grundbesitzes), gesetzlich (oder aufgrund einer Verfügung von Todes wegen) beerbt worden von . . .

Es wird beantragt die Erteilung eines allgemeinen Eigenrechtserbscheins gemäß § 2353 BGB – die Anwendbarkeit des deutschen Rechts folgt aus einer teilweisen Rückverweisung durch das belgische Recht (letztere Angabe ist nur klarstellend) – mit dem vorgenannten Inhalt, und zwar lediglich hinsichtlich des in Deutschland belegenen unbeweglichen Vermögens (ggfs. konkrete Angabe des Grundbesitzes) des Erblassers.

Rechtsprechung

1. Liegenschaftsrecht – Heilung der fehlenden Beurkundung einer Rückübertragungsverpflichtung im Rahmen einer Gesamtabrede

(BGH, Urteil vom 3. 7. 2009 – V ZR 58/08 – mit Anmerkung von *Notar Dr. Georg Specks, Aachen*)

BGB § 311 b

Wird bei der Beurkundung eines Grundstückskaufvertrages die Vereinbarung einer Rückübertragungsverpflichtung nicht mitbeurkundet, wird der Formmangel dadurch geheilt, dass die Auflassung des Grundstücks an den Erwerber wirksam geworden und dessen Eintragung als Eigentümer in das Grundbuch erfolgt ist. Die Heilung einer formnichtigen Wiederkaufsabrede tritt demgemäß nicht erst mit der Rückauflassung an den Verkäufer und seiner Eintragung als Eigentümer ein.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

I. Der Bekl. half dem Kl. über mehrere Jahre hinweg bei der Bewältigung wirtschaftlicher Schwierigkeiten und bei der Abwendung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen. Anfang 1991 gewährte er dem Kl. ein mit 9,75 % zu verzinsendes Darlehen von 231 000,- DM, dessen Valuta er durch Aufnahme eines Kredits in Höhe von 260 000,- DM aufbrachte. Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 15. 5. 1991 verkaufte der Kl. dem Bekl. landwirtschaftlich genutzte Flächen nebst Inventar, Zubehör und Milchquote für 231 000,- DM; die Kaufpreisforderung erlosch dadurch, dass der Bekl. vereinbarungsgemäß mit seinem Anspruch auf Darlehensrückzahlung die Aufrechnung erklärte. An demselben Tag verpachtete der Bekl. dem Kl. die Flächen, das Inventar und Zubehör sowie die Milchquote für 2 100,- DM pro Monat. Später gewährte der Bekl. dem Kl. zwei weitere Darlehen von insgesamt 100 000,- DM.

Im Juni 1997 gab der Kl. zu Gunsten des Bekl. ein notariell beurkundetes Schuldanerkenntnis über 193 826,42 DM ab. Der Kl. zahlte im Oktober 2000 an den Bekl. 147 320,- DM.

Da der Kl. keine Pachtzahlungen mehr leistete, wurde er nach fristloser Kündigung des Pachtvertrags durch den Bekl. zur Räumung und Herausgabe der Flächen einschließlich Zubehör und Milchquote verurteilt.

Der Kl. hat von dem Bekl., gestützt auf eine behauptete Rückübertragungsvereinbarung, die Herausgabe und Rückübertragung der im Mai 1991 verkauften Flächen nebst Inventar und Zubehör sowie die Rückübertragung der Milchquote und die Rückzahlung einer behaupteten Überzahlung verlangt. Das LG hat die Klage abgewiesen. Die Berufung, mit welcher der Kl. hilfsweise die Feststellung der Verpflichtung des Bekl. zur Herausgabe und Rückübertragung der Flächen und Gegenstände sowie zur Rückübertragung der Milchquote nach der Befriedigung sämtlicher Aufwendungsersatzansprüche des Bekl. und weiter hilfsweise die Feststellung der Unwirksamkeit des Kaufvertrags und des Pachtvertrags beantragt hat, ist ohne Erfolg geblieben.

Mit der von dem Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kl. den ersten Hilfsantrag weiter. Der Bekl. beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Aus den Gründen:

II. Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist der noch im Streit befindliche Hilfsantrag unzulässig; ein alsbaldiges Feststellungsinteresse des Kl. sei nicht ersichtlich, weil seinem Recht keine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit drohe. Er habe weder geltend gemacht, dass alsbald die Gefahr eines Verkaufs durch den Bekl. an einen Dritten drohe, noch sei erkennbar, dass der Kl. die finanziellen Mittel zum Rückkauf der in Rede stehenden Flurstücke und Gegenstände aufbringen könne. Im Übrigen sei dieser Feststellungsantrag unbegründet, weil der Kl. den Abschluss einer Rückübertragungsvereinbarung „nicht mit Substanz dargestellt“ habe. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

Feststellungsinteresse

1. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht den Hilfsantrag als unzulässig angesehen; das notwendige Feststellungsinteresse kann dem Kl. nicht abgesprochen werden.

a) Ein rechtliches Interesse an einer alsbaldigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses ist gegeben, wenn dem Recht oder der Rechtslage des Kl. eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit droht und wenn das erstrebte Urteil geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen; bei einer behauptenden Feststellungsklage liegt eine solche Gefährdung in der Regel schon darin, dass der Bekl. das Recht des Kl. ernstlich bestreitet (Senat, Urt. v. 7. 2. 1986, V ZR 201/84, NJW 1986, 2507). Das ist hier der Fall, weil der Bekl. die von dem Kl. behauptete Rückübertragungsvereinbarung – und nicht bloß die vollständige Begleichung seiner Aufwendungen – leugnet. Mit der von dem Kl. beantragten Feststellung wäre dieser Streitpunkt abschließend geklärt.

b) Somit ist es entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts unerheblich, dass der Kl. die Gefahr eines Verkaufs der Flächen und Gegenstände an Dritte nicht geltend gemacht hat. Die weitere Überlegung des Berufungsgerichts, es sei nicht erkennbar, dass der Kl. die finanziellen Mittel zum Rückkauf aufbringen könne, spielt für die Beurteilung seines Feststellungsinteresses keine Rolle.

2. Ebenfalls zu Unrecht hat das Berufungsgericht in einer Hilfserwägung angenommen, der Feststellungsantrag sei unbegründet. Denn wenn das Gericht – wie hier – eine Klage als unzulässig ansieht, darf es sie nicht daneben oder stattdessen als unbegründet abweisen; die Ausführungen zur fehlenden Begründetheit gelten in einem solchen Fall als nicht geschrieben (BGH, Urt. v. 26. 1. 2006, IX ZR 282/03, ZInsO 2006, 260, 261 m. w. N.). Dies gilt auch, wenn – wie hier – eine Feststellungsklage als unzulässig abgewiesen wird.

Verhältnis von Haupt- und Hilfsantrag

3. Das Berufungsurteil ist somit in dem angefochtenen Umfang aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Insoweit ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 S. 1 ZPO), damit es über die Begründetheit des zulässigen

Hilfsantrags befinden kann. Hierzu weist der Senat auf folgendes hin:

a) Die rechtskräftige Abweisung des Hauptantrags präjudiziert nicht die Entscheidung über den Hilfsantrag, denn dieser hat einen anderen Streitgegenstand. Der Kl. will nicht, wie mit dem Hauptantrag, die unbedingte, sondern die von der Befriedigung der Aufwendungsersatzansprüche des Bekl. abhängige Rückübertragung der Flächen und Gegenstände einschließlich der Milchquote erreichen.

Anspruch aus dem Auftragsverhältnis

b) Als Rechtsgrundlage hierfür kommt ein Anspruch nach § 667 BGB in Betracht. Dies hat das Berufungsgericht übersehen. Obwohl es in seinem in der angefochtenen Entscheidung in Bezug genommenen Urteil vom 20. 9. 2006 davon ausgegangen ist, dass zwischen den Parteien ein Auftragsverhältnis bestanden habe, hat es hier zu dessen Inhalt und den sich daraus eventuell ergebenden Rechtsfolgen für die Klage keine Feststellungen getroffen. Dies wird es nachzuholen haben.

Anspruch aus der Rückübertragungsvereinbarung

c) Ein Anspruch aus der nach der Behauptung des Kl. zustande gekommenen Rückübertragungsvereinbarung kommt ebenfalls in Betracht. Dies bedarf ggf. der Klärung durch Vernehmung der Ehefrau des Kl. als Zeugin. Denn das Berufungsgericht hat rechtsfehlerhaft diese Vernehmung abgelehnt.

aa) Der Tatrichter darf von der Erhebung zulässiger und rechtzeitig angetretener Beweise nur absehen, wenn das Beweismittel völlig ungeeignet oder die Richtigkeit der unter Beweis gestellten Tatsache bereits erwiesen oder zu Gunsten des Ast. zu unterstellen ist; dabei ist größte Zurückhaltung geboten (BGH, Urte. v. 19. 6. 2000, II ZR 319/98, WM 2000, 2315, 2316). Dies hat das Berufungsgericht nicht beachtet.

bb) Der Kl. hat in seiner Berufungsbegründung vorgetragen, dass die an den Bekl. verkauften Flächen und Gegenstände nebst Milchquote an ihn zurück zu übertragen seien, wenn er dem Bekl. dessen Aufwendungen – nämlich den Betrag von 232 000,- DM, den der Bekl. zur Entschuldung des Kl. verwendet habe, sowie die von dem Bekl. zu zahlenden Kreditzinsen – ersetzt habe; diese Zusage habe der Bekl. dem Kl. unmittelbar vor dem Abschluss des Kaufvertrags und des Pachtvertrags gegeben. Zum Beweis für die Richtigkeit seines Vortrags hat sich der Kl. auf das Zeugnis seiner Ehefrau berufen. Diese ist – entgegen der in dem erstinstanzlichen Urteil vertretenen Ansicht – ein geeignetes Beweismittel, obwohl der Kl. nicht vorgetragen hat, wann und unter welchen Umständen die Zeugin Kenntnis von der behaupteten mündlichen Vereinbarung erlangt haben soll. Denn der Beweisanspruch ist so zu verstehen, dass die Zeugin bei dem von dem Kl. geschilderten Gespräch zwischen den Parteien anwesend war. Das ergibt sich insbesondere aus der Schilderung der übrigen Gespräche in der Replik des Kl. auf die Berufungserwidlung des Bekl.; danach wurde jeweils im Beisein der Zeugin das Tätigwerden des Bekl. für den Kl. besprochen.

Heilung der formnichtigen Wiederkaufsabrede

cc) Die fehlende Beurkundung der behaupteten Rückübertragungsvereinbarung steht einem eventuellen Anspruch des Kl. nicht von vornherein entgegen. Denn wenn die Vereinbarung ein Teil der zwischen den Parteien am 15. 5. 1991 getroffenen Gesamtabrede ist, ist sie mit der Auflassung des Grundstücks an den Bekl. und seiner Eintragung als Eigentümer in das Grundbuch wirksam geworden. Die Heilung einer formnichtigen Wiederkaufsabrede (§ 313 S. 2 BGB a.F.) tritt nämlich schon mit der Auflassung und Eintragung des Eigentumswechsels in das Grundbuch zugunsten des Käufers und nicht erst mit der Rückauflassung an den Verkäufer und seiner Eintragung als Eigentümer ein (Senat, Urte. v. 15. 11. 1974, V ZR 78/73, NJW 1975, 205).

Anmerkung:

Vereinbaren die Parteien eines Grundstückskaufvertrages außerhalb der notariellen Kaufurkunde, dass der Käufer dem Verkäufer das verkaufte Grundstück unter bestimmten Voraussetzungen wieder zurückverkaufen muss, so wird der durch die fehlende Beurkundung der Rückverkaufsverpflichtung begründete Formmangel der (Gesamt-) Vereinbarungen der Beteiligten insgesamt, d. h. einschließlich der Rückverkaufsvereinbarung, bereits durch die Auflassung des Grundstücks auf den Käufer und dessen Eintragung als Eigentümer im Grundbuch geheilt. Die Heilung tritt bereits zu diesem Zeitpunkt ein, nicht erst zu dem Zeitpunkt, zu dem das Grundstück rückaufgelassen und der Verkäufer wieder als Eigentümer im Grundbuch eingetragen wird. Diesen Standpunkt vertrat bereits das Reichsgericht zu § 313 S. 2 BGB a.F.¹ Der BGH ist dieser Ansicht des Reichsgerichts in ständiger Rechtsprechung gefolgt und legt diese Grundsätze auch seiner Entscheidung im obigen Urteil vom 3. 7. 2009 zugrunde.² Für die notarielle Praxis ist diese Rechtsprechung des BGH von nicht unerheblicher Bedeutung. Denn Rückübereignungsvereinbarungen kommen in der Praxis häufig vor. Würde man die Heilung erst mit „Erfüllung“ der Rückübereignungspflicht eintreten lassen, wäre die Heilungswirkung zeitlich weit hinausgeschoben, vielfach träte die Heilung gar nicht ein, mit allen damit verbundenen negativen Konsequenzen. Das Schrifttum ist dem BGH in dieser Einzelfrage zu § 313 S. 2 BGB a.F. ganz überwiegend gefolgt.³ Nur vereinzelt wird der BGH für seine Ansicht kritisiert. So meint etwa *Pohlmann* (wohl aus dem grundsätzlich anerkanntswerten Anliegen, die Bedeutung der Formvorschrift in § 313 S. 1 BGB a.F./§ 311 b Abs. 1 S. 1 BGB nicht einzuschränken), erst die „Erfüllung“ aller hinsichtlich des betreffenden Grundstücks vereinbarten Übereignungspflichten führe zur Heilung des Gesamtvertrages.⁴ Wortlaut sowie Sinn und Zweck der Heilungsregelung deuten aber eher in die vom BGH vertretene Richtung. Denn § 313 S. 2 BGB a.F. wie der inhaltsgleiche § 311 b Abs. 1 S. 2 BGB sprechen

1 RG, JW 1909, 15 (Nr. 8).

2 So bereits BGH, NJW 1952, 1171.

3 Siehe z. B. *Kanzleiter* in MünchKomm, BGB, 5. Aufl., 2007, § 311 b Rn. 85.

4 Siehe *Pohlmann*, Die Heilung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte durch Erfüllung, 1992, S. 121, die diese Fälle über die Grundsätze der Teilerfüllung lösen will.

davon, dass der Vertrag mit der Auflassung und der Eintragung des Erwerbers „*seinem ganzen Inhalt(e) nach*“ wirksam wirkt. Von der Anwendung der Norm noch nicht „erfüllte“, auf das entsprechende Grundstück bezogene weitere Übereignungspflichten – etwa i. S. einer teleologischen Reduktion – auszunehmen, besteht kein Anlass, im Gegenteil: Denn § 311 b Abs. 1 S. 2 BGB dient nach heutigem Verständnis ebenso wie seine Vorgängervorschrift in erster Linie der Rechtssicherheit.⁵ Sachenrechtlich vollzogene Vorgänge sollen nicht unter Hinweis auf die Formnichtigkeit des schuldrechtlichen Veräußerungsvertrages mit dem Instrument des Bereicherungsrechts wieder in Frage gestellt und rückabgewickelt werden. Ein solchermaßen schutzwürdiger Zustand entsteht aber bereits mit dem Eigentumserwerb des Käufers und nicht erst mit dem Rückerwerb durch den Verkäufer.⁶ Vergegenwärtigt man sich zudem, dass die Beteiligten in derartigen Konstellationen zumindest einen gewissen Übereilungsschutz durch die wenn auch fehlerhafte Beurkundung und durch die vor dem Notar zu erklärende Auflassung des Grundstücks auf den Käufer erfahren haben, wäre es schlicht unangemessen, den Vertrag wegen der mangelnden Beurkundung der Rückübertragungspflicht wieder rückabzuwickeln. In entsprechender Weise sind die Zusammenhänge nach herrschender (und zutreffender) Ansicht zu beurteilen, wenn es um Formmängel von Vereinbarungen geht, die eine Pflicht des Käufers zur Weiterveräußerung des Kaufgrundstücks beinhalten.⁷ Anders liegen die Dinge hingegen, wenn der Käufer dem Verkäufer nicht das gekaufte, sondern ein anderes Grundstück unter bestimmten Voraussetzungen übereignen soll und die Beteiligten diese Abrede nicht beurkunden lassen. Zwar ließe sich auch hier argumentieren, dass bereits mit der Übereignung des Kaufgrundstücks auf den Käufer ein schützenswerter Zustand eingetreten sei. Die Heilung des Formmangels tritt in solchen Fällen aber gleichwohl erst mit der Auflassung des anderen Grundstücks auf den Verkäufer und dessen Eintragung als neuer Eigentümer im Grundbuch ein. Denn eine Heilung nach § 311 b Abs. 1 S. 2 BGB setzt tatbestandlich voraus, dass das entsprechende Grundstück aufgelassen wurde. Helfen kann in solchen Fällen allenfalls § 139 BGB, und zwar dann, wenn nach dem Parteiwillen die bereits vollzogene Übereignungspflicht auch ohne die noch nicht vollzogene Übereignungspflicht gültig sein sollte.⁸ Ist dies nicht der Fall, d. h. sollten die Übereignungsvereinbarungen „*miteinander stehen und fallen*“, ist in derartigen Konstellationen der gesamte Vertrag unwirksam.

Notar Dr. Georg Specks, Aachen

2. Liegenschaftsrecht – Löschung von Rückgewährvormerkungen ohne Bewilligung des Berechtigten
(*OLG München*, Beschluss vom 27. 11. 2009 – 34 Wx 102/09)

BGB §§ 139; 883 Abs. 1
GBO §§ 19; 22
ZPO § 322 Abs. 1; § 767

1. Zu den Voraussetzungen der Löschung von Rückgewährvormerkungen ohne Bewilligung des Berechtigten.

2. Ein auf Klage nach § 767 ZPO ergangenes Urteil, das die Zwangsvollstreckung aus einer notariellen Urkunde für unzulässig erklärt, ist kein geeignetes Mittel, die Unrichtigkeit des Grundbuchs im Hinblick auf eine Vormerkung zu beweisen, die einen mit dieser Urkunde begründeten Anspruch sichert.

Zum Sachverhalt:

I. Der Bet. zu 1) ist Eigentümer eines Grundstücks (Gebäude und Freifläche, Landwirtschaftsfläche). Zu notarieller Urkunde räumte er am 16. 3. 1999 dem Bet. zu 2) gegen Zahlung von 58 600,- DM ein Wohnungsrecht an einem auf dem Grundstück befindlichen Stallgebäude ein, welches der Bet. zu 2) in ein Wohnhaus umzubauen beabsichtigte. Wegen der Zahlungsverpflichtung unterwarf sich der Bet. zu 2) der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen. Auf dem Grundstück lasteten drei vorrangige Buchgrundschulden zu Gunsten einer Bank. Alle bestehenden und künftig noch entstehenden Ansprüche auf Löschung oder Rückgewähr dieser Grundschulden trat der Bet. zu 1) an den Bet. zu 2) ab und verpflichtete sich, für diesen je eine Vormerkung im Grundbuch eintragen zu lassen. Nach Bewilligung durch den Grundpfandgläubiger wurden die Rückgewährvormerkungen am 7. 5. 1999 im Grundbuch eingetragen.

In einem Zivilrechtsstreit des Bet. zu 2) gegen den Bet. zu 1) erklärte das LG mit rechtskräftigem Endurteil vom 18. 10. 2004 die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde vom 16. 3. 1999 für unzulässig. Zur Begründung ist in dem Urteil ausgeführt, dass der Anspruch auf die Gegenleistung für das Wohnungsrecht wegen anfänglicher Unmöglichkeit und daraus folgender Nichtigkeit des Vertrags nicht gegeben sei. Anfänglich unmöglich sei der Vertrag, weil die Nutzung des Stallgebäudes zu Wohnzwecken nach den inzwischen vorliegenden verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen unzulässig sei.

Im anschließenden Verfahren vor dem AG wegen Abgabe einer Willenserklärung einigten sich die Parteien am 24. 9. 2008 vergleichsweise dahingehend, dass beiderseits beantragt und bewilligt wurde, das eingetragene Wohnungsrecht zu löschen. Dies wurde sodann am 25. 9. 2008 vollzogen.

Unter dem 16. 2. 2009 hat der Bet. zu 1) beim GBA unter Hinweis auf die vorerwähnten gerichtlichen Entscheidungen beantragt, die Rückgewährvormerkungen zu Gunsten des Bet. zu 2) von Amts wegen zu löschen. Nach fruchtloser Zwischenverfügung vom 30. 4. 2009 hat das GBA mit Beschluss vom 28. 5. 2009 die Eintragungsanträge zurückgewiesen. Die Beschwerde hat das LG am 11. 9. 2009 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde des Bet. zu 1), der sich der Bet. zu 2) widersetzt.

Aus den Gründen:

II. Das Verfahren richtet sich nach dem bis zum 1. 9. 2009 geltenden Rechtszustand (vgl. Art. 1 Abs. 1 FGG-RG vom 22. 12. 2008 BGBl I S. 2586).

Die Zulässigkeit der weiteren Beschwerde ergibt sich bereits daraus, dass der Bet. zu 1) mit seiner Erstbeschwerde erfolglos geblieben ist (Demharter, 26. Aufl., § 78 GBO Rn. 2). Das LG ist auch zutreffend von der Zulässigkeit der Erstbeschwerde ausgegangen, weil die Entscheidung des GBA die Rechtsstellung des Bet. zu 1)

⁵ Dazu und zu den „historischen Hintergründen“ für § 313 S. 2 BGB a. F., *Specks*, RNotZ 2002, 193, 194 ff.

⁶ *Anders Harke*, WM 2004, 351, 361.

⁷ *Kanzleiter*, a.a.O. (Fn. 3), § 311 b Rn. 85; a. A. *Harke*, WM 2004, 357, 361.

⁸ Vgl. *Kanzleiter*, a.a.O. (Fn. 3), § 311 b Rn. 78.

beeinträchtigt (vgl. Demharter, § 71 Rn. 58). Denn wenn der vormerkungsgesicherte Anspruch des Bet. zu 2) nicht bestände, wären die vom Bestand der Ansprüche abhängigen Vormerkungen hinfällig (Palandt/Bassenge, 68. Aufl., § 883 BGB Rn. 2) und das Grundbuch durch deren Löschung zu berichtigen. Als Rechtsinhaber der Ansprüche gegen die Bank auf Löschung oder Rückgewähr der Grundschulden wäre dann wieder der Bet. zu 1) ausgewiesen.

Die Ausführungen des Landgerichts

1. Das LG hat zur Sache ausgeführt:

Das AG habe die begehrte Löschung der Rückgewährsvormerkungen zutreffend von der Vorlage einer Löschungsbevollmächtigung abhängig gemacht. Zur Berichtigung des Grundbuchs bedürfe es nur dann nicht der Bewilligung des Berechtigten, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen sei. Der Nachweis der Unrichtigkeit sei in der Form des § 29 GBO zu führen, also durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden.

Ein derartiger Nachweis liege nicht vor. Zwar habe der Bet. zu 1) sich auf das zivilgerichtliche Urteil vom 18. 10. 2004 berufen, welches jedoch zum Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs im Hinblick auf die geltend gemachte Nichtigkeit der Vormerkungen nicht geeignet sei. In Rechtskraft erwachsen sei lediglich der Urteilstenor. Schon deswegen sei das Urteil nicht zum Nachweis dafür tauglich, dass die Eintragung der Vormerkungen mit der materiellen Rechtslage nicht übereinstimme. Es stelle auf die Nichtigkeit des schuldrechtlichen Vertrags über die Verpflichtung zur Eintragung eines Wohnungsrechts ab. Dessen Nichtigkeit erfasse nicht zwangsläufig die gleichfalls vereinbarte Abtretung der Ansprüche auf Löschung der Buchgrundschulden und die in diesem Zusammenhang bewilligte Sicherung dieser Ansprüche durch Vormerkung.

2. Die Entscheidung des LG hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Die Voraussetzungen für eine auf Antrag nach § 13 Abs. 1 GBO vorzunehmende Berichtigung des Grundbuchs (§ 22 Abs. 1 GBO) sind nicht gegeben. Eine Bewilligung des Bet. zu 2), dessen Recht (vgl. Demharter, § 19 Rn. 45) von der begehrten Löschung betroffen ist (§ 19 GBO), liegt nicht vor.

Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs unterliegt strengen Anforderungen – Beweisregel des § 139 BGB ist im Grundbuchverfahren unbeachtlich

b) Zur Berichtigung des Grundbuchs bedarf es der Bewilligung nur dann nicht, wenn die Unrichtigkeit nachgewiesen wird (§ 22 Abs. 1 S. 1 GBO). Der Nachweis obliegt dem Ast. ohne Rücksicht darauf, wie sich die Beweislast in einem über den Berichtigungsanspruch (§ 894 BGB; siehe auch BayObLGZ 1997, 223, 226) geführten Prozess verteilen würde (Demharter, § 22 Rn. 36). An ihn sind strenge Anforderungen zu stellen (ständige Rechtsprechung; vgl. BayObLG Rpfleger 1982, 467 f.); ein gewisser Wahrscheinlichkeitsgrad genügt nicht. Der Ast. muss alle Möglichkeiten ausräumen, die der Richtigkeit der begehrten neuen Eintragung entgegen stehen würden (BayObLG Rpfleger 1982, 141; 1992, 19). So setzt die

Löschung einer Vormerkung (§ 883 Abs. 1 BGB) im Weg der Berichtigung voraus, dass der Ast. in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise und in der Form des § 29 GBO nachweist, dass das Bestehen oder Entstehen des zu sichernden Anspruchs ausgeschlossen ist. Die materielle Beweisregel des § 139 BGB gilt im Grundbuchberichtigungsverfahren nicht (BayObLG NJW-RR 1990, 722, 723; Rpfleger 1997, 151, 152; Demharter, § 22 Rn. 37). Schon deshalb kann aus der Nichtigkeit einzelner Teile des notariell beurkundeten Geschäfts vom 16. 3. 1999, nämlich der vom Zivilgericht angenommenen Nichtigkeit des schuldrechtlichen Vertrags über die Wohnrechtsbestellung, nicht auf die Unwirksamkeit der zu gleicher Urkunde erklärten Abtretungen und der dazu bewilligten Vormerkungen geschlossen werden.

Zivilgerichtliche Urteile sind nur im Rahmen ihrer Rechtskraft zum Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs geeignet

c) Im Übrigen trifft die Beurteilung des LG auch insofern zu, als sich das zivilgerichtliche Urteil zum Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit nicht eignet. Streitgegenstand der Klage nach § 767 ZPO ist die Beseitigung der Vollstreckbarkeit des Titels, weil dessen vollstreckbarer Anspruch durch die geltend gemachten Einwendungen erloschen oder gehemmt sei (BGH NJW 2005, 2313; Thomas/Putzo/Hüßtege, 30. Aufl., § 767 ZPO Rn. 3). Das Bestehen des vollstreckbaren Anspruchs ist nicht Streitgegenstand. Die materielle Rechtskraft des Urteils (§ 322 Abs. 1 ZPO) wiederum wird vom Umfang des Streitgegenstands bestimmt (Thomas/Putzo/Hüßtege, a.a.O.). Die vereinbarte Abtretung der Ansprüche auf Löschung von Buchgrundschulden, welche vormerkungsgesichert sind, wird hiervon nicht erfasst.

Keine Nachweiserleichterung, wenn Berichtigungsbevollmächtigung durch Urteil erwirkbar

d) Auf die vom Bet. zu 1) angekündigte Stellungnahme des Notars kommt es schon deshalb nicht an, weil im Rechtsbeschwerdeverfahren neue Tatsachen und Beweismittel nicht eingeführt werden können. Überdies sind die Beweismittel des Grundbuchverfahrens ohnehin limitiert und unterliegen einem Formzwang (vgl. § 29 GBO; BayObLG Rpfleger 1984, 463; Hügel/Holzer, § 22 GBO Rn. 65). Die „Notarbestätigung“ hat als gutachterliche Äußerung keine Beweiskraft (Demharter, § 29 Rn. 29). Dies gilt auch dann, wenn die Möglichkeit, eine formgerechte Erklärung abzugeben, im Einzelfall erschwert oder unzumutbar ist oder sogar unmöglich sein sollte. Auch sonst sind Fälle denkbar, in denen der Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nicht gelingen wird. In diesem Fall bedarf es regelmäßig einer notfalls durch Urteil zu erwirkenden Berichtigungsbevollmächtigung des Betroffenen. Dies mag mit Schwierigkeiten verbunden sein, rechtfertigt für sich allein aber noch nicht die Annahme, in einem solchen Fall könne oder müsse von einem grundbuchmäßigen Nachweis der Unrichtigkeit abgesehen werden (BayObLG Rpfleger 1984, 463, 464).

3. Die Entscheidung über die Auslagererstattung zu Gunsten des Bet. zu 2) im Rechtsbeschwerdeverfahren beruht auf § 13 a Abs. 1 S. 2 FGG. Der Bet. zu 2) hat

schriftlich Stellung genommen und die Entscheidung des Beschwerdegerichts verteidigt.

Anmerkung der erweiterten Schriftleitung:

Das OLG München hatte sich im vorliegenden Fall mit der Frage zu befassen, welche Anforderungen an den Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs zu stellen sind, wenn die Löschung einer Rückgewährvormerkung ohne Bewilligung des Berechtigten beantragt wird. Entsprechend der allgemeinen Auffassung (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl., 2008, Rn. 1543 m. w. N.; Schaal, RNotZ 2008, 569, 575) setzt es den Maßstab streng an. Es verlangt, dass der Nachweis der Unrichtigkeit in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise erbracht werden muss, und stellt fest, dass die materielle Beweisregel des § 139 BGB unbeachtlich ist. Nachweiserleichterungen kommen nur in Fällen unüberbrückbarer Beweisnot in Betracht. Solch eine liege nicht vor, wenn die Bewilligung von dem Berechtigten – notfalls durch Urteil – erwirkt werden kann.

Soll eine Vormerkung gelöscht werden, ist grundsätzlich die Bewilligung des Berechtigten einzuholen. Eine Löschung aufgrund Unrichtigkeitsnachweis kommt nur dann in Betracht, wenn der Ast. in der Form des § 29 GBO beweisen kann, dass der Anspruch nicht entstanden ist bzw. nicht mehr besteht. Dies wird nur selten der Fall sein (Schöner/Stöber, a.a.O.); dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass eine wegen Fehlens oder Wegfall eines Anspruchs unwirksame Vormerkung durch Neubegründung eines deckungsgleichen Anspruchs und Bewilligung außerhalb des Grundbuchs wieder wirksam geworden (vgl. BGH MittRhNotK 2000, 28) bzw. ihr Sicherungsumfang außerhalb des Grundbuchs nachträglich erweitert worden sein kann (vgl. BGH RNotZ 2008, 222 mit Anm. Heggen, RNotZ 2008, 213) Denkbar ist die Löschung einer Vormerkung ohne Bewilligung, wenn die Aufhebung des zugrundeliegenden Vertrages notariell beurkundet bzw. – sofern die Auflassung noch nicht erklärt ist – notariell beglaubigt ist (BayObLG MittRhNotK, 1989, 52; LG Köln MittRhNotK 1989, 267) oder wenn der Vertrag durch rechtskräftiges Feststellungs- bzw. Gestaltungsurteil für unwirksam erklärt wurde (BeckOK GBO/Holzer, Stand 1. 10. 2009, § 22 Rn. 61 m. w. N.) und sich aus den Grundakten keine weiteren Sicherungswirkungen ergeben.

CK

3. Erbrecht – Zur Beeinträchtigung eines erbvertraglich Bedachten durch Auswechslung des Testamentsvollstreckers

(Kammergericht, Urteil vom 23. 11. 2009 – 8 U 144/09)

BGB § 2289

Wird in einem Erbvertrag die Person des Testamentsvollstreckers festgelegt und ernennt der Erblasser in einem späteren Testament eine andere Person zum Testamentsvollstrecker, kann darin im Einzelfall eine Beeinträchtigung des vertragsmäßig Bedachten liegen (§ 2289 Abs. 1 BGB). Dies kommt insbesondere dann in

Betracht, wenn nach dem Erbvertrag der vertragsmäßig Bedachte selbst Testamentsvollstrecker sein sollte.

(Leitsatz nicht amtlich)

Aus den Gründen:

(...) Die von § 5 des Erbvertrages abweichenden Bestimmungen in Ziff. 6 des Testaments sind gemäß § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB unwirksam.

Ob in der Auswechslung nur der Person des Testamentsvollstreckers eine Beeinträchtigung des Rechts des vertragsmäßig Bedachten liegen kann, ist in Rechtsprechung und Literatur streitig.

Nach einer Auffassung keine Beeinträchtigung des vertragsmäßig Bedachten bei Auswechslung der Person des Testamentsvollstreckers

Nach einer Auffassung soll in der Auswechslung nur der Person des Testamentsvollstreckers keine Beeinträchtigung liegen (vgl. Palandt/Edenhofer, 68. Aufl. 2009, § 2289 BGB Rn. 5; Bamberger/Roth/Litzenburger, Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Edition 14, Stand 1. 9. 2009, § 2289 Rn. 10; Frieser/Zimmer, Fachanwaltskommentar Erbrecht, 2. Aufl. 2008, § 2289 BGB Rn. 11; Staudinger/Kanzleiter, Bearbeitung 2006, § 2270 BGB Rn. 19; MünchKomm/Musielak, a.a.O., § 2289 BGB Rn. 10; Damrau/Krüger, Erbrecht, 2004, § 2289 BGB Rn. 2; Deutscher Erbrechtskommentar/Burandt, 2003, § 2289 BGB Rn. 12; Soergel/Wolf, 13. Aufl. 2002, § 2289 BGB Rn. 10; so für den Regelfall auch OLG Düsseldorf ZEV 1994, 302; OLG Hamm ZEV 2001, 271).

Nach der Gegenansicht grundsätzliche Benachteiligung des Vertragserben bei Auswechslung der Person des Testamentsvollstreckers

Nach der Gegenansicht (vgl. OLG Stuttgart OLGZ 1979, 49, 51; Meyding, ZEV 1994, 98, 100) soll der Vertragserbe grundsätzlich benachteiligt werden, wenn im Erbvertrag eine bestimmte Person als Testamentsvollstrecker benannt ist und diese durch spätere Verfügung ausgewechselt wird.

Nach vermittelnder Auffassung kommt es darauf an, ob der Vertragserbe durch Auswechslung konkret messbar benachteiligt wird

Eine vermittelnde Auffassung stellt darauf ab, ob der Bedachte im Einzelfall gegenüber der ursprünglichen Verfügung konkret messbar benachteiligt ist (vgl. KG FamRZ 1977, 485, 487; Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, 3. Aufl. 2008, Rn. 19; Erman/M. Schmidt, 12. Aufl. 2008, § 2289 BGB Rn. 5; Anwaltskommentar-BGB/Kornexl, 2. Aufl. 2007, § 2278 Rn. 8 und § 2289 Rn. 35; Reimann, ZEV 2001, 273, 274).

Konkrete Umstände des Einzelfalls sind maßgeblich – Benachteiligung kann insbesondere darin liegen, dass fremde Person anstatt Familienangehöriger zum Testamentsvollstrecker ernannt wird

Der Senat folgt der letztgenannten Ansicht, da diese Frage nicht unabhängig von den Umständen des konkreten Falles beantwortet werden kann. Insbesondere kann eine Beeinträchtigung des Bedachten darin liegen, dass eine fremde Person statt eines Familienangehörigen

zum Testamentsvollstrecker eingesetzt wird (vgl. Zimmermann, a.a.O.; Reimann, a.a.O.; Kornexl, a.a.O.; offen gelassen vom KG a.a.O.). So ist es hier. Nach der ursprünglichen Regelung sollte der jeweilige vertragsmäßig bedachte Erbe ab Vollendung seines 28. Lebensjahres selbst Testamentsvollstrecker sein. Er sollte nach § 6 Abs. 1 S. 3 des Erbvertrages sogar Chef der Verwaltung sein und bei Stimmgleichheit entscheiden. Ein weiterer Testamentsvollstrecker sollte dem vormaligen preußischen Königshaus entstammen, ein weiterer sollte wegen seines Amtes in der Generalverwaltung eine besondere Beziehung zur Familie haben. An der grundsätzlichen Zusammensetzung sollte sich durch den Wegfall einzelner Testamentsvollstrecker nichts ändern. Der Vertragserbe hatte daher nach dem Erbvertrag die Möglichkeit, auf die Testamentsvollstreckung direkt entscheidenden Einfluss auszuüben. Er konnte zudem damit rechnen, dass sein Wort als jeweiliger „Chef des Hauses“ bei dem Testamentsvollstrecker, der ebenfalls der Familie entstammen sollte, und dem Generalverwalter des vormals regierenden Preußischen Königshauses besonderes Gewicht haben würde.

An dieser einflussreichen Position des Vorerben änderte sich auch nichts Entscheidendes, wenn man – wie von den Kl. in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat geltend gemacht – annimmt, dass zum Zeitpunkt der Testamentsrichtung im Jahre 1950 wegen des Vorversterbens von E. F. P. v. P. und wegen der Minderjährigkeit der Söhne des Vorerben die Position des in § 5 S. 1 Ziffer 2, S. 2 lit. a) des Erbvertrages bestimmten Testamentsvollstreckers zunächst nicht zu besetzen gewesen wäre. Es kann offen bleiben, ob sich die Person des Ersatztestamentsvollstreckers in dieser Situation aus § 2 S. 2 des Erbvertrages ergab.

Diese starke Stellung ist dem Vertragserben durch das spätere Testament genommen worden. Nach dem Testament sollte der Vertragserbe nicht mehr als Testamentsvollstrecker fungieren. Das ergibt sich eindeutig daraus, dass der Erblasser in seinem Testament die Testamentsvollstrecker mit 1. bis 3. bezeichnet hat. Wäre es ihm dagegen darum gegangen, nur die im Erbvertrag mit den Nummern 2 bis 4 bezeichneten Testamentsvollstrecker auszuwechseln, wäre zu erwarten gewesen, dass der Erblasser die neuen Testamentsvollstrecker im Testament ebenfalls mit diesen Nummern bezeichnet oder sonst kenntlich macht, dass der Erbe weiterer Testamentsvollstrecker sein soll. Dass das Nachlassgericht L. F. dennoch als Testamentsvollstrecker behandelt hat, ist nach Auffassung des Senats für die Auslegung des Testaments nicht erheblich.

Gefahr einer Eigendynamik der Testamentsvollstreckung und mangelnder Orientierung an den Interessen des Hauses

Der jeweilige Vertragserbe hat damit nicht nur die Möglichkeit verloren, durch seine Tätigkeit im Testamentsvollstreckergermium direkten Einfluss auf die Verwaltung des Nachlasses nehmen zu können. Da im Testament zudem ausschließlich familienfremde Personen zu Testamentsvollstreckern und Ersatztestamentsvollstreckern eingesetzt worden sind, die sogar nach Gutdünken befugt sein sollten, weitere Ersatztestamentsvollstrecker vorzuschlagen, bestand für den jeweiligen Vertragserben

die Gefahr, dass die Testamentsvollstreckung eine Eigendynamik entwickelt und sich nicht mehr an den Interessen des Hauses gemäß dem Verständnis des jeweiligen Erben orientiert. Hierin liegt eine konkret messbare Benachteiligung des Vertragserben.

Der Erblasser hat sich im Erbvertrag auch nicht vorbehalten, das Testamentsvollstreckergermium abweichend vom Erbvertrag zu besetzen. Er hat sich in § 4 des Erbvertrages lediglich vorbehalten, für die Vermögensbestandteile, die nicht zu dem von Wilhelm II. auf ihn übergegangenen oder noch übergehenden Vermögen gehören, Sondertestamentsvollstrecker zu ernennen. Darum geht es hier nicht. (...)

Anmerkung der erweiterten Schriftleitung:

Die Frage der Möglichkeit einer Auswechslung der Person des im Erbvertrag bestimmten Testamentsvollstreckers durch Testament ist in Rspr. und Lit. umstritten: Wohingegen z. T. keine Beeinträchtigung des Vertragserben angenommen wird (so Palandt/Edenhofer, § 2289 Rn. 5 m. w. N.) kommt die Gegenauffassung zu einer Unwirksamkeit der Auswechslung nach § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB (so OLG Stuttgart OLGZ 1979, 49, 51).

Die vorliegende Entscheidung beschäftigt sich wieder einmal mit der erbrechtlichen Situation des Hauses Hohenzollern. Zuletzt hatte der BGH in diesem Zusammenhang entschieden, dass die Anordnung der Dauer-testamentsvollstreckung ihre Wirksamkeit mit dem Tod des letzten Testamentsvollstreckers verliere, der binnen 30 Jahren seit dem Erbfall ernannt wurde (BGH, DNotZ 2008, 539). Nicht Stellung genommen hatte das Gericht aber zu der Frage, ob durch späteres Testament die aufgrund Erbvertrags bestimmte Person des Testamentsvollstreckers wirksam ausgewechselt werden kann.

Das KG folgt in dieser Streitfrage einer vermittelnden Auffassung, die auf die konkreten Umstände des Einzelfalls abstellt (zustimmend Zimmermann, ZEV 2010, 43, 44; vgl. auch KG FamRZ 1977, 485, 487; Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, 3. Aufl. 2008, Rn. 19). Solche Umstände, die den Vertragserben beeinträchtigen, sieht das KG hier als gegeben an. Dadurch, dass eine familienfremde Person zum Testamentsvollstrecker eingesetzt wird, bestehe die Gefahr, dass die Testamentsvollstreckung eine Eigendynamik entfalte und sich nicht mehr an den Interessen des Hauses gemäß dem Verständnis des jeweiligen Erben orientiere. Dies gelte insbesondere, als dass nach der ursprünglichen Regelung der jeweilige vertragsmäßig bedachte Erbe ab Vollendung seines 28. Lebensjahres selbst Testamentsvollstrecker und sogar Chef der Verwaltung sein sollte. Damit stellte sich die im Erbvertrag angeordnete Testamentsvollstreckung für den Erben letztlich als Begünstigung und nicht als Beschwerung dar. Zudem hatte sich der Erblasser im Erbvertrag auch nicht vorbehalten, die Testamentsvollstreckung abweichend von der im Erbvertrag bestimmten Ausgestaltung zu regeln.

Für die erbrechtliche Gestaltung ist die Entscheidung insoweit bedeutsam, als dass sie einerseits eine spätere Abänderbarkeit der Person des im Erbvertrag benannten Testamentsvollstreckers durch Testament einschränkt,

andererseits aber auch die Möglichkeit aufzeigt, dem Erblasser eine solche durch ausdrücklichen Änderungsvorbehalt im Erbvertrag zu erhalten.

LB

4. Erbrecht – Zur Sittenwidrigkeit eines Behinderertestaments sowie eines Pflichtteilsverzichtsvertrages

(*OLG Köln*, Urteil vom 9. 12. 2009 – 2 U 46/09 – mitgeteilt von *Richter am Oberlandesgericht Werner Sternal* und mit Anmerkung von *Notarassessor Dr. Christian Vaupel, Pulheim*)

BGB §§ 138; 2269; 2346

- 1. Eine Verfügung von Todes wegen, mit der Eltern ihr behindertes, durch den Sozialhilfeträger unterstütztes Kind nur als Vorerben auf einen den Pflichtteil kaum übersteigenden Erbteil einsetzen, bei seinem Tod ein anderes Kind als Nacherben berufen (sog. Behindertentestament), verstößt nicht gegen die guten Sitten.**
- 2. Ein von dem behinderten Kind mit seinen Eltern leibzeitig abgeschlossener Pflichtteilsverzichtsvertrag ist auch nicht im Falle des Bezuges von Sozialleistungen sittenwidrig.**

Zum Sachverhalt:

I. Der Kl. nimmt den Bekl. als Erben seiner am 6. 11. 2006 verstorbenen Ehefrau, Frau S. N., aus übergeleitetem Recht im Wege der Stufenklage auf Auskunft und Zahlung aus streitigem Pflichtteilsrecht der Tochter des Bekl. in Anspruch.

Der Kl. gewährt der lernbehinderten Tochter des Bekl., Frau N. N. (geb. 1974), die nicht unter gerichtlicher Betreuung steht, seit 1992 Eingliederungshilfe gemäß §§ 53 ff. SGB XII. Im Jahre 2007 wurde die Leistung als erweiterte Hilfe nach § 19 Abs. 5 SGB XII umgestellt. Mit Bescheid vom 30. 4. 2008 leitete der Kl. gemäß § 93 Abs. 1 S. 1 SGB XII sowohl den Pflichtteils- als auch den Auskunftsanspruch nach § 2314 BGB der Leistungsempfängerin aus dem Erbfall nach ihrer verstorbenen Mutter über. Derzeit fallen monatliche Kosten in Höhe von 3 000,- € an, und die bisher aufgewendeten Beträge belaufen sich auf über 400 000,- €. Seit November 2006 bis zum 31. 5. 2008 wurden seitens des Kl. Leistungen in Höhe von 62 717,30 € erbracht.

Der Bekl. lebte mit seiner Ehefrau in Zugewinnngemeinschaft. Aus der Ehe gingen drei Kinder hervor. Am 6. 11. 2006 errichteten die Eheleute ein gemeinschaftliches Testament. Zu diesem Zweck begab sich der Notar in die Wohnung der Eheleute. Die Eheleute setzten sich in dem Ehegattentestament gegenseitig als Alleinerben, die Tochter T. (geb. 1969) und den Sohn C. (geb. 1977) zu je 83/200 als Schlusserven des Längstlebenden sowie die Tochter N. zu 34/200 als Vorerbin ohne Befreiung von den gesetzlichen Beschränkungen des §§ 2113 ff. BGB ein. Zugleich wurden Dauertestamentsvollstreckung hinsichtlich des der Tochter N. anfallenden Erbteils angeordnet und der Bruder zum Testamentsvollstrecker sowie für den Fall des Todes der Tochter als Nacherbe bestimmt. Weiterhin heißt es unter anderem in der notariellen Urkunde (Urkundenrolle-Nr. ... des Notars ...):

„Frau N. gab an, ihren Namen nicht schreiben und nicht sprechen zu können. Der Notar zog daher als Zeugen und Erklärungshelfer ... zu. Ausschlussgründe für die Mitwirkung gemäß

§ 26 BeurkG liegen in der Person des Zeugen und Erklärungshelfers nicht vor. Frau N. kann sich auch durch Zeichen verständlich machen. ...

Der Notar überzeugte sich durch die Verhandlung von der erforderlichen Geschäfts- und Testierfähigkeit der Erblasser. Frau N. ist schwer krebserkrank und nach Auskunft ihres behandelnden Arztes, des Zeugen und Erklärungshelfers ... testierfähig.

Unsere Tochter N. N. ist lernbehindert, steht jedoch nicht unter gerichtlicher Betreuung und ist auch nicht in der Geschäftsfähigkeit eingeschränkt. ...“

Im Anschluss an die Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments verzichteten die Tochter N. sowie ihre Geschwister durch notariell beurkundeten Pflichtteilsverzichtsvertrag auf die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen nach dem Erstversterbenden (Urkundenrolle-Nr. ... des Notars ...). Noch im Laufe des Abends des 6. 11. 2006 verstarb die Ehefrau des Bekl.

Die Eheleute waren Eigentümer eines im Grundbuch des AG ... von ... eingetragenen Grundstücks, welches mit einem Wohnhaus bebaut ist.

Der Kl. hat die Auffassung vertreten, der Tochter stehe ein Pflichtteilsanspruch nach § 2303 Abs. 1 BGB i. V. m. § 1924 BGB zu. Die Tochter sei nicht befugt gewesen, wirksam auf ihren Pflichtteil zu verzichten. Der Pflichtteilsverzichtsvertrag sei als Vertrag zu Lasten Dritter nichtig. Dem Bekl. und seiner verstorbenen Ehefrau sei bewusst gewesen, dass der Kl. nach dem Tode des Längstlebenden grundsätzlich auf Vermögenswerte zugreifen könne. Um dies zu vereiteln, seien die erbrechtlichen Regelungen getroffen sowie der Pflichtteilsverzicht nach dem Erstversterbenden erklärt worden. Aus der testamentarischen Regelung, die Tochter N. als Einziges der drei Kinder als beschränkte Vorerbin einzusetzen, während die beiden anderen Kinder beschränkungslos zu Erben des Letztversterbenden berufen wurden, werde die Intention deutlich, den Zugriff des Sozialhilfeträgers auf Vermögenswerte zu verhindern. Gleiche Motivation sei für den Pflichtteilsverzicht anzunehmen.

Mit Urteil vom 12. 3. 2009 hat das LG die Klage abgewiesen.

Aus den Gründen:

1. Gegen die Zulässigkeit der Berufung des Kl. bestehen keine Bedenken.
2. In der Sache hat die Berufung keinen Erfolg.

Überleitbarkeit des Pflichtteilsanspruchs

a) Der klagende Verband ist vorliegend grundsätzlich berechtigt, den hier im Wege der Stufenklage geltend gemachten Pflichtteilsanspruch der Leistungsberechtigten klageweise zu verfolgen (§ 2303 Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. § 93 Abs. 1 S. 1 SGB XII).

Die Tochter des Bekl. ist in dem Testament der Erblasserin nicht als Erbin eingesetzt und somit grundsätzlich pflichtteilsberechtigt. Damit steht ihr dem Grunde nach auch ein Anspruch auf Wertermittlung nach § 2314 Abs. 1 S. 2 BGB zu. Diese Ansprüche kann nunmehr der Kl. als Sozialhilfeträger geltend machen, ohne dass es auf eine Entscheidung des Pflichtteilsberechtigten selbst ankommt (BGH NJW-RR 2005, 369). Ein Pflichtteilsanspruch ist nach herrschender Meinung in der Literatur (vgl. nur MünchKomm/Lange, 4. Aufl. 2004, § 2317 BGB Rn. 10; Ivo, FamRZ 2003, 6; Mensch, BWNNotZ 2009, 162, 165; Nieder, NJW 1994, 1265) und der von dem Senat ge-

teilten Auffassung des BGH (NJW-RR 2005, 369) überleitungsfähig. Hat ein Sozialhilfeträger wegen seiner bereits getätigten Aufwendungen einen Pflichtteilsanspruch des Hilfeempfängers nach dem Erbfall durch Bescheid auf sich übergeleitet, so kann er den übergeleiteten Anspruch selbständig verfolgen (BGH NJW-RR 2005, 369). Dies ist hier der Fall. Der Kl. hat durch Bescheid vom 30. 4. 2008 die Pflichtteilsansprüche der Tochter des Bekl. aus dem Erbfall nach ihrer verstorbenen Mutter sowie die Hilfsansprüche nach § 2314 BGB auf sich übergeleitet.

Keine Sittenwidrigkeit des sog. „Behindertentestaments“

b) Es bestehen keine Bedenken hinsichtlich der Wirksamkeit des gemeinschaftlichen Testaments der Eheleute. Insbesondere liegt kein Verstoß gegen § 138 BGB vor. Der Inhalt des Testaments der Eheleute – Enterbung der Kinder nach dem Erstversterbenden; Anordnung einer nicht befreiten Vorerbschaft nach dem Letztversterbenden – ist nicht sittenwidrig. Zunächst einmal entspricht die von den Ehegatten gewählte Konstruktion im Wesentlichen einem Berliner Testament. Diese Art der Testamenterrichtung ist gesetzlich anerkannt (§ 2269 BGB) und unterliegt keinen rechtlichen Bedenken. Eine Sittenwidrigkeit des gemeinschaftlichen Testaments folgt auch nicht daraus, dass die Eltern ihre Tochter nach dem Tode des Letztversterbenden nur als nicht befreite Vorerbin eingesetzt haben und durch diese Anordnung das Vermögen dem Zugriff des Sozialhilfeträgers entzogen wird. Grundsätzlich steht jedem Erblasser als Ausfluss der Testierfreiheit das Recht zu, über sein Vermögen nach dem Tod nach Belieben zu verfügen, so dass letztlich die Nachrangigkeit der Sozialhilfe mit der bestehenden Testierfreiheit abzuwägen ist.

Insoweit wird zum Teil von der Rechtsprechung (LG Flensburg NJW 1993, 1866; LG Konstanz FamRZ 1992, 360) und der Literatur (vgl. z. B. MünchKomm/Armbrüster, 5. Aufl. 2006 ff., § 138 BGB Rn. 45; Damrau, ZEV 1998, 1; Kuchinke, FamRZ 1992, 363) es als sittenwidrig angesehen, wenn der Erblasser, zu dessen pflichtteilsberechtigten Angehörigen ein Empfänger von Sozialhilfe zählt, Zuwendungen an diese Person so gestaltet, dass diese nicht dem Zugriff des Sozialhilfeträgers ausgesetzt sind. Demgegenüber geht die wohl herrschende Meinung davon aus, dass eine Verfügung von Todes wegen, mit der Eltern ihr behindertes, auf Kosten der Sozialhilfe untergebrachtes oder unterstütztes Kind nur als Vorerben auf einen den Pflichtteil kaum übersteigenden Erbteil einsetzen (vorliegend 17 % statt des Pflichtteils von 16,666 %), bei seinem Tod ein anderes Kind als Nacherben berufen und dieses auch zum Vollerben des übrigen Nachlasses bestimmen, nicht sittenwidrig ist, auch wenn dadurch der Träger der Sozialhilfe keinen Kostenersatz erlangen kann. Dieser auch von dem BGH in gefestigter Rechtsprechung (BGHZ 111, 36 = NJW 1990, 2055; BGHZ 123, 368 = NJW 1994, 248; siehe dazu auch Wendt, ZNotP 2008, 2, 10 ff. m. w. N.) vertretenen Auffassung schließt sich der Senat an (zur Gestaltung eines sogenannten Behindertentestaments siehe auch Grziwotz, ZEV 2002, 409; Mensch, BWNNotZ 2009, 162, 166; Nazari-Golpayegani/Boger, ZEV 2005, 377; Ruby, ZEV 2006, 66; Wendt, ZNotP 2008, 2, 3 ff.).

c) Dass die Erblasserin zum Zeitpunkt der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments nicht (mehr) sprechen und nicht (mehr) schreiben konnte, macht das Testament nicht unwirksam. Nach § 2233 Abs. 2 BGB kann auch in einem solchen Fall ein notarielles Testament in wirksamer Form errichtet werden. Das zwingende („muss“, vgl. Winkler, 16. Aufl. 2009, § 24 BeurkG Rn. 20) Erfordernis der Hinzuziehung einer Verständigungsperson nach § 24 Abs. 1 BeurkG, wie auch die übrigen Vorgaben der §§ 22, 24 BeurkG (vgl. Winkler, a.a.O., § 22 Rn. 29, § 24 Rn. 20) sind vorliegend beachtet worden.

d) Indes kann der Kl. keinen Pflichtteilsanspruch geltend machen, weil die Leistungsempfängerin ihrerseits wirksam zu Lebzeiten auf ihren Pflichtteilsanspruch verzichtet hat. Bedenken hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit der Tochter des Bekl. bestehen nicht. Da die Geschäftsfähigkeit der Regelfall ist, müsste der Kl., wenn er die Unwirksamkeit des Vertrages wegen Geschäftsunfähigkeit einer Vertragspartei geltend machen will, die Voraussetzungen einer solchen Geschäftsunfähigkeit hinreichend schlüssig aufzeigen und unter Beweis stellen. Dies ist nicht geschehen. Der Kl. legt keine konkreten Anhaltspunkte für eine Geschäftsunfähigkeit der lernbehinderten Tochter der Erblasserin bei Abschluss des notariellen Vertrages dar; diese ergeben sich auch nicht aus den Akten.

Bei dem streitbefangenen Pflichtteilsverzicht handelt es sich – entgegen der Auffassung der Berufung – nicht etwa um einen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter. Insoweit wird von dem Kl. ein methodischer Fehler begangen, indem der nur zur Verdeutlichung bestimmter gesetzlicher Regelungen oder Regelungszusammenhänge verwendete und geeignete Begriff (vgl. dazu beispielsweise Palandt/Grüneberg, 67. Aufl. 2008, Einf v § 328 BGB Rn. 10) verabsolutiert, an die Stelle der gesetzlichen Regelung gesetzt und dann unter den vermeintlichen Inhalt dieses Begriffs subsumiert wird.

Keine Sittenwidrigkeit des Pflichtteilsverzichtsvertrages

Der von der Erblasserin mit der Tochter abgeschlossene Pflichtteilsverzichtsvertrag ist unter den hier gegebenen Umständen ebenso wenig sittenwidrig (§ 138 Abs. 1 BGB; vgl. zu der Problematik jurisPK-BGB/Hau, Stand 6. 10. 2008, § 2346 Rn. 22; Staudinger/Sack, Bearb. 2003, § 138 Rn. 363 ff.). Zwar wird teilweise in der Rechtsprechung (OLG München ZEV 2006, 313 = FamRZ 2007, 418 für einen Erbverzichts- und Abfindungsvertrag; VGH, NJW 1993, 2953, 2954 für einen Pflichtteilsverzicht) und der Literatur (vgl. auch MünchKomm/Armbrüster, 5. Aufl. 2006 ff., § 138 Rn. 45) in Anlehnung an die für die Sittenwidrigkeit von Unterhaltsverzichtsverträgen zwischen Ehegatten entwickelten Grundsätze die Auffassung vertreten, ein Erb- bzw. Pflichtteilsverzicht sei zumindest dann sittenwidrig, wenn der Verzichtende sowohl im Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts als auch im Zeitpunkt des Erbfallendes hilfebedürftig ist und den Bet. dies bekannt war. Demgegenüber neigt die wohl überwiegende Ansicht in der Literatur und Rechtsprechung dazu, einen zwar während des Bezugs von nachrangigen Sozialleistungen, aber vor Eintritt des Erbfallendes erklärten Erb- bzw. Pflichtteilsverzicht nicht als sittenwidrig anzusehen (vgl. dazu Vau-

pel, RNotZ 2009, 497, 508; offen gelassen Wendt, ZNotP 2008, 2, 11). Dieser letztgenannten Auffassung schließt sich der Senat an.

Die zur Sittenwidrigkeit von Eheverträgen und Unterhaltsverzicht entwickelten Grundsätze sind auf den Bereich des Pflichtteilsverzichts nicht übertragbar

Die von dem Familiensenat des BGH (NJW 2007, 904, 905 f.) vertretene Auffassung, dass Unterhaltsverzichtserklärungen eines Ehegatten dann sittenwidrig sind, wenn dem verzichtenden Ehegatten ohne die Verzichtserklärung ein Unterhaltsanspruch zustände und erst der Ausschluss des Anspruchs zur Belastung des Sozialhilfeträgers führt, lässt sich nicht verallgemeinern. So verneint beispielsweise der für das Insolvenzrecht zuständige 9. Zivilsenat des BGH (NZI 2009, 563 = FamRZ 2009, 1486) im Falle einer im Insolvenzverfahren beantragten Restschuldbefreiung (§§ 287 ff. InsO) eine Verpflichtung des Schuldners, in der Wohlverhaltensphase Erb- bzw. Pflichtteilsansprüche zu verfolgen. Eine Übertragung der ehevertraglichen Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle auf den Bereich des Pflichtteilsverzichts ist ebenfalls aufgrund der Unterschiede zwischen den beiden Regelungsmaterien abzulehnen (Kapfer, MittBayNot 2006, 385). Der Unterschied besteht bereits darin, dass bei einem Unterhaltsverzicht dem Verzichtenden bereits ein subjektives Recht zusteht. Demgegenüber weiß der Verzichtende im Falle einer zu Lebzeiten des Erblassers abgegebenen Verzichtserklärung in der Regel noch nicht, was letztlich beim Tod des Erblassers im Nachlass vorhanden sein wird, und ob er überhaupt einen Erb- bzw. Pflichtteilsanspruch haben wird. Anders als etwa beim Unterhaltsverzicht verfügt der Verzichtende hier gerade über keine bestehende Erwerbsquelle oder Unterhaltsmöglichkeit, sondern lediglich über eine mehr oder weniger ungesicherte „Erwerbschance“. Ob und in welchem Umfang der Verzichtende aus dieser „Erwerbschance“ einmal verwertbares Vermögen erhält, ist noch nicht absehbar, weshalb auch eine Schädigungsabsicht in der Regel zu verneinen ist (Vaupel, RNotZ 2009, 497, 508).

Frage der Sittenwidrigkeit eines Pflichtteilsverzichtsvertrages ist grundsätzlich einheitlich zu beantworten und nicht von zeitlicher Nähe des Verzichts zu dem Tod des Erblassers abhängig

Der Senat hat bei seiner Entscheidung nicht verkannt, dass die vorstehenden Überlegungen auf den vorliegenden Fall nur eingeschränkt übertragbar sind, da die Tochter die Erklärung zeitlich unmittelbar vor dem aufgrund der schweren Erkrankung der Mutter sich abzeichnenden Tod der Erblasserin abgegeben hat, und damit hier der Umfang des verwertbaren Vermögens mit einer erheblichen Wahrscheinlichkeit bereits feststand. Indes erscheint es angezeigt, die Frage der Sittenwidrigkeit eines Pflichtteilsverzichtsvertrages aus Gründen der Rechtssicherheit einheitlich zu beantworten und nicht davon abhängig zu machen, in welcher zeitlichen Nähe zu dem Tod des Erblassers dieser Verzicht ausgesprochen wird und mit welcher Wahrscheinlichkeit zu diesem Zeitpunkt mit dem alsbaldigen Ableben zu rechnen war sowie der Umfang des Vermögens bereits feststand.

Da es vorliegend nicht um die Beurteilung einer erst nach Eintritt des Erbfalls abgegebenen Ausschlagungs- oder Verzichtserklärung geht, bedarf es hier keiner Entscheidung des Senats dazu, ob in einem solchen Fall die Ausschlagung einer (werthaltigen) Erbschaft durch einen Sozialhilfebedürftigen sittenwidrig ist (vgl. zuletzt OLG Hamm ZEV 2009, 471 m. w. N. aus der Rechtsprechung und Literatur), bzw. ob und inwieweit eine Verpflichtung des Sozialversicherungsträgers zur Hilfeleistung besteht, wenn ein Hilfebedürftiger seine Erbschaft ausschlägt, bzw. einen Pflichtteil nicht geltend macht und damit nicht bereits vorhandene Vermögenswerte zur Vermeidung der Bedürftigkeit einsetzt.

Anmerkung:

Dass der Sozialleistungsträger Pflichtteilsansprüche eines Sozialhilfeempfängers auf sich überleiten kann, ist inzwischen höchstrichterlich geklärt (vgl. BGH RNotZ 2005, 176, BGH MittBayNot 2006, 340). In der notariellen Praxis werden daher verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten diskutiert, wie man einen solchen Zugriff des Sozialleistungsträgers auf den Pflichtteilsanspruch verhindern kann. Im Bereich des sog. „Bedürftigen- bzw. Behindertentestaments“ wird üblicherweise empfohlen, den Sozialhilfeempfänger auf einen den Pflichtteil knapp übersteigenden Erbteil einzusetzen, um das Entstehen eines Pflichtteilsanspruchs zu vermeiden (vgl. Kleensang, RNotZ 2007, 22, 23 m. w. N.). Für die Eltern eines behinderten bzw. bedürftigen Kindes bedeutet das jedoch, dass sie sich nicht mehr ohne weiteres gegenseitig zum Alleinerben einsetzen können. Vielmehr muss bereits der Erstversterbende neben dem Überlebenden auch das auf Kosten der Sozialhilfe unterstützte Kind mit der fraglichen Quote zum Erben einsetzen, was natürlich eine nicht ganz unbeachtliche finanzielle Belastung des überlebenden Ehegatten zur Folge hat. Aus diesem Grunde wird auch erwogen, die gegenseitige Erbeinsetzung der Eltern mit einem *Pflichtteilsverzicht* des sozialhilfebedürftigen Kindes zu kombinieren, um den Nachlass des Erstversterbenden nicht mit einem überleitungsfähigen Pflichtteilsanspruch des Kindes zu belasten. Diese Gestaltungsvariante ist aber nur dann erfolgversprechend, wenn sich auch der Sozialleistungsträger den Pflichtteilsverzicht entgegenhalten lassen muss. Diese Frage ist jedoch bislang von der Rechtsprechung noch nicht entschieden worden, weshalb hier die Rechtslage bis jetzt äußerst unsicher war.

Das OLG Köln hat nun in Übereinstimmung mit der wohl überwiegenden Ansicht in der Literatur (vgl. Vaupel, RNotZ 2009, 497, 508 m. w. N.) entschieden, dass der von einem sozialhilfebedürftigen Kind mit seinen Eltern lebzeitig abgeschlossene Pflichtteilsverzichtsvertrag grundsätzlich nicht sittenwidrig ist. Ein Sozialhilfeempfänger kann danach wirksam zu Lebzeiten auf seinen Pflichtteilsanspruch verzichten, weshalb der Sozialleistungsträger dann keinen Pflichtteilsanspruch mehr geltend machen kann.

Damit liegt nun erstmals eine obergerichtliche Entscheidung zu einer für den Bereich des „Behindertentestaments“ äußerst wichtigen Frage vor, die in ihrer Bedeutung für die Gestaltungspraxis nicht zu unterschätzen ist.

Denn sie eröffnet nicht nur die eingangs aufgezeigten Gestaltungsmöglichkeiten, sondern könnte sich sogar als „Lebensversicherung“ für das „Behindertentestament“ erweisen. Die gesamte Konstruktion des „Behindertentestaments“ funktioniert nämlich nur, wenn der Sozialhilfeempfänger die durch Nacherbfolge und/oder Testamentsvollstreckung beschränkte Erbschaft nicht gemäß § 2306 Abs. 1 BGB ausschlagen und den (unbeschränkten) Pflichtteil verlangen kann. Solange aber höchstrichterlich nicht geklärt ist, ob der Sozialleistungsträger das Ausschlagungsrecht des § 2306 Abs. 1 BGB auf sich überleiten kann (siehe dazu Vaupel, RNotZ 2009, 497, 521), kann das „Behindertentestament“ für sich allein nicht als sicheres Gestaltungsmittel zur Vermeidung eines Sozialhilferegresses angesehen werden. Die ganze Problematik wird jedoch deutlich entschärft, wenn man das „Behindertentestament“ mit einem Pflichtteilsverzicht des Sozialhilfeempfängers kombiniert. Denn selbst wenn der Sozialleistungsträger die durch Einsetzung eines Nacherben und Ernennung eines Testamentsvollstreckers beschwerte Erbschaft anstelle des Sozialhilfeempfängers gemäß § 2306 Abs. 1 BGB ausschlagen könnte, würde angesichts des wirksamen Pflichtteilsverzichts kein auf den Sozialleistungsträger überleitbarer Pflichtteilsanspruch entstehen. Die Vereinbarung eines Pflichtteilsverzichts stellt sich daher als probates Mittel zur Absicherung bzw. Flankierung eines entsprechenden „Behinderten- bzw. Bedürftigentestaments“ dar, auf das der umsichtige Gestalter im Spannungsbereich zwischen Erb- und Sozialrecht nicht verzichten sollte.

Ein solches Vorgehen setzt allerdings voraus, dass der Sozialhilfeempfänger noch geschäftsfähig ist und den Pflichtteilsverzichtsvertrag selbst abschließen kann. Ist der Sozialhilfeempfänger dagegen nicht mehr in der Lage, selbst wirksam auf seinen Pflichtteil zu verzichten, könnte er hierbei auch durch einen Bevollmächtigten oder Betreuer vertreten werden, denn der Abschluss eines Pflichtteilsverzichtsvertrages stellt sich nur für den zukünftigen Erblasser, nicht jedoch für den Verzichtenden als höchstpersönliches Geschäft dar (vgl. MünchKomm/Strobel, 4. Aufl. 2004, § 2347 BGB Rn. 3). Während der Abschluss eines Pflichtteilsverzichtsvertrages durch einen Bevollmächtigten ohne weiteres möglich ist, dürfte der von einem Betreuer erklärte Pflichtteilsverzicht in der Praxis aber wohl eher selten in Betracht kommen. Denn gemäß §§ 1918 i Abs. 1, 1822 Nr. 2 BGB bedarf der Betreuer zum Verzicht auf einen Pflichtteil der Genehmigung des Betreuungsgerichts, und es dürfte dem Betreuungsgericht in der Regel nur schwer zu vermitteln sein, weshalb es den Abschluss eines Pflichtteilsverzichtsvertrages durch den Betreuer im Interesse des sozialhilfebedürftigen Betreuten genehmigen sollte (vgl. auch OLG Köln ZEV 2008, 196 zum Parallelfall der Vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung einer Erbschaftsausschlagung). Denkbar wäre hier allenfalls eine Argumentation dahingehend, dass der Pflichtteilsverzicht als Gegenleistung für die Erbeinsetzung des Sozialhilfeempfängers in einem entsprechenden „Bedürftigen- bzw. Behindertentestament“ des zukünftigen Erblassers erfolgt. Eine solche kausale Verknüpfung von Pflichtteilsverzicht und Erbeinsetzung wird man aber wohl nur dann anerkennen können, wenn der zukünftige

Erblasser an die Erbeinsetzung des Sozialhilfeempfängers *gebunden* ist, er also die Erbeinsetzung später nicht mehr ohne weiteres widerrufen kann. Diese Bindung ließe sich z. B. dadurch erreichen, dass die Erbeinsetzung des Sozialhilfeempfängers durch den zukünftigen Erblasser von dem Sozialhilfeempfänger bzw. dessen Vertreter oder Betreuer mit erbvertraglich bindender Wirkung (§ 2289 BGB) angenommen wird. Da der Sozialhilfeempfänger an diesem Erbvertrag nur als Vertragsgegner und nicht als Erblasser beteiligt ist, gelten für ihn nicht die strengen Voraussetzungen der §§ 2274, 2275 BGB, sondern die allgemeinen Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit, d. h. der Sozialhilfeempfänger muss bei Abschluss dieses Erbvertrages nicht unbeschränkt geschäftsfähig sein und kann auch durch einen Bevollmächtigten oder Betreuer vertreten werden (allg. Meinung, vgl. nur MünchKomm/Musielak, 4. Aufl. 2004, § 2274 BGB Rn. 2 und § 2275 BGB Rn. 6).

Zu beachten ist außerdem, dass zumindest bei einem entschädigungslosen Verzicht auf einen noch nicht entstandenen Erb- bzw. Pflichtteilsanspruch die Gefahr besteht, dass der Sozialleistungsträger das Verhalten des Sozialhilfeempfängers sanktioniert und seine Leistungen an den Sozialhilfeempfänger gemäß § 31 Abs. 4 Nr. 1 SGB II bzw. § 26 Abs. 1 Nr. 1 SGB XII einschränkt (vgl. Vaupel, RNotZ 2009, 497, 508). Auch vor diesem Hintergrund wird eine betreuungsgerichtliche Genehmigung für einen Pflichtteilsverzicht nur schwer zu erlangen sein.

Ist der Erbfall dagegen bereits eingetreten und der Pflichtteilsanspruch entstanden, besteht für den Sozialhilfeempfänger keine Möglichkeit mehr, auf die ihm zustehenden Ansprüche (z. B. durch Erlassvertrag) zu verzichten. Denn sofern der Anspruch bereits auf den Sozialleistungsträger übergegangen ist (§ 33 SGB II) bzw. übergeleitet wurde (§ 93 SGB XII), ist ein Verzicht schon deshalb nicht möglich, weil hier bereits der Sozialleistungsträger Anspruchsinhaber geworden ist und es daher an der Verfügungsbefugnis des Sozialhilfeempfängers fehlt. Ist dagegen der Anspruch noch nicht auf den Sozialleistungsträger übergeleitet worden, würde der Verzicht zwar theoretisch möglich, aber wegen der damit verbundenen Aufgabe einer sicheren Erwerbsquelle gemäß § 138 BGB nichtig sein (vgl. Vaupel, RNotZ 2009, 497, 508 m. w. N.).

Abschließend sei in diesem Zusammenhang noch darauf hingewiesen, dass es seit dem 1. 1. 2010 bei der Gestaltung eines „Behindertentestaments“ nicht mehr erforderlich ist, den sozialhilfebedürftigen Erben unbedingt in Höhe von *mehr* als der Hälfte seines gesetzlichen Erbteils einzusetzen. Denn die bisherige Regelung in § 2306 Abs. 1 S. 1 BGB a. F., wonach die mit der Einsetzung eines Nacherben oder Ernennung eines Testamentsvollstreckers verbundenen Beschränkungen als nicht angeordnet galten, wenn der dem pflichtteilsberechtigten Erben hinterlassene Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht übersteigt, ist durch das zum 1. 1. 2010 in Kraft getretene Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts gestrichen worden (vgl. § 2306 Abs. 1 BGB n. F.). Die Frage, ob die in dem „Behindertentestament“ angeordneten Beschränkungen und Beschränkungen zum Tragen kommen, hängt daher jetzt nur noch davon ab, ob der Sozialleistungsträger das

Ausschlagungsrecht des § 2306 Abs. 1 BGB auf sich überleiten kann. Diese Frage ist jedoch, wie bereits erwähnt, vom BGH noch nicht entschieden worden.

Notarassessor Dr. Christian Vaupel, Pulheim

5. Handels-/Gesellschaftsrecht – Keine Eintragung einer ausländischen Zweigniederlassung in das Handelsregister des inländischen Unternehmens

(*OLG Düsseldorf*, Beschluss vom 26. 10. 2009 – 3 Wx 142/09)

HGB § 13

- 1. § 13 Abs. 1 S. 1 HGB verpflichtet nicht zur Eintragung einer ausländischen und im ausländischen Register (hier: Luxemburg) eingetragenen Zweigniederlassung in das Handelsregister des inländischen (deutschen) Unternehmens.**
- 2. Das Gesuch um Eintragung einer ausländischen Zweigniederlassung ist auch nicht auf eine aufgrund Gesetzes oder aus dem Gesichtspunkt eines unabwiesbaren Bedürfnisses eintragungsfähige Tatsache gerichtet.**
- 3. Den Zwecken des Handelsregisters ist – auch unter Berücksichtigung des Europarechts – hinreichend Rechnung getragen, wenn sowohl die Hauptniederlassung bzw. Gesellschaft als auch die Zweigniederlassungen in dem Handelsregister eines Gerichts desjenigen Landes eingetragen werden, in dem sie belegen sind.**

Zum Sachverhalt:

I. Die Ast. hat die Eintragung einer Zweigniederlassung in Luxemburg sowie von drei, auf diese Zweigniederlassung beschränkten Filialprokuren angemeldet. Sie hat – im einzelnen belegt – geltend gemacht, das Handelsregister in Luxemburg habe sowohl die Zweigniederlassung als auch die Prokuren auf entsprechende Anmeldung ihrerseits bereits eingetragen. Zur weiteren Begründung hat die Ast. unter anderem vorgebracht, zwar entspreche es wohl einhelliger Auffassung, dass ausländische Zweigniederlassungen inländischer Unternehmen nicht im deutschen Handelsregister eingetragen werden könnten, doch sei der einzige hierfür als tragend in Betracht kommende Grund jedenfalls infolge der Novellierungen des § 13 HGB weggefallen.

Die Tatsachengerichte haben die Eintragung der Zweigniederlassung und aus diesem Grunde auch diejenige der Filialprokuren abgelehnt.

Gegen die Zurückweisung ihrer Erstbeschwerde wendet sich die Ast. nunmehr mit ihrem weiteren Rechtsmittel.

Aus den Gründen:

II. Das nach §§ 27 Abs. 1 S. 1, 19 Abs. 1, 29 FGG als weitere Beschwerde statthafte und auch im übrigen zulässige Rechtsmittel der Ast. bleibt in der Sache ohne Erfolg, weil die Entscheidung des LG im Ergebnis nicht auf einer Rechtsverletzung i. S. d. §§ 27 Abs. 1 S. 2 FGG, 546 ZPO beruht.

Die Ast. kann mit ihrem Begehren nur Erfolg haben, wenn sich die von ihr gewünschte Eintragung auf eintragungspflichtige Tatsachen oder eintragungsfähige,

aber nicht eintragungspflichtige (anmeldepflichtige) Tatsachen bezieht. Beides ist nicht der Fall.

Ausländische Zweigniederlassung nicht im Inland eintragungspflichtig

1. § 13 Abs. 1 S. 1 HGB kann nicht so ausgelegt werden, dass die Eintragung einer ausländischen und im ausländischen Register eingetragenen Zweigniederlassung im Handelsregister des inländischen Unternehmens verpflichtend wäre. Hiergegen spricht, dass dies hinsichtlich der ausländischen Zweigniederlassung zu einer Pflicht der doppelten registergerichtlichen Anmeldung führen, damit ausländische gegenüber inländischen Zweigniederlassungen diskriminieren und die europarechtliche Niederlassungsfreiheit verletzen würde.

2. Näher in Betracht kommt allein, dass die Eintragung einer ausländischen Zweigniederlassung – einschließlich hierfür bestehender Handlungsvollmachten – auf eine jedenfalls eintragungsfähige Tatsache gerichtet wäre.

a) Eine eintragungsfähige, aber nicht eintragungspflichtige Tatsache aufgrund Gesetzes liegt nicht vor.

Eintragungsfähig ohne Anmeldepflicht sind kraft Gesetzes nur wenige ausdrücklich genannte Tatsachen (vgl. Baumbach/Hopt, 33. Aufl. 2008, § 8 HGB Rn. 5 a. E.; Ebenroth u. a./Pentz, 2. Aufl. 2008, § 8 HGB Rn. 75). Eine solche Benennung enthält § 13 HGB nicht.

b) Eintragungsfähig kann eine Tatsache allerdings auch ohne gesetzliche Normierung sein.

aa) Dem Handelsregister kommt eine Publizitätsfunktion zu. Es hat die Aufgabe, wesentliche Rechtsverhältnisse der Unternehmer und Unternehmen zu offenbaren und über im Handelsverkehr rechtserhebliche Tatsachen zutreffend Auskunft zu geben. Dies ist jedoch nicht i. S. einer Vollständigkeitsgewähr zu verstehen, denn ein lückenloses Bild der Unternehmer und Unternehmen kann das Register schon deshalb nicht vermitteln, weil es sonst unübersichtlich würde und seine Funktion, rasche und verständliche Informationen zu bieten, nicht erfüllen könnte. Nur in dem so begrenzten Rahmen können durch Auslegung gesetzlicher Vorschriften, durch Analogie oder richterliche Rechtsfortbildung bestimmte Tatsachen auch ohne gesetzliche Normierung jedenfalls als eintragungsfähig – wenn nicht gar zugleich in der Regel anmeldepflichtig – angesehen werden (Ebenroth u. a./Pentz a. a. O., Rn. 48, 58, 71 und 76 m. w. N.). Mit anderen Worten muss jenen Umständen im Einzelfall eine derartige Bedeutung zukommen, dass die Gefahr der Überfrachtung des Handelsregisters zurückzutreten hat, muss mithin ein unabwiesbares Bedürfnis für ihre Eintragung bestehen (Staub/J. Koch, Großkommentar HGB, 5. Aufl. 2009, § 8 Rn. 46); ansonsten sind nur Tatsachen eintragungsfähig, deren Eintragung gesetzlich zugelassen ist.

Ausländische Zweigniederlassung mangels unabwiesbaren Bedürfnisses auch nicht im Inland eintragungsfähig

Den Zwecken des Handelsregisters, die eingetragenen Rechtsverhältnisse zutreffend wiederzugeben und die Sicherheit des Rechtsverkehrs zu gewährleisten, ist hier – aus Sicht des deutschen Rechts – hinreichend Rechnung

getragen, wenn sowohl Hauptniederlassung bzw. Gesellschaft als auch Zweigniederlassungen in dem Handelsregister eines Gerichts desjenigen Landes eingetragen werden, in dem sie belegen sind. Auf den Umstand, dass deutsche Handelsregister keine Auskunft über im Ausland belegene Niederlassungen erteilen, kann sich der Rechtsverkehr ohne weiteres einstellen. Für eine hiesige Eintragung sämtlicher Zweigniederlassungen besteht kein unabweisbares Bedürfnis.

bb) Kein anderes Ergebnis folgt aus der Berücksichtigung des Europarechts.

Die Erwägungen zur 11. Richtlinie 89/666/EWG lassen deutlich erkennen, dass es dieser Richtlinie allein um Möglichkeit und nähere Vorgaben einer Offenlegung von Zweigniederlassungen in einem Mitgliedstaat von Gesellschaften, die dem Recht eines anderen Staates unterliegen, ging. Vermieden werden sollte mit ihr nämlich eine Störung der Niederlassungsfreiheit wegen einer Ungleichbehandlung von Tochtergesellschaften und Zweigniederlassungen einerseits; andererseits sollten Personen geschützt werden, die über eine Zweigniederlassung mit einer Gesellschaft in Beziehung treten. Ausdrücklich sollte einer diskriminierenden Behandlung nach dem Herkunftsland der Gesellschaft begegnet werden. Um all diese Gesichtspunkte geht es hier nicht.

Keine europarechtswidrige Diskriminierung durch Nichteintragung der ausländischen Zweigniederlassung

Es lässt sich auch nicht sagen, nach dem bisher gefundenen Ergebnis würden inländische Gesellschaften mit – ausschließlich oder teilweise – eingetragenen ausländischen Zweigniederlassungen gegenüber inländischen Gesellschaften mit inländischen Zweigniederlassungen diskriminiert. Es fehlt bereits an der Vergleichbarkeit der Sachverhalte. Denn eine inländische Zweigniederlassung wird ausschließlich beim Gericht der inländischen Hauptniederlassung eingetragen, mithin an keiner anderen Stelle registergerichtlich offengelegt, wohingegen eine im Ausland bereits eingetragene Zweigniederlassung zusätzlich zu dieser Eintragung bei der inländischen Hauptniederlassung angemeldet und eingetragen werden könnte.

Bei diesem Befund besteht für eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof gemäß Art. 234 Abs. 1 lit. a), Abs. 3 EG-Vertrag kein Anlass.

Zweck des Handelsregister ist es nicht, eine allgemeine, überblickartige Information über ein bestimmtes Unternehmen einschließlich seiner Niederlassungen zu geben

cc) Schließlich sind auch ansonsten keine Sachgründe erkennbar, die bei ausländischen Zweigniederlassungen eine derartige doppelte Eintragung nicht nur aus Sicht des Unternehmens vielleicht wünschenswert, sondern nach Sinn und Zweck des Handelsregisters geboten erscheinen ließe. Einblick in ein Handelsregister nimmt regelmäßig derjenige, der in eine Geschäftsbeziehung zu einem Unternehmen zu treten beabsichtigt oder getreten ist. Handelt es sich dabei um dessen Zweigniederlassung, liegt für den zuverlässige Informationen suchenden Rechtsverkehr nichts näher, als Einblick in „deren“ Handelsregister zu nehmen. Eine allgemeine, sozusagen überblickartige Information über ein bestimmtes Unter-

nehmen – unter anderem einschließlich aller seiner Niederlassungen – wird sich der Geschäftsverkehr hingegen heutzutage vornehmlich aus anderen Quellen als dem Handelsregister, insbesondere den Massenmedien und dem Internet, erschließen.

3. Im Ergebnis verbleibt es danach bei dem Standpunkt der – soweit ersichtlich – übereinstimmend vertretenen Auffassung, § 13 HGB regele die Behandlung inländischer Zweigniederlassungen inländischer Unternehmen, §§ 13 d–13 g HGB registerrechtliche Fragen inländischer Zweigniederlassungen ausländischer Unternehmen, wohingegen im Ausland gelegene Zweigniederlassungen deutscher Unternehmen nicht eintragungsfähig, diesbezügliche Anmeldungen, die das am Ort der Zweigniederlassung geltende ausländische Recht erfordert, an die zuständigen Stellen des ausländischen Staates zu richten und hierbei – nur – die im betreffenden Ausland geltenden Vorschriften über die Registerpublizität zu beachten seien (so: Baumbach/Hopt, a.a.O., § 13 Rn. 11; Röhrich/von Westphalen-Ammon, 3. Aufl. 2008, § 13 HGB Rn. 18; Ebenroth u. a./Pentz a.a.O., § 13 Rn. 48 sowie § 13 d Rn. 28; Staub/J. Koch a.a.O., § 13 Rn. 60; Krafska/Willer, Registerrecht, 7. Aufl. 2007, Rn. 289; Hahnefeld, DStR 1993, S. 1596 a. E.).

Anmerkung der erweiterten Schriftleitung:

Das OLG Düsseldorf bestätigt die schon vor der Neufassung des § 13 HGB durch das Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) einhellige Auffassung (neben den in der Entscheidung genannten Nachweisen auch: LG Köln, DB 1979, 984), dass ausländische Zweigniederlassungen von inländischen Unternehmen weder gemäß § 13 Abs. 1 HGB eintragungspflichtig noch eintragungsfähig sind. Daran ändert nach Ansicht des Gerichts auch der – wohl vom Bf. angeführte – Umstand nichts, dass es aufgrund des EHUG seit 1. 1. 2007 für inländische Unternehmen kein Gericht der Zweigniederlassung mehr gibt, sondern alle inländischen Zweigniederlassungen inländischer Unternehmen nur noch im Register der Hauptniederlassung eingetragen werden. Auch – und insoweit bietet die Entscheidung neue Aspekte – unter europarechtlichen Gesichtspunkten sieht das Gericht kein Bedürfnis für und kein Recht auf eine Eintragung ausländischer Zweigniederlassungen.

MK

6. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zuständigkeit des Notars zur Einreichung einer Gesellschafterliste bei sog. „mittelbarer Mitwirkung“ an einer Anteilsveränderung (*OLG Hamm*, Beschluss vom 1. 12. 2009 – 15 Wx 304)

GmbHG § 40

Wenn im Falle einer Verschmelzung zu dem Vermögen des übertragenden Rechtsträgers der Geschäftsanteil einer GmbH gehört und der den Verschmelzungsvertrag beurkundende Notar dies weiß, so hat der Notar die Ge-

sellschafterliste anstelle der Geschäftsführer zu unterschreiben und zum Handelsregister einzureichen (§ 40 Abs. 2 GmbHG).**(Leitsatz nicht amtlich)****Zum Sachverhalt:**

I. Für die Bet. beurkundete der Notar . . . am 26. 6. 2009 einen Ausgliederungs- und Übernahmevertrag, durch den die . . . mit Sitz in . . . sämtliche von ihr gehaltenen Aktien an der . . . auf die beteiligte GmbH im Wege der Ausgliederung übertragen hat (Teil A der Urkunde . . .). Unter Teil B der Urkunde beurkundete der Notar eine außerordentliche Gesellschafterversammlung der Bet., in der einstimmig beschlossen wurde, dass sich das Stammkapital der Bet. als übernehmenden Gesellschaft von 25 000,- € um 1 000,- € erhöht habe durch Bildung eines neuen Geschäftsanteils im Nennbetrag von 1 000,- €, der als Gegenleistung für die Übertragung sämtlicher Aktien an der . . . der . . . gewährt werde. Die vom Notar am 26. 6. 2009 erstellte und unterzeichnete Gesellschafterliste ist am 3. 7. 2009 in dem elektronischen Registerordner des Registergerichts aufgenommen worden.

Am 11. 8. 2009 beurkundete der Notar die Verschmelzung der . . . auf die . . . (Urkunde 889/2009), die ihren Sitz in . . . hat. Durch diesen Vertrag ist der Geschäftsanteil, den die . . . an der beteiligten GmbH hält, auf die . . . übergegangen. Da sich deshalb der Gesellschafterbestand der beteiligten GmbH geändert hat, erstellte der Notar unter dem 18. 8. 2009 eine aktuelle Gesellschafterliste der beteiligten Gesellschaft zum Zwecke der Aufnahme in den zum Handelsregister gehörenden elektronischen Registerordner und reichte diese nach Unterzeichnung gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG dem Registergericht ein.

Mit Beschluss vom 29. 9. 2009 lehnte das Registergericht die Aufnahme der neuen Gesellschafterliste ab mit der Begründung, der Notar habe nur mittelbar an der Verschmelzung mitgewirkt, so dass die Liste nicht von ihm, sondern ausschließlich von den Geschäftsführern zu unterzeichnen gewesen sei.

Der hier eingelegten Beschwerde half das Registergericht nicht ab und legte sie dem Senat zur Entscheidung vor.

Aus den Gründen:

II. Die Beschwerde gegen die ablehnende Entscheidung des Registergerichts ist nach §§ 59, 61 FamFG statthaft und rechtzeitig eingelegt. Sie ist als Beschwerde der Gesellschaft anzusehen und nicht als Beschwerde des Notars, weil dieser zwar in amtlicher Eigenschaft, jedoch für die Gesellschaft die Gesellschafterliste eingereicht hat. Durch die Ablehnung ist auch nur sie im Hinblick auf die Rechtsfolgen aus § 16 Abs. 1 GmbHG beschwert.

Der Senat teilt die Auffassung, der Notar habe vorliegend die Gesellschafterliste nicht unterschreiben dürfen, nicht.

Nach § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG hat der Notar, der an Veränderungen in den Personen der Gesellschafter oder im Umfang ihrer Beteiligung mitgewirkt hat, die Liste anstelle der Geschäftsführer zu unterschreiben und sie zum Handelsregister einzureichen. Veränderung nach § 40 Abs. 1 GmbHG ist „jede Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung“.

Gesellschafterliste bei Gründung von den Geschäftsführern zu unterzeichnen

Damit scheidet der Gründungsakt einer GmbH aus, bei Gründung einer GmbH ist die Liste daher von den „An-

meldenden“ zu unterzeichnen (Tebben, RNotZ, 2008, 441, 451). Erfasst sind Veränderungen ohne Rechtsnachfolge (z. B. die Zusammenlegung oder Teilung von Anteilen), Veränderungen mit Einzelrechtsnachfolge (durch Übertragung nach § 15 GmbHG, durch Versteigerung nach § 23 GmbHG oder Kaduzierung nach § 21 Abs. 2 GmbHG) und Gesamtrechtsnachfolge (z. B. Erbrechtsnachfolge nach § 1922 BGB, Anwachsung nach § 738 BGB, Verschmelzung nach § 20 Abs. 1 UmwG, Spaltung nach § 131 UmwG; vgl. zu allem Hasselmann, NZG 2009, 449; Mayer, DNotZ 2008, 403; Tebben, RNotZ 2009, 441, 451 f.; Vossius, DB 2007, 2299). Zur letzteren Gruppe gehört der vorliegende notariell beurkundete Verschmelzungsvertrag vom 11. 8. 2009.

Der Rechtsbegriff der „Mitwirkung“ erfasst vom Wortlaut her die unmittelbare und mittelbare Beteiligung des Notars an den Veränderungen in den Personen der Gesellschafter oder im Umfang ihrer Beteiligung.

„Mitwirkung“ des Notars auch bei Unterschriftsbeglaubigung mit Entwurf, hingegen nicht bei Unterschriftsbeglaubigung ohne Entwurf

Unproblematisch sind die Fälle der unmittelbaren Mitwirkung des Notars. Hat der Notar selbst die Urkunde, die die Veränderung herbeigeführt hat, beurkundet oder entworfen und anschließend die Unterschrift unter die Handelsregisteranmeldung beglaubigt (z. B. Abtretung nach § 15 GmbHG, Gesellschafterbeschluss), so hat er mitgewirkt i. S. d. § 40 Abs. 2 GmbHG (Vossius, DB 2007, 2299, 2303; Tebben, RNotZ 2009, 441, 451 f.). Die Beglaubigung der Unterschrift unter einem vom Notar nicht entworfenen Dokument (Beschluss, Anmeldung etc.) stellt dagegen keine „Mitwirkung“ i. S. d. § 40 Abs. 2 GmbHG dar, weil den Notar insoweit eine nach § 40 Abs. 2 bis 4 BeurkG eingeschränkte Prüfungspflicht trifft (Mayer, DNotZ 2008, 403, 408; Vossius, DB 2007, 2304; Tebben, RNotZ 2009, 441, 452).

In der Literatur problematisiert wird die Frage, inwieweit der Notar bei einer nur mittelbaren Mitwirkung zur Unterzeichnung der Liste verpflichtet ist. Das sind nach Stellungnahmen in der Literatur die Fälle, in denen zum Vermögen einer zu verschmelzenden Gesellschaft auch die Beteiligung an einer „dritten“ Gesellschaft gehört (der Notar beurkundet z. B. einen Verschmelzungsvertrag und die Verschmelzungsbeschlüsse, durch die die X-GmbH, zu deren Vermögen die T-GmbH gehört, auf die Y-GmbH verschmolzen wird). Für diese Fälle wird diskutiert, ob und inwieweit der Notar auch verpflichtet ist, eine bescheinigte Liste bzgl. der T-GmbH dem Handelsregister einzureichen (vgl. hierzu Vossius, DB 2007, 2304; Tebben, RNotZ 2009, 441, 452; Mayer, DNotZ 2008, 403, 408; Lutter/Hommelhoff/Bayer, 17. Aufl., § 40 GmbHG Rn. 25; Wicke, § 40 GmbHG Rn. 14).

Der Übergang von Geschäftsanteilen aufgrund einer Verschmelzung ist ein Fall der mittelbaren Mitwirkung des Notars; bei Kenntnis vom Anteilsübergang Pflicht des Notars zur Einreichung der Gesellschafterliste

Vorliegend liegt zwar der Fall einer nur mittelbaren Mitwirkung des Notars vor, weil sich der Gesellschafterbestand der beteiligten GmbH durch die Verschmelzung

der . . . mit Sitz in . . . auf die . . . geändert hat. Der Senat sieht aber keinen Grund, im gegebenen Fall abweichend von dem umfassenden Wortlaut des § 40 Abs. 2 GmbHG von der Pflicht des Notars zur Erstellung der Gesellschafterliste abzusehen und stattdessen eine Pflicht der Geschäftsführer anzunehmen. Der Notar hat hier beide Verträge in einem eng beieinander liegenden Zeitraum beurkundet. Er ist durch diese Tätigkeit, wie er auch durch seine Tätigkeit und Äußerungen in diesem Verfahren gezeigt hat, über die internen Vorgänge der Bet. bestens informiert. Damit ist der Fall ein anschauliches Beispiel dafür, was der Gesetzgeber mit der Regelung bezweckte. Der mitwirkende Notar soll zur Vereinfachung der Verfahrensabläufe dann, wenn es infolge seiner Beurkundungstätigkeit zu einer Änderung der Gesellschafter kommt, die Änderung der Gesellschafterliste gleich mit erledigen und im Interesse aller Bet. dafür Sorge tragen, dass die Einreichung der neuen Liste vollzogen wird, um so zu verhindern, dass der neue Gesellschafter nicht in einem engen zeitlichen Zusammenhang mit dem Wirksamwerden der Veränderung als Berechtigter ausgewiesen wird (vgl. BT-Drucks. 16/6140 S. 44).

Der Notar hat daher zutreffend seine Pflicht zur Einreichung der Gesellschafterliste bejaht. Der Beschluss des Registergerichts kann daher keinen Bestand haben.

Anmerkung der erweiterten Schriftleitung:

Das OLG Hamm weist in der ersten hierzu veröffentlichten Entscheidung die Richtung, in welchen Fällen der Notar an Veränderungen i. S. d. § 40 Abs. 2 GmbHG „mitwirkt“ und deshalb die Gesellschafterliste anstelle der Geschäftsführer einzureichen hat. Der Senat bestätigt *obiter* die fast einhellige Ansicht in der Literatur zur sog. „unmittelbaren Mitwirkung“ des Notars (s. neben den vom Gericht genannten Nachweisen umfassend Link, RNotZ 2009, 193, 195 ff. m. w. N.), wonach

- die Liste bei Gründung einer GmbH von den Anmeldenden, nicht vom Notar zu unterschreiben ist,
- der Notar i. S. d. § 40 Abs. 2 GmbHG mitgewirkt hat, wenn er die Urkunde, die die Veränderung herbeigeführt hat, selbst beurkundet hat oder sie entworfen und anschließend die Unterschrift darunter beglaubigt hat,
- der Notar hingegen nicht mitgewirkt hat, wenn er die Unterschrift unter die die Veränderung herbeiführende Urkunde lediglich beglaubigt, ohne die Urkunde entworfen zu haben.

Zweifelhaft ist die Zuständigkeit zur Einreichung der Liste vor allem in den Fällen der sog. „mittelbaren Mitwirkung“ des Notars an einer Veränderung im Gesellschafterbestand, d. h. etwa bei der Umwandlung (Verschmelzung, Spaltung, Formwechsel) eines Gesellschafters einer GmbH (so lag der vom OLG Hamm entschiedene Fall), bei Änderung der Firma oder Verlegung des Sitzes eines GmbH-Gesellschafters, bei der Übertragung eines Anteils an einer Gesamthandsgemeinschaft (Erbteilsübertragung oder Übertragung eines

GbR-Anteils), in deren Vermögen sich eine GmbH-Beteiligung befindet oder bei Vereinbarung einer Gütergemeinschaft, wenn ein Ehegatte Gesellschafter einer GmbH ist. Das OLG Hamm setzt sich mit den vielfältigen in der Literatur dazu vertretenen Meinungen (Nachweise s. Link a.a.O.) zwar nicht im Einzelnen auseinander, geht jedoch davon aus, dass der Notar auch in Fällen mittelbarer Mitwirkung zumindest dann zur Einreichung der Liste berechtigt und verpflichtet ist, wenn ihm die Beteiligung, die sich aufgrund seiner mittelbaren Mitwirkung ändert, durch seine vorausgegangene Amtstätigkeit bekannt ist. Dabei scheint das OLG Hamm eine Einreichung durch den Notar grundsätzlich für effizienter und zuverlässiger und damit i. S. des Gesetzeszwecks (vgl. Begr. RegE, BT-Drucks. 16/6140, S. 44) zu halten. Von einer Nachforschungspflicht des Notars scheint das Gericht jedoch nicht auszugehen.

In Zweifelsfällen dürfte es sich gleichwohl anbieten, ähnlich wie im Hinblick auf Grundbesitz der Gesellschaft bei Anteilsübertragungen (§ 18 Abs. 2 GrEStG) die Beteiligten (vorzugsweise in der Urkunde) erklären zu lassen, dass keine Beteiligungen an GmbHs bestehen. Falls doch eine Beteiligung besteht, könnte vorsorglich sowohl eine von den Geschäftsführern unterschriebene als auch eine vom Notar unterschriebene und bescheinigte Liste (oder eine einheitliche, von Geschäftsführern und Notar unterschriebene Liste) eingereicht werden.

Zu dieser Entscheidung siehe auch die Anmerkung von Herrler/Blath, ZIP 2009, S. 129.

MK

7. Kostenrecht – Kostenprivilegierung gemäß § 46 Abs. 3 KostO, wenn Ehe- und Erbvertrag in getrennten Urkunden beurkundet werden

(*OLG München*, Beschluss vom 8. 9. 2009 – 32 Wx 71/09)

KostO § 46 Abs. 3

Werden ein Ehevertrag und ein Erbvertrag aufgrund einer einheitlichen Beratung im gleichen Notartermin, jedoch in getrennten Urkunden beurkundet, ist § 46 Abs. 3 KostO anzuwenden, d. h. die (doppelte) Gebühr wird nur einmal berechnet.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

I. Der Kostengläubiger beurkundete einen Ehevertrag und einen Erbvertrag der Kostenschuldner aufgrund seiner einheitlichen Beratung am selben Tag, jedoch in getrennten Urkunden. Maßgeblich für die Beurkundung in zwei getrennten Urkunden war die Motivation, den Erbvertrag gem. § 2300 Abs. 2 S. 1 BGB aus der notariellen Verwahrung zurücknehmen zu können. Das zusammengerechnete Reinvermögen der Ehegatten belief sich auf 40 000,- €. Der Notar wandte § 46 Abs. 3 KostO an und legte sowohl seiner ursprünglichen, den § 32 KostO nicht zitierenden, Rechnung als auch seiner berichtigen Rechnung nur eine (doppelte) Gebühr gem. § 46 Abs. 1 KostO aus dem höheren Geschäftswert des Erbvertrags zu Grunde.

Nach Beanstandung durch die Notarkasse hat der Präsident des LG B. den Notar unter dem 27. 3. 2009 angewiesen, unter Be-

zunahme auf die Beanstandung der Notarkasse, wonach § 46 Abs. 3 KostO nicht anzuwenden sei, eine Entscheidung des LG herbeizuführen. Der Notar beantragte unter dem 4. 5. 2009 die Entscheidung des LG. Der Präsident des LG B. hat beantragt, die Rechnung entsprechend der Beanstandung der Notarkasse M. abzuändern; die Kostenschuldner haben sich nicht geäußert.

Das LG bestätigte die Notarrechnung mit Beschluss v. 22. 7. 2009. Hiergegen richtet sich die am 3. 8. 2009 auf Weisung des Landgerichtspräsidenten eingelegte weitere Beschwerde.

Aus den Gründen:

II. Das LG hat im vorliegenden Fall die Vorschrift des § 46 Abs. 3 KostO zu Recht angewandt. Der Begriff „gleichzeitig“ ist nicht dahingehend zu verstehen, dass die Errichtung einer einheitlichen Urkunde erforderlich ist.

Dies folgt schon aus der Formulierung und der Vorschrift. Anders als § 44 Abs. 1 KostO stellt § 46 Abs. 3 KostO nicht auf eine Verhandlung oder eine einheitliche Urkunde, sondern nur auf die zeitliche Komponente ab. Diese ist aber nicht davon abhängig, ob die Beurkundung in einer Urkunde vorgenommen wurde oder durch mehrere. Die Gleichzeitigkeit ist nach Auffassung des Senats gegeben, wenn die Beurkundung sowohl des Ehe- als auch des Erbvertrags, wie hier, in einem einzigen Notartermin erfolgt.

Auch der Normzweck des § 46 Abs. 3 KostO lässt nur diese Auslegung zu. Der Gesetzgeber wollte durch diese Vorschrift den Abschluss von Ehe- und Erbverträgen erleichtern. Werden mehrere Urkunden in einem Termin errichtet, wird auch der Aufwand des Notars nicht wesentlich erhöht, eine einheitliche Sachverhaltsbesprechung kann stattfinden. Auch die rechtlichen Überlegungen bleiben die gleichen.

Ferner hätte, würde man der Auffassung der Notarkasse folgen, ohnehin die Erhebung einer § 46 Abs. 3 KostO übersteigenden Gebühr wegen §§ 141, 16 KostO deshalb zu unterbleiben, weil der Notar die sachlich begründete Aufteilung in 2 Urkunden vorgenommen hat, ohne den Kostenschuldner darauf hinzuweisen, dass dadurch eine höhere Gebühr entstehen kann (Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, 16. Aufl., § 16 KostO Rn. 51; OLG Köln JurBüro 1990, 75, 78; OLG Frankfurt, Beschluss v. 7. 1. 2002 – 20 W 477/01, zitiert nach juris). Der Hinweis wäre schon deshalb erforderlich gewesen, damit die Kostenschuldner entscheiden konnten, ob ihnen die ver-

einfachte Rücknahmemöglichkeit nach § 2300 Abs. 2 BGB die Mehrkosten wert sind.

Anmerkung der erweiterten Schriftleitung:

Nach § 46 Abs. 3 KostO wird bei gleichzeitiger Beurkundung eines Erbvertrages mit einem Ehevertrag oder einem Lebenspartnerschaftsvertrag die Gebühr nur einmal berechnet, und zwar nach dem Vertrag, der den höchsten Geschäftswert hat. Aus diesem Grund werden Ehe- und Erbverträge häufig zusammen in einer Urkunde beurkundet. Vor dem Hintergrund, dass eine Rücknahme des Erbvertrages aus der amtlichen Verwahrung aber nur möglich ist, wenn dieser nicht mit anderen Vereinbarungen zusammen beurkundet wurde (vgl. §§ 2300 Abs. 2, 2256 Abs. 1 BGB), kann es allerdings geboten sein, den Ehe- und den Erbvertrag nicht in einer Verhandlung zu beurkunden, sondern *getrennte* Urkunden aufzunehmen. Ob das Kostenprivileg des § 46 Abs. 3 KostO auch in diesem Fall zur Anwendung gelangt, ist jedoch umstritten (vgl. Bengel/Tiedtke, DNotZ 2004, 258, 275). Eine gerichtliche Stellungnahme hierzu stand bislang noch aus.

Das OLG München hat nun entschieden, dass es für die Anwendung des § 46 Abs. 3 KostO nicht darauf ankommt, ob die Beurkundung in einer Urkunde vorgenommen wurde oder durch mehrere. Entscheidend sei vielmehr allein die zeitliche Komponente, also ob die Beurkundung sowohl des Ehe- als auch des Erbvertrags in einem einzigen Beurkundungstermin (dann eine Gebühr, trotz getrennter Urkunden) oder in mehreren Terminen (dann getrennte Gebühren) erfolgt.

Wenn aber eine Zusammenfassung von Ehe- und Erbvertrag in einer Urkunde im Vergleich zur Aufnahme in zwei getrennten Urkunden für die Beteiligten mit keinem Kostenvorteil verbunden ist und eine solche Zusammenfassung außerdem dazu führt, dass die Beteiligten den Erbvertrag nicht mehr aus der amtlichen Verwahrung nehmen können, stellt sich für die notarielle Praxis die Frage, ob für eine solche Zusammenfassung von Ehe- und Erbvertrag angesichts des damit verbundenen Nachteils einer fehlenden Rücknahmemöglichkeit überhaupt noch ein sinnvoller Anwendungsbereich verbleibt. Sollte sich die nunmehr auch vom OLG München vertretene Ansicht durchsetzen, spricht daher viel dafür, Ehe- und Erbverträge zukünftig in getrennten Urkunden aufzunehmen.

CV

Buchbesprechung

Kindler, Geschäftsanteilsabtretungen im Ausland, 2010, C.H.Beck-Verlag, München, 67 Seiten, € 24,90

Ein „Beurkundungstourismus“, der die Beteiligten zur Beurkundung von GmbH-Anteilsübertragungen in Staaten mit geringeren Notargebühren – meist in die Schweiz – führt, ist seit langem zu beobachten. Ob solche Auslandsbeurkundungen anzuerkennen sind, war dabei

nie unumstritten und wird seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) erneut intensiv diskutiert (vgl. etwa Hermanns, RNotZ 2010, 38 ff.; Böttcher, ZNotP 2010, 6 ff.). Neben der Frage, ob die Beurkundung durch einen ausländischen Notar anzuerkennen ist (Art. 11 Abs. 1 1. Alt. EGBGB), stellt sich das Thema, ob die Wahrung einer ausländischen Ortsform

– z. B. ein privatschriftlicher Vertragsschluss in der Schweiz – einen aus Sicht des deutschen IPR (Art. 11 Abs. 1 2. Alt. EGBGB) wirksamen Vertragsschluss ermöglicht. Dieser Thematik nimmt sich Prof. Kinder, Inhaber eines Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschafts- und Gesellschaftsrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Augsburg, an.

Kindler belegt zunächst durch vielfältige Zitate aus Rechtsprechung und Schrifttum, dass der Zweck der in § 15 Abs. 3 GmbHG vorgesehenen notariellen Beurkundung einhellig über einen Zeitraum von über einem Jahrhundert hinweg nicht im Individualschutz, sondern in der Verhinderung der Spekulation mit GmbH-Anteilen gesehen wurde. Das Beurkundungserfordernis sei stets damit begründet worden, dass die im Verhältnis zum Aktienrecht erstrebte größere Flexibilität des GmbH-Rechts den strikten Ausschluss der GmbH-Geschäftsanteile vom Kapitalmarkt voraussetzt. Dieser Normzweck sei später vom Bundesgerichtshof um den Nebenzweck der Beweissicherung ergänzt worden.

Vor diesem Hintergrund vertritt Kindler die Auffassung, die in § 15 Abs. 3/4 GmbHG statuierte notarielle Beurkundung gehöre wegen ihres Zwecks nicht zur „Form“ des Rechtsgeschäfts im Sinne des Art. 11 Abs. 1 EGBGB. Dem Normzweck entspreche allein eine materiell-inhaltliche Qualifikation des Beurkundungserfordernisses. Die in Art. 11 Abs. 1 Fall 2 EGBGB vorgesehene Möglichkeit, die Form des Wirkungsstatus durch die liberalere Form des ausländischen Ortsrechts zu ersetzen, sei im Falle von § 15 Abs. 3 GmbHG daher nicht gegeben.

Kindler führt weiter aus, dass eine Ersetzung der notariellen Beurkundung durch eine mildere Form des Vornahmeorts selbst dann nicht in Betracht komme, wenn man § 15 Abs. 3 GmbHG – entgegen der Auffassung Kindlers – als Formvorschrift i. S. d. Art. 11 Abs. 1 EGBGB verstünde. Hierfür führt Kindler vor allem folgende drei Argumente an:

- Art. 11 Abs. 5 EGBGB (seit Inkrafttreten des IPR-Anpassungsgesetzes – „Rom-I-Gesetz“ – am 17. Dezember 2009: Art. 11 Abs. 4 EGBGB), wonach ein Rechtsgeschäft, durch das ein Recht an einer Sache begründet oder über ein solches Recht verfügt wird, nur formgültig ist, wenn es die Formvorschriften des Rechts erfüllt, das auf seinen Gegenstand bildende Rechtsverhältnis anzuwenden ist, sei analog anzuwenden.
- Selbst wenn § 15 Abs. 3 GmbHG als Formvorschrift zu qualifizieren wäre, sei im Übrigen eine gleichzeitige Qualifikation als materiell-inhaltliche Vorschrift nicht ausgeschlossen. Auch ein von § 15 Abs. 3 GmbHG verfolgter klassischer Formzweck dränge das materiell-rechtliche Anliegen der Vorschrift nicht völlig in den Hintergrund.
- § 15 Abs. 3 GmbHG diene dem Anlegerschutz und sei daher als „Eingriffsnorm“ i. S. d. IPR zu verstehen, also als zwingende Vorschrift, die – wie auch andere anlegerschützende Vorschriften des Kapitalmarktrechts – im öffentliche Interesse auf private Rechts-

verhältnisse einwirkt. Aus diesem Grund setze sich das Beurkundungserfordernis gegenüber einem formmilderem Ortsrecht durch.

Kindler wendet sich sodann der Frage zu, welche Auswirkungen das MoMiG auf die zuvor gewonnenen Erkenntnisse hat. Er kommt dabei zu dem Schluss, dass das MoMiG einer materiell-rechtlichen Qualifizierung des § 15 Abs. 3 GmbHG nicht entgegenstehe, sondern diese vielmehr weiter stütze. Wegen der neu geschaffenen Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen (§ 16 Abs. 3 GmbHG) und des damit einhergehenden Rechtsverlustes des wahren Gesellschafters müsse eine Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste in höherem Ausmaß gewährleistet werden; diesem Ziel diene die Beibehaltung des Beurkundungserfordernisses. Die auf die Gesellschafterliste bezogene Notarbescheinigung besitze quasi-konstitutive Wirkung für den Anteilserwerb, da der Erwerber seine Gesellschafterrechte erst mit der Aufnahme der Gesellschafterliste in das Handelsregister ausüben könne (§ 16 Abs. 1 GmbHG). Die Beurkundung und die Notarbescheinigung gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG erfolgten also nicht nur im Interesse des Neugesellschafters, sondern bezweckten auch dem Schutz des wahren Gesellschafters als potentiellem Rechtsverlierer. Der Notar werde zum Hüter des Eigentumsrechts des Gesellschafters und dessen durch Art. 14 GG geschützte Rechtsposition.

Dem Notar komme aufgrund seiner Verantwortung für die Gesellschafterliste auch die Aufgabe zu, daran mitzuwirken, im Interesse der öffentlichen Sicherheit und Ordnung Transparenz über die Anteilseignerstruktur der GmbH zu schaffen und so mittelbar Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung zu verhindern.

Kindler legt abschließend dar, dass der BMJ-Referentenentwurf eines „Gesetzes zum internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen“ vom 7. Januar 2008 (der vollständig – einschließlich Begründung – im Anhang des Werks abgedruckt ist) das „heiße Eisen“ der Geschäftsanteilsabtretung nicht anfasst. Kindler spricht sich demgegenüber dafür aus, dass sich der Gesetzgeber der hier untersuchten Qualifikationsfrage im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit annimmt und diese positiv regelt. Kindler macht hierfür einen eigenen Formulierungsvorschlag, wonach Rechtsgeschäfte, die den Erwerb oder den Verlust der Mitgliedschaft unmittelbar zur Folge haben, zwingend den Formvorschriften des Gesellschaftsstatuts unterstehen.

Die Monographie ist auf dem Stand vom 15. Oktober 2009. Das am 17. Dezember 2009 in Kraft getretene IPR-Anpassungsgesetz – „Rom-I-Gesetz“ – sowie die im vorliegenden Zusammenhang viel beachtete Entscheidung des LG Frankfurt a. M. vom 7. Oktober 2009 (RNotZ 2010, 68) sind bereits berücksichtigt.

Obwohl Kindler seine wesentlichen Erkenntnisse auch in BB 2010, 74 ff. veröffentlicht hat, kann die Lektüre der Monographie jedem gesellschaftsrechtlich oder IPR-rechtlich Interessierten nur wärmstens empfohlen werden.

Notarassessor Dr. Jan Link, Dipl.-Kfm., Essen