

# BWNotZ

## Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

### Herausgeber

Württembergischer Notarverein e.V.  
in Verbindung mit dem  
Badischen Notarverein e.V.

Kronenstraße 34  
70174 Stuttgart

### Schriftleitung

Notarvertreter Daniel Schaal,  
Stuttgart

Notar Dr. Oliver Fröhler,  
Titisee-Neustadt

[www.notare-wuerttemberg.de](http://www.notare-wuerttemberg.de)  
[www.badischer-notarverein.de](http://www.badischer-notarverein.de)  
ISSN-Nummer 1434-2979

**4/2010**

August  
Seiten 145-192

## Inhalt

### Abhandlungen

*Bachmayer*  
Ausgewählte Problemfelder bei Nachlasssachen  
mit Auslandsberührung .....146

*Eberle*  
Anmerkungen zu Kadel  
„Die Umwandlung eines Einzelunternehmens in  
eine UG (haftungsbeschränkt) bzw. GmbH“  
(BWNotZ 2010 Seite 46 ff.) .....178

**Rechtsprechung.....180**

**Buchbesprechung.....187**

**Aktuelles aus dem Steuerrecht .....189**

Öffentlicher Nur-Notar in Stuttgart  
sucht zum nächstmöglichen Eintrittstermin

**Württ. Notariatsassessor/in**  
**- in Voll- oder Teilzeit -**

bevorzugt mit Berufserfahrung, aber auch Berufsanfänger.  
Eine verantwortungsvolle und abwechslungsreiche Tätigkeit, die den gesamten Aufgabenbereich des Notarberufs umfasst, wird geboten.  
Eine umfassende Einarbeitung ist sichergestellt.

Ihre Bewerbungen richten Sie bitte unter Chiffre 1-04-2010 an den Verlag.

# Inhaltsverzeichnis

	Seite
<b>Abhandlungen</b>	
<b>Christian Bachmayer LL.B. (Hagen), Notar, Eppingen</b> Ausgewählte Problemfelder bei Nachlasssachen mit Auslandsberührung	146
<b>Dr. Norbert Eberle, Notar, Achern</b> Anmerkungen zu Kadel, „Die Umwandlung eines Einzelunternehmens in eine UG (haftungsbeschränkt) bzw. GmbH“ (BWNNotZ 2010, S. 46ff)	178
<b>Rechtsprechung</b>	
<b>1. Allgemeines Zivilrecht</b>	
<b>OLG Stuttgart, 04.05.2010 – 12 U 178/09</b>	
Zur Frage der dinglichen Wirksamkeit und schuldrechtlichen Beständigkeit einer im Wege des Insichgeschäfts in Ausübung einer General-/Vorsorgevollmacht vollzogenen schenkweisen Übereignung an die Vollmachtnehmer	180
<b>2. Erbrecht</b>	
<b>OLG München , 22.4.2010 – 31 Wx 011/10</b>	
Feststellungslast bei nicht auffindbarem Testament im Erbscheinsverfahren	183
<b>3. Handelsrecht/Gesellschaftsrecht</b>	
<b>OLG Stuttgart, 23.03.2010 – 8 W 139/10</b>	
Zur Eintragungsfähigkeit eines Haftungsausschlusses nach § 25 Abs. 2 HGB im Handelsregister; Bei der Geschäfts- und Firmenfortführung ist aus der Sicht des maßgeblichen Verkehrs die tatsächliche Fortführung entscheidend	184
<b>Buchbesprechungen</b>	
Saenger, Zivilprozessordnung (Böhringer)	187
Timme, Wohnungseigentumsgesetz (Brenner)	187
Groll, Praxishandbuch Erbrechtsberatung (Grigas)	188
<b>Aktuelles aus dem Steuerrecht</b> (Mensch/Haubold)	189

## Ausgewählte Problemfelder bei Nachlasssachen mit Auslandsberührung

(von Christian Bachmayer, LL.B. (Hagen), Notar, Eppingen\*)

### A. Einleitung

#### I. Einführung in das Thema

Das Erbrecht gehört zu den komplexesten Rechtsgebieten. Dies gilt bereits in Sachverhalten ohne jeglichen Auslandsbezug, wenn etwa schwer verständliche Gestaltungsmittel wie die Nacherbfolge, Wechselwirkungen mit güterrechtlichen Normen oder die durch das Pflichtteilsrecht gezogenen Schranken zu berücksichtigen sind. Weist ein erbrechtlicher Sachverhalt darüber hinaus Verbindungen zu einem ausländischen Staat auf<sup>1</sup> und kommt es infolgedessen zur Anwendung ausländischen Rechts, so vervielfachen sich die Schwierigkeiten, und zwar nicht nur, weil ausländisches materielles Recht hereinspielt, welches ein Rechtsproblem ggf. anders löst als dies der deutsche Rechtsanwender gewohnt ist, sondern auch, weil es zu Abwicklungsproblemen in verfahrensrechtlicher Hinsicht kommen kann.

Mit dem am 01. September 2009 in Kraft getretenen FamFG<sup>2</sup> wurde unter anderem erstmals die internationale Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte ausdrücklich geregelt, und zwar, wie noch näher dargestellt werden wird, in Abweichung von dem bisher in der gerichtlichen Praxis angewendeten „Gleichlaufprinzip“. Infolge dieser neu geregelten Zuständigkeit werden sich deutsche Nachlassgerichte, jedenfalls für einen Übergangszeitraum<sup>3</sup>, verstärkt mit Nachlasssachen zu befassen haben, in welchen ausländisches Recht zur Anwendung kommt. Die dabei zu Tage tretenden Probleme sind freilich nicht unbedingt neu: bereits bisher musste sich ein deutsches Nachlassgericht bei Erteilung eines sog. „Fremdrechtserbscheins“ gem. § 2369 BGB a.F.<sup>4</sup> mit Fragestellungen ausländischer Erbrechtsordnungen und ggf. ausländischen Verfahrens beschäftigen. Da die Zahl solcher Verfahren und damit auch Quellen möglicher Fehler sich infolge der neuen Zuständigkeitsregelung allerdings häufen werden, erscheint es angebracht, sich etwas näher mit einzelnen Problemfeldern in Nachlasssachen mit Auslandsberührung auseinanderzusetzen.

### II. Aufbau der Arbeit

Aufgrund der Vielfalt der Erbrechtsordnungen sowie der Unterschiedlichkeit der darin verwirklichten Lösungsansätze<sup>5</sup> können unmöglich alle in Betracht kommenden Problemfelder bei Nachlasssachen mit Auslandsberührung angesprochen werden. Insbesondere können Detailfragen ausländischen Rechts nicht besprochen, sondern allenfalls angedeutet werden. Nur im Einzelfall werden diese daher nachfolgend etwas vertieft; auf Einzelnachweisungen wird dabei weitgehend verzichtet, insoweit sei auf entsprechende Sammelwerke verwiesen<sup>6</sup>. Im Rahmen dieser Arbeit sollen vielmehr auftretende Problemfelder allgemein aus der Sicht eines deutschen Nachlassgerichts beleuchtet werden, bei welchem ein Erbschein nach einem ausländischen Erblasser beantragt wurde. Hierbei wird von folgendem einfachen Sachverhalt ausgegangen:

ein ausländischer Staatsangehöriger mit Wohnsitz und gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland verstirbt an seinem Wohnort. Er hinterlässt bewegliches und unbewegliches Vermögen im In- und Ausland. Der Erblasser hatte ein privatschriftliches Testament errichtet.

Der Sachverhalt wirft Fragen der internationalen Zuständigkeit, der Testamentseröffnung, des Erbscheinsverfahrens sowie des im Erbschein darzustellenden Ergebnisses der materiell-rechtlichen Erbfolgeregelung auf.

In Teil B der Arbeit wird zunächst die internationale Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte dargestellt. Diese Ausführungen nehmen relativ breiten Raum ein, weil es sich jedenfalls im Bereich der nachlassgerichtlichen Zuständigkeit um eine „neue“ Materie handelt, die vom bisherigen Recht abweicht. Teil C beschäftigt sich mit Problemen bei der Ermittlung des anwendbaren Rechts. Dies betrifft zum einen Fragen der kollisionsrechtlichen Betrachtung, zum anderen solche zur Reichweite des Erbstatuts. In Teil D der Arbeit werden einzelne Problemfelder des Verfahrensrechts abgehandelt. Hierbei geht es u.a. darum zu beleuchten, wie sich ausländische Rechtsinstitute im deutschen Verfahren auswirken können.

\* Für die Zeitschriftenveröffentlichung überarbeitete Fassung der Masterarbeit des Verfassers im Studiengang „Master of Laws“ an der FernUniversität in Hagen - Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung (Univ.-Prof. Dr. Karl-August von Sachsen-Gessaphe) – im WS 2009/2010. Die Prüfungsordnung sieht eine Begrenzung des Umfangs der Arbeit vor. Stand der Bearbeitung: Anfang Mai 2010

<sup>1</sup> Vgl. Art. 3 EGBGB.

<sup>2</sup> Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) vom 17. Dezember 2008; verkündet als Art. 1 des FGG-Reformgesetzes vom 17. Dezember 2008, BGBl. I S. 2586.

<sup>3</sup> Bis zum Inkrafttreten eines Europäischen Erbrechtsinstruments, dazu näher unten unter B IV.

<sup>4</sup> Mit der Angabe „a.F.“ ist, soweit nicht ausdrücklich anders angegeben, die bis zum Inkrafttreten des FamFG geltende Fassung gemeint.

<sup>5</sup> Für die Vielfalt bereits innerhalb Europas vgl. nur die Studie des Deutschen Notarinstituts DNotI „Étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridiction et de conflit de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de l'Union Européenne, rapport final 2002“, zitiert als *DNotI-Studie*.

<sup>6</sup> Z.B. Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann (Hrsg.), Internationales Erbrecht, Loseblattsammlung, verschiedene Bearbeitungsstände; Flick/Piltz (Hrsg.), „Der Internationale Erbfall“, 2. Auflage 2008, zitiert als: *Flick/Piltz-Bearbeiter – Länderteil* (ab. S. 128); Süß (Hrsg.), „Erbrecht in Europa“, 2. Auflage 2008 (zitiert als: *Süß-Bearbeiter – Länderteil* (ab. S. 303)).

Nicht behandelt werden können im Rahmen der Arbeit die sich aus dem (ausländischen) materiellen Recht ergebenden Fragestellungen. Ausgeklammert bleiben auch Fragen, welche mit der Errichtung, Gültigkeit und Auslegung von letztwilligen Verfügungen zusammenhängen, welche insbesondere dann problematisch sind, wenn hieran mehrere Testatoren beteiligt sind. Die sich aus dem zuletzt genannten Problemfeld ergebenden Schwierigkeiten wurden bereits an anderer Stelle besprochen<sup>7</sup>.

## B. Ein gelöstes Problem(?) – Die internationale Zuständigkeit

### I. Mögliche Zielsetzungen einer Zuständigkeitsregelung<sup>8</sup>

Bevor nachfolgend die frühere Rechtslage sowie die seit 01. September 2009 geltende Regelung betrachtet werden und sodann ein kleiner Ausblick auf mögliche künftige Vorschriften gegeben wird, sollen zunächst einmal denkbare Zielsetzungen einer Regelung der internationalen Zuständigkeit erörtert werden. Bei der anschließenden Erläuterung der bisherigen, nunmehr geltenden sowie möglichen künftigen Zuständigkeitsvorschriften kann dann darauf eingegangen werden, inwieweit diese den Zielsetzungen gerecht geworden sind bzw. werden.

Die internationale Zuständigkeit bestimmt, die Gerichte welchen Landes sich mit einem bestimmten Rechtsproblem zu befassen haben, unabhängig von dem auf das Rechtsproblem selbst anwendbaren materiellen Recht. Die Frage der Zuständigkeit ist daher eine Frage des Verfahrensrechts. Das Verfahrensrecht wiederum dient der (korrekten) Umsetzung des materiellen Rechts, z.B. durch die gerichtliche Feststellung bestehender Ansprüche. Vor diesem Hintergrund können u.a. folgende Ziele der Regelung der internationalen Zuständigkeit<sup>9</sup> ausgemacht werden, wobei die Ziele sich teilweise überschneiden, aber teilweise auch gegenläufig sind:

#### a) Rechtsschutz<sup>10</sup>

Unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzes können verschiedene Aspekte differenziert werden.

Aus der Sicht des beteiligten Bürgers bedeutet Rechtsschutz zunächst einmal ungehinderten Zugang zu den Gerichten. Damit ist nicht nur gemeint, dass für ein bestimmtes Anliegen des Bürgers überhaupt ein Rechtsweg eröffnet ist, sondern auch, dass ein zuständiges Gericht zeitlich und örtlich schnell erreichbar ist. Die Verfahrensdauer und die Verfah-

renskosten können ebenfalls als ein Aspekt des Rechtsschutzes angesehen werden, spielen aber aus gesetzgeberischer Sicht beim Erlass von Zuständigkeitsnormen wohl eher eine untergeordnete Rolle. Zum Rechtsschutz gehört weiter, dass eine von einem zuständigen Gericht ergangene Entscheidung dem Beteiligten tatsächlich zur Durchsetzung seiner Rechte verhilft. So nützt es etwa einem Beteiligten wenig, wenn er in einem Land die Erteilung eines Erbrechtszeugnisses, z.B. eines Erbscheins, erwirkt, welcher in einem anderen Land, wo Nachlassgegenstände belegen sind, nicht mit denselben Wirkungen wie im Herkunftsstaat anerkannt wird<sup>11</sup>.

Aus staatlicher Sicht ist unter dem Gesichtspunkt des effektiven Rechtsschutzes noch die Vermeidung doppelter oder gar mehrfacher Verfahren zu nennen.

Das Ziel des effektiven Rechtsschutzes kann z.B. dadurch erreicht werden, dass das Gesetz zahlreiche Anknüpfungsmomente für eine Zuständigkeit vorsieht, so dass eine große Zahl von Gerichtsständen eröffnet ist. Um die Gefahr von Parallelverfahren zu vermeiden, ist dann aber ggf. vorzusehen, dass das zuerst angegangene Gericht die ausschließliche Zuständigkeit behält. Bei einer solchen Regelung kann freilich effektiver Rechtsschutz für einen Beteiligten zum Nachteil für einen anderen gereichen. Eine Mehrzahl eröffneter Gerichtsstände birgt weiter die Gefahr des „forum shopping“ in sich<sup>12</sup>.

#### b) Rechtssicherheit<sup>13</sup>

Auch unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit sind verschiedene Aspekte anzusprechen.

Hierzu gehört zum Beispiel die Vorhersehbarkeit einer Entscheidung<sup>14</sup>. Gerade im Bereich des Erbrechts und der Nachlassabwicklung sind materielles und Verfahrensrecht oft eng verwoben. So sind etwa die in einem Land zur Verfügung gestellten Verfahren und Verfahrensvorschriften auf die dort bekannten erbrechtlichen Instrumente abgestimmt. Ein Verfahren zur gerichtlichen Ernennung eines Testamentsvollstreckers macht nur dort Sinn, wo das Institut des Testamentsvollstreckers überhaupt bekannt ist. Aus diesem Grund kann es sinnvoll sein, die nachlassgerichtlichen Verfahren den Gerichten desjenigen Staates zuzuweisen, dessen materiell-rechtliche Vorschriften auf den Erbfall anwendbar sind. So ist am ehesten gewährleistet, dass das befassende Gericht die „richtige“ Entscheidung trifft.

Zu dem Ziel der Rechtssicherheit gehört auch der Aspekt der Kontinuität der Rechtsprechung. Damit ist gemeint, dass eine Auffassung, welche durch ein Obergericht für richtig erkannt wurde, nicht ohne triftigen Grund alsbald wieder aufgegeben werden soll. Vielmehr sollte der Rechtsanwender sich darauf verlassen können, dass die Gerichte eine einmal für

<sup>7</sup> Bachelor-Arbeit des Verfassers im Studiengang „Bachelor of Laws“ an der Fernuniversität Hagen, in leicht überarbeiteter Form veröffentlicht in BWNNotZ 2009, 28.

<sup>8</sup> Vgl. allgemein zu Zielsetzungen im IPR *Rauscher*, „Internationales Privatrecht mit internationalem und europäischem Verfahrensrecht, 3. Auflage 2009“, Rn. 45ff.. Ausführlich zu Zielsetzungen bei der internationalen Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte *Berenbrok*, „Internationale Nachlassabwicklung: Zuständigkeit und Verfahren“, Hamburger Rechtsstudien Heft 77 (1989), S. 67ff.; *Kraus*, „Die deutsche internationale Zuständigkeit in Nachlassverfahren“, Dissertation Würzburg 1993, S. 53ff. sowie 121ff..

<sup>9</sup> Die Ziele können selbstredend nicht nur auf dem Gebiet der Zuständigkeitsregelungen, sondern z.B. auch im Bereich der materiellen Kollisionsnormen oder durch Harmonisierung des materiellen Erbrechts umgesetzt werden; an dieser Stelle geht es allerdings nur um Zuständigkeitsfragen.

<sup>10</sup> *Berenbrok*, (Fn. 8), S. 68ff.; *Kraus*, (Fn. 8), S. 56ff. S. auch MünchKommZ-PO-*Rauscher*, § 105 FamFG Rn. 36.

<sup>11</sup> Zur Anerkennung deutscher Erbscheine in Spanien vgl. *Schaal*, „Internationale Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte nach der geplanten FGG-Reform“, BWNNotZ 2007, S. 154 – 160, S. 155.

<sup>12</sup> Zum unerwünschten „forum shopping“ vgl. nur *DNotl-Studie*, (Fn. 5), S. 13.

<sup>13</sup> *Kraus*, (Fn. 8), S. 63ff. und S. 76ff.

<sup>14</sup> Zur Problematik der Vorhersehbarkeit einer Entscheidung aus der Sicht des Gestalters vgl. *DNotl-Studie*, (Fn. 5), S. 13.

<sup>15</sup> *Berenbrok*, (Fn. 8), S. 33 sowie insbes. S. 72ff.; *Kopp*, „Probleme der Nachlassabwicklung bei kollisionsrechtlicher Nachlassspaltung“, Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht Bd. 55 (1997), S. 77f.; *Kraus*, (Fn. 8), S. 68ff. Zu diesem Aspekt s. auch die Gesetzesbegründung zum FamFG, BT-Drucksache 16/6308, S. 222.

richtig erkannte Rechtsmeinung, ohne Änderung äußerer Umstände, grundsätzlich beibehalten, und dass diese auch von Untergerichten sowie ggf. von Gerichten anderer Rechtszweige übernommen wird.

Das Ziel der Rechtssicherheit in dem beschriebenen Sinne kann etwa durch eine Zuständigkeitskonzentration gefördert werden. Damit ist nicht nur gemeint, dass eine Reduzierung der Zahl der Gerichtsstände der Gefahr unterschiedlicher Entscheidungen vorbeugt. Wie bereits angedeutet, kann ein Gleichlauf von materiellem und formellem Recht ebenfalls die Gefahr „falscher“ Entscheidungen minimieren. Eine weitere Möglichkeit, die Rechtssicherheit zu erhöhen, ist die Regelung einer großzügigen Anerkennung ausländischer Entscheidungen.

### c) Internationaler Entscheidungseinklang<sup>15</sup>

Während die beiden soeben besprochenen Ziele auch bei rein nationaler Betrachtung eine Rolle spielen, kommt dem Aspekt des internationalen Entscheidungseinklangs bei der Regelung der internationalen Zuständigkeit besonderes Gewicht zu. Internationaler Entscheidungseinklang im eigentlichen Sinne bedeutet, dass nicht verschiedene mit der Sache befasste Gerichte in verschiedenen Staaten unterschiedliche Entscheidungen treffen. In einem weiteren Sinne kann dies auch dahin verstanden werden, dass derselbe Lebenssachverhalt nicht von unterschiedlichen Rechtsanwendern, z.B. auch Rechtsgestaltern, in verschiedenen Staaten unterschiedlich beurteilt wird.

Soweit es um die Bestimmung der Zuständigkeit geht, ließe sich ein solches Ziel am einfachsten dadurch erreichen, dass stets nur ein Gericht für die Entscheidung zuständig ist, es also überhaupt nur ein international zuständiges Gericht gibt. Dies erscheint freilich angesichts der Unterschiedlichkeit der Rechtsordnungen und der Komplexität der Materie als eine Utopie<sup>16</sup>. Denn dies würde die Harmonisierung der Zuständigkeitsregelungen – im Idealfall: weltweit – dergestalt voraussetzen, dass aus der Sicht aller Rechtsordnungen nur ein zuständiges Gericht in Betracht kommt. Da ein nationaler Gesetzgeber dabei Gefahr liefe, bei entsprechenden Sachverhalten nicht nur auf eine eigene Zuständigkeit verzichten zu müssen, sondern, jedenfalls ohne Harmonisierung auch des Kollisionsrechts, hinnehmen zu müssen, dass ein ausländisches Gericht den Sachverhalt nach dem aus eigener Sicht „falschen“ Recht beurteilt, ist eine Einigung auf ein international zuständiges Gericht kaum vorstellbar. Zudem würde die Konzentration auf ein zuständiges Gericht dem Ziel des effektiven Rechtsschutzes jedenfalls dann zuwiderlaufen, wenn aufgrund der gegebenen Anknüpfung an z.B. den letzten Aufenthalt ein von den Erben und dem Nachlass weit entferntes Gericht allein zuständig wäre.

Wenn die Festlegung nur eines zuständigen Gerichts eine Utopie bleibt, könnte man zumindest daran denken, dass – wie auch bei reinen Inlandssachverhalten – das zunächst mit der Sache befasste, zuständige Gericht die Zuständigkeit anderer Gerichte ausschließt. Auch dies setzt freilich eine international einheitliche Anerkennung dieser Regelung voraus. Es bleibt dann allerdings immer noch das Problem, dass aufgrund der Zuständigkeitskonzentration ein effektiver Rechts-

schutz gefährdet sein kann. Weiter kann sich die Gefahr des „forum shoppings“ erhöhen.

Ist eine Zuständigkeitskonzentration nicht erreichbar, so kann das Ziel des internationalen Entscheidungseinklangs mindestens dadurch gefördert werden, dass Entscheidungen anderer Gerichte oder Behörden in großem Maße anerkannt werden.

Freilich sind die aufgezeigten Möglichkeiten immer nur Hilfslösungen. Am ehesten ließe sich internationaler Entscheidungseinklang natürlich dadurch herstellen, dass alle Gerichte, unabhängig von der Zuständigkeit, stets dasselbe materielle Recht anwenden. Dies setzte allerdings die Harmonisierung der materiellen Kollisionsnormen bzw., noch weitergehend, des materiellen Erbrechts voraus.

## II. Das bis zum 01. September 2009 geltende nationale Recht

### 1. Der Gleichlaufgrundsatz

#### a) Der „strenge“ Gleichlaufgrundsatz

Im Rahmen dieser Arbeit soll die bisherige Rechtslage nur in aller Kürze<sup>17</sup> beleuchtet werden. Da diese nicht mehr geltendes Recht ist, wird auf eine ausführliche Auseinandersetzung mit den Argumenten für bzw. gegen diese Regelung weitgehend verzichtet.

Bis zum Inkrafttreten des FamFG galt hinsichtlich der internationalen Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte ungeschrieben der sog. „Gleichlaufgrundsatz“<sup>18</sup>. Dieser besagte, dass ein deutsches Nachlassgericht international nur dann für eine Nachlasssache zuständig war, wenn auch materiell deutsches Erbrecht zur Anwendung kam. Die Anwendbarkeit deutschen materiellen Erbrechts kann sich dabei aus einer staatsvertraglichen Regelung, aus einer „direkten“ Anknüpfung über die Staatsangehörigkeit des Erblassers gem. Art. 25 Abs. 1 EGBGB, infolge einer Rechtswahl oder aufgrund einer kollisionsrechtlichen Rück- oder Weiterverweisung ergeben.

Der „Gleichlaufgrundsatz“ wurde zu Beginn des letzten Jahrhunderts zunächst vom Kammergericht entwickelt; das BayObLG ist diesem später gefolgt<sup>19</sup>. Nach den grundlegenden Entscheidungen dieser Gerichte wurde der Gleichlaufgrundsatz in der Jurisprudenz nicht mehr ernsthaft in Frage gestellt, sondern in ständiger Rechtsprechung angewendet<sup>20</sup>. Für den Gleichlaufgrundsatz sollte unter anderem die Entstehungsgeschichte der gesetzlichen Vorschriften<sup>21</sup>, der Wortlaut des § 2369 BGB a.F. - in Abgrenzung zu § 73 Abs. 3 FGG - sowie der Aspekt der Verbundenheit von Sachrecht und Verfahrensrecht sprechen.

<sup>17</sup> Ausführlich z.B. *Berenbrok*, (Fn. 8), S. 16ff.; *Kraus*, (Fn. 8), S. 12ff.

<sup>18</sup> Vgl. nur *Firsching/Graf*, „Nachlassrecht, Handbuch der Rechtspraxis Band 6“, 9. Auflage 2008, zitiert als: *Graf*, Rn. 2.55ff.; *Kroiß*, „Die Internationale Zuständigkeit in Nachlassverfahren nach dem FamFG“, ZEV 2009, S. 493 – 495, zitiert als: *Kroiß (Zuständigkeit)*, S. 493; *MünchKommBGB-Birk*, Art. 25 EGBGB Rn. 316; *Staudinger-Dörner (2007)*, Art. 25 EGBGB Rn. 35ff.; je m.w.N..

<sup>19</sup> Nachweise bei *Berenbrok*, (Fn. 8), S. 18ff.; *Kopp*, (Fn. 15), S. 73; *Kraus*, (Fn. 8), S. 5ff..

<sup>20</sup> Etwa BayObLG, Beschl. v. 13.11.1986 – BReg 1 Z 4/86, NJW 1987, 1148, zu Beibehaltung des Gleichlaufgrundsatzes nach der Neuregelung des deutschen Internationalen Privatrechts im EGBGB im Jahre 1986. S. auch *Riering*, „Internationales Nachlassverfahrensrecht“, MittBayNot 1999, S. 519 – 529, S. 519, sowie *Schaal*, (Fn. 11), S. 154, je mit zahlreichen weiteren Nachweisen zur Rechtsprechung jeweils in Fn. 1.

<sup>21</sup> Kritisch hierzu insbes. *Berenbrok*, (Fn. 8), S. 56ff..

<sup>16</sup> Auf europäischer Ebene soll dies allerdings mit der bereits auf den Weg gebrachten künftigen EU-Erbrechtsverordnung gelingen, dazu näher unten unter B IV.

In der Literatur war der Gleichlaufgrundsatz hingegen vor allem in jüngerer Zeit heftig umstritten<sup>22</sup>. Unter anderem wurde dagegen vorgebracht, dass es sich bei den Nachlassverfahren um die einzigen Verfahren im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit handle, in welchen sich die internationale Zuständigkeit nicht nach der örtlichen Zuständigkeit richte. Damit stelle diese Anknüpfung einen Fremdkörper innerhalb unseres Rechtssystems dar<sup>23</sup>. Diese Meinung nahm daher an, dass die Regelung der Zuständigkeit in § 73 FGG eine „Doppelfunktion“ habe und sich hieraus auch die internationale Zuständigkeit ableite.

In seiner strengen Form ist der Gleichlaufgrundsatz grundsätzlich geeignet, dem Ziel des internationalen Entscheidungseinklangs gerecht zu werden. Denn wenn deutsche Gerichte ihre Zuständigkeit nur bei Anwendbarkeit deutschen Erbrechts annehmen und im Übrigen ablehnen, wird ein „Einmischen“ in fremde Rechtsordnungen vermieden. Damit ist zugleich dem Ziel der Rechtssicherheit gedient<sup>24</sup>. Freilich kann dies zu Lasten eines effektiven Rechtsschutzes gehen, wenn einem Bürger abverlangt wird, seine Rechte möglicherweise vor dem Gericht eines weit entfernten Staates durchsetzen zu müssen.

Auch unter Geltung des Gleichlaufgrundsatzes kann es allerdings dazu kommen, dass das Ziel des internationalen Entscheidungseinklangs verfehlt wird<sup>25</sup>. Dies ist zum einen dann der Fall, wenn zwei Rechtsordnungen bei demselben Sachverhalt eine eigene Zuständigkeit annehmen und auch von der Anwendbarkeit des jeweils eigenen materiellen Erbrechts ausgehen (sog. „hinkende Rechtsverhältnisse“). Da jedes zuständige Gericht dann sein eigenes materielles Erbrecht anwendet, sind unterschiedliche Entscheidungen in der Sache vorprogrammiert. Es kann aber unter dem Gleichlaufgrundsatz auch umgekehrt dazu kommen, dass die Gerichte mehrerer betroffener Staaten jeweils eine eigene Zuständigkeit ablehnen. Wenn im obigen Beispielfall das deutsche Gericht mangels Anwendbarkeit deutschen Erbrechts eine Zuständigkeit ablehnt, und ein ausländisches Gericht, welches die Zuständigkeit an den Aufenthalt anknüpft, mangels eines solchen sich für nicht zuständig hält, wird sich letztlich kein Gericht der Sache annehmen. Beide Varianten, sowohl die Annahme einer doppelten Zuständigkeit mit unterschiedlicher materiell-rechtlicher Anknüpfung als auch das Fehlen eines zuständigen Gerichts, sind schließlich auch mit dem Ziel des effektiven Rechtsschutzes sowie der Rechtssicherheit nicht kompatibel.

#### b) Der modifizierte Gleichlaufgrundsatz

Vor diesem Hintergrund wurde der Gleichlaufgrundsatz von den deutschen Gerichten nicht immer in seiner strengen

Form angewendet<sup>26</sup>. Eine Zuständigkeit deutscher Gerichte wurde daher z.B. dann angenommen, wenn andernfalls Rechtsverweigerung drohen würde<sup>27</sup>. Auch sollten deutsche Gerichte ggf. für Nachlasssicherungsmaßnahmen<sup>28</sup> zuständig sein.

#### 2. § 2369 BGB a.F.

Aus der Sicht des Gleichlaufgrundsatzes stellt die Regelung in § 2369 BGB a.F. eine echte Durchbrechung<sup>29</sup> dieses Prinzips dar. Denn nach dieser Vorschrift ergab sich ausdrücklich, dass ein deutsches Nachlassgericht auf Antrag und gegenständlich beschränkt auf die im Inland belegenen Nachlassgegenstände einen Erbschein zu erteilen hatte, gerade unter der Geltung eines ausländischen materiellen Erbrechts. Die Vertreter des Gleichlaufprinzips entnahmen daher der Norm auch eine zuständigkeitsbegründende Wirkung. Die Vorschrift begründete dabei zugleich eine „Annex-Zuständigkeit“ für alle der Feststellung des Erbrechts notwendig vorausgehenden Maßnahmen<sup>30</sup>. Die Verfechter der Doppelfunktionslehre sahen hingegen die Zuständigkeit deutscher Gerichte als durch § 73 FGG gegeben an, und entnahmen daher § 2369 BGB a.F. nur die vom Gesetzgeber eingeräumte Möglichkeit, die „Reichweite“ eines Erbscheins auf den im Inland belegenen Nachlass zu beschränken.

### III. Das seit 01. September 2009 geltende nationale Recht

#### 1. Vorrangiges zwischenstaatliches Recht

Soweit ersichtlich sind, mit einer Ausnahme<sup>31</sup>, keine vorrangigen<sup>32</sup> zwischenstaatlichen Vorschriften oder europäische Regelungen zu beachten, welche eine internationale Zuständigkeit von Nachlassgerichten in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit regeln. Bei der genannten Ausnahme handelt es sich um § 12 der Anlage zu Art. 20 des deutsch-türkischen Konsularvertrags vom 28. Mai 1929<sup>33</sup>. Dieser bestimmt hinsichtlich des unbeweglichen Vermögens des Erblassers die internationale Zuständigkeit der Gerichte im Belegenheitsstaat. Im Übrigen enthält der Staatsvertrag allerdings keine Zuständigkeitsregelungen für die Nachlassgerichte. Die in § 15 der Anlage bestimmte Zuständigkeit betrifft ausschließlich die streitige Gerichtsbarkeit<sup>34</sup>. § 17 der Anlage regelt nur die Anerkennung der in dem einem Land ergangenen Nachlassentscheidungen in dem jeweils anderen

<sup>22</sup> Z.B. *Berenbrok*, (Fn. 8), S. 56ff., insbes. S. 109 sowie S. 248. Weiter *MünchKommBGB-Birk*, Art. 25 EGBGB Rn. 317; *Staudinger-Dörner* (2007), Art. 25 EGBGB Rn. 848ff.. Vgl. weiter BT-Drucksache 16/6308, S. 221, *Riering*, (Fn. 20), S. 519; *Schaal*, (Fn. 11), S. 154, u. *Wittkowski*, „Die Beantragung und Erteilung von Erbscheinen in Erbfällen mit Auslandsberührung nach dem FamFG“, RNotZ 2010, S. 102 – 132, S. 103, je m.w.N.. Zur ganz frühen Kritik auch *Berenbrok*, (Fn. 8), S. 46.

<sup>23</sup> *Bahrenfuss-von Milczewski*, § 105 Rn. 1, bezeichnet die Regelung im FamFG daher auch als „wesentliche Neuerung“ in Nachlasssachen. Auch international gesehen stellte die deutsche Version des Gleichlaufs eine absolute Ausnahme dar; vgl. *DNotI-Studie*, (Fn. 5), S. 19.

<sup>24</sup> Für die grundsätzliche Beibehaltung des Gleichlaufgrundsatzes daher z.B. auch *Kraus*, (Fn. 8), S. 135; vgl. weiter *Kroiß*, „Das neue Nachlassverfahrensrecht“, (1. Auflage) 2009, zitiert als: *Kroiß* (*Verfahren*), Abschn. A Rn. 24.

<sup>25</sup> *MünchKommZPO-Rauscher*, § 105 FamFG Rn. 35

<sup>26</sup> Vgl. *MünchKommZPO-Rauscher*, § 105 FamFG Rn. 37f.; *Schäuble*, „Die Erbscheinserteilung in internationalen Erbfällen nach neuer Rechtslage“, ZErB 2009, S. 200 – 206, S. 200; *Wittkowski*, (Fn. 22), S. 103. Rechtsprechungsübersicht bei *Riering*, (Fn. 20), S. 520.

<sup>27</sup> Vgl. *Berenbrok*, (Fn. 8), S. 23f.; *Graf*, (Fn. 18), Rn. 2.59; *Kroiß* (*Zuständigkeit*), (Fn. 18), S. 493.

<sup>28</sup> *Berenbrok*, (Fn. 8), S. 22f.; *Graf*, (Fn. 18), Rn. 2.66; *Kroiß* (*Zuständigkeit*), (Fn. 18), S. 493.

<sup>29</sup> *Johnen*, „Die Behandlung von Erbscheinsanträgen mit Auslandsberührung in der notariellen Praxis“, MittRhNotK 1986, S. 57 – 73, S. 63; *Kroiß* (*Zuständigkeit*), (Fn. 18), S. 493; *Riering*, (Fn. 20), S. 522; *Wittkowski*, (Fn. 22), S. 103. Vgl. auch *Edenfeld*, „Der deutsche Erbschein nach ausländischem Erblasser“, ZEV 2000, S. 482 – 485, S. 483f..

<sup>30</sup> S. nur *Staudinger-Dörner* (2007), Art. 25 EGBGB Rn. 840.

<sup>31</sup> A.A. offenbar *Wittkowski*, (Fn. 22), S. 105 m.w.N. in Fn. 35; wie hier allerdings DNotI-Gutachten Nr. 101406 v. 11.03.2010 (unveröffentlicht).

<sup>32</sup> Vgl. § 97 FamFG; hierzu u.a. *Althammer*, „Verfahren mit Auslandsbezug nach dem neuen FamFG“, IPrax 2009, S. 381 – 389, S. 381.

<sup>33</sup> Konsularvertrag zwischen dem Deutschen Reich und der Türkischen Republik v. 28.05.1929, RGBl. 1930 II 747.

<sup>34</sup> *Staudinger-Dörner* (2007), Vorbem. zu Art. 25 EGBGB Rn. 181f.. So auch LG München I, Ur. v. 26.09.2006, 6 O 15963/05 (rkr.), ZEV 2007, 436.

Land, ohne aber eine Zuständigkeit zu regeln<sup>35</sup>. Für beweglichen Nachlass richtet sich die Zuständigkeit der Nachlassgerichte daher nach den allgemeinen Regeln.

## 2. Abkehr vom Gleichlaufprinzip

Mit den Regelungen im FamFG ist der Gesetzgeber von dem oben skizzierten Gleichlaufgrundsatz bewusst abgerückt<sup>36</sup> und hat die internationale Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte nicht mehr an das anwendbare Recht, sondern an die örtliche Zuständigkeit angeknüpft. § 105 FamFG besagt, dass sich in anderen Verfahren als den in §§ 97 bis 104 FamFG geregelten die internationale Zuständigkeit nach der örtlichen Zuständigkeit richtet. Da die Nachlasssachen (§ 342 FamFG) in den soeben genannten Vorschriften keine eigenständige Regelung erhalten haben, sind sie ein „anderes Verfahren“ i.S.d. § 105 FamFG.

Wann die örtliche Zuständigkeit eines Nachlassgerichts gegeben ist, regelt § 105 FamFG freilich nicht; diese ergibt sich vielmehr aus den §§ 343 und 344 FamFG<sup>37</sup>. Diese Vorschriften sehen in einer Art „Zuständigkeitsleiter“ eine Vielzahl von Anknüpfungsmomenten vor, auf welche nachstehend noch ausführlicher eingegangen wird. Die zahlreichen Anknüpfungsmomente und die Abkehr vom Gleichlauf führen dazu, dass deutsche Nachlassgerichte sehr viel häufiger als bisher in Nachlasssachen mit Auslandsberührung international zuständig sind<sup>38</sup>. Dies wurde bei der Neuregelung der örtlichen Zuständigkeit, welche sich in weiten Teilen an die bisherige Regelung im FGG anlehnen, möglicherweise nicht immer bedacht, wie die bereits aufgetretenen, nachstehend erörterten Zweifelsfragen belegen.

Diese deutsche internationale Zuständigkeit ist gem. § 106 FamFG keine ausschließliche, so dass daneben auch eine Zuständigkeit ausländischer Gerichte in Betracht kommt.

## 3. Die verschiedenen Anknüpfungsmomente

### a) Wohnsitz- bzw. Aufenthaltszuständigkeit, § 343 Abs. 1 FamFG

Gem. § 343 Abs. 1 FamFG richtet sich die örtliche Zuständigkeit in erster Linie nach dem letzten Wohnsitz des Erblassers, bei fehlendem Wohnsitz nach dem Aufenthalt im Zeitpunkt des Erbfalls.

#### (1) Wohnsitz

Soweit es nur um die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit geht, entspricht der Begriff des Wohnsitzes in § 343 Abs. 1 FamFG dem Wohnsitzbegriff in § 7 BGB<sup>39</sup>. Hiernach wird der Wohnsitz begründet durch tatsächliche Niederlassung an einem bestimmten Ort, verbunden mit dem Willen, diesen Ort zum ständigen Schwerpunkt der Lebensverhältnisse zu machen. Die Begründung des Wohnsitzes besteht also aus einem tatsächlichen Moment (Niederlassung) sowie einem Willensmoment. Die polizeiliche Meldung an einem bestimm-

ten Ort ist ein Indiz für das Willensmoment, für die Wohnsitzbegründung ist sie aber nicht ausschlaggebend. Bei dem für die Wohnsitzbegründung erforderlichen Willen handelt es sich um einen rechtsgeschäftlichen Willen, wie sich aus den §§ 8 und 11 BGB ergibt<sup>40</sup>. Hiernach teilt etwa ein minderjähriges Kind den Wohnsitz seines personensorgeberechtigten Elternteils und kann ein Geschäftsunfähiger selbst einen Wohnsitz weder begründen noch aufheben.

Bei der Bestimmung der internationalen Zuständigkeit eines deutschen Gerichts könnte fraglich sein, ob es insoweit nur auf dieses deutsche Verständnis von „Wohnsitz“ ankommt oder (auch) auf den Standpunkt eines in Rede stehenden ausländischen Rechts, welchem der Begriff möglicherweise sogar fremd ist<sup>41</sup>. Die Frage ist also, ob der Wohnsitzbegriff in § 343 BGB rein aus deutscher Sicht auszulegen ist (Qualifikation *lege fori*) oder (auch) aus der Sicht eines möglicherweise zur Anwendung kommenden ausländischen Rechts (Qualifikation *lege causae*).

Auszugehen ist von dem Grundsatz, dass jedes zuständige Gericht in formeller Hinsicht die Verfahrensvorschriften am Ort des Gerichtsstandes anwendet (Grundsatz der Anwendbarkeit der *lex fori*)<sup>42</sup>. Soweit ein deutsches Gericht international zuständig ist, kommen also die deutschen Verfahrensvorschriften zur Anwendung. Die Vorschriften über die Zuständigkeit eines Gerichts sind ihrerseits auch Verfahrensvorschriften, so dass auch für die Bestimmung des Gerichtsstandes ein Gericht die eigenen Vorschriften im Verständnis des nationalen Rechts anwenden wird<sup>43</sup>. Damit wird auch vermieden, dass schwierige international-privatrechtliche Abgrenzungsfragen des materiellen Rechts bereits „auf der ersten Stufe“, nämlich bei der Suche nach dem Gerichtsstand, in das Verfahren hineingezogen werden<sup>44</sup>. Für die Qualifikation *lege fori* spricht weiter, dass das neue Recht für die Frage der internationalen Zuständigkeit gerade nicht mehr vom Gleichlaufgrundsatz ausgeht, die Zuständigkeit also vom anwendbaren materiellen Recht abgekoppelt hat. Schließlich kann angeführt werden, dass die internationale Zuständigkeit als Sachentscheidungsvoraussetzung zwar selbstständig zu prüfen ist, aber an dieselben Kriterien anknüpft wie die örtliche Zuständigkeit. Für die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit kommt es aber durch die Verweisung aus § 343 Abs. 1 FamFG auf die §§ 7 ff. BGB auf das deutsche Verständnis des Wohnsitzes an; dies wird dann auch für die Bestimmung der internationalen Zuständigkeit zu gelten haben. Der Wohnsitzbegriff ist daher aus der Sicht des deutschen Rechts zu qualifizieren.

Dies schließt freilich nicht aus, dass bei der Ermittlung des Wohnsitzes ausländisches Recht hereinspielt<sup>45</sup>. Wie dargestellt, gehört zum deutschen Wohnsitzbegriff auch ein rechtsgeschäftlicher Wille, wobei bei minderjährigen oder in der Geschäftsfähigkeit eingeschränkten Personen nicht deren eigener Wille maßgeblich ist, sondern der ihres gesetzlichen Vertreters. Bei der Frage, ob der Erblasser minderjährig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt war, handelt es sich um

<sup>35</sup> Staudinger-Dörner (2007), Vorbem. zu Art. 25 EGBGB Rn. 190. Ebenso Dörner, „Das deutsch-türkische Nachlassabkommen“, ZEV 1996, S. 90, 96.

<sup>36</sup> BT-Drucksache 16/6308 S. 221; Althammer, (Fn. 32), S. 386; Heinemann, „Erbrechtsausschlagung: neue Zuständigkeiten durch das FamFG“, ZErB 2008, S. 293 – 299, zitiert als: Heinemann (Ausschlagung), S. 298; ders., „FamFG für Notare“, 1. Auflage 2009, zitiert als: Heinemann (FamFG), Rn. 290; Kroiß (Zuständigkeit), (Fn. 18), S. 493; Schäuble, (Fn. 26), S. 200.

<sup>37</sup> Bahrenfuss-von Milczewski, § 105 Rn. 11; Bahrenfuss-Schaal, § 343 Rn. 3ff.; Prütting/Helms-Hau, § 105 Rn. 25; Prütting/Helms-Fröhler, § 343 Rn. 148ff..

<sup>38</sup> Althammer, (Fn. 32), S. 386.

<sup>39</sup> Kroiß (Zuständigkeit), (Fn. 18), S. 493.

<sup>40</sup> Wie hier Palandt-Ellenberger, § 7 Rn. 7. A.A. z.B. Prütting/Helms-Fröhler, § 343 Rn. 21: „geschäftähnlicher Wille“.

<sup>41</sup> S. hierzu Schäuble, (Fn. 26), S. 204f..

<sup>42</sup> Bahrenfuss-von Milczewski, vor § 98 Rn. 3; MünchKommBGB-Birk, Art. 25 EGBGB Rn. 318; Prütting/Helms-Hau, vor §§ 98-106 Rn. 37ff.; Wittkowski, (Fn. 22), S. 106. S. dazu auch unten D 11.

<sup>43</sup> Rauscher, (Fn. 8), Rn. 1486f.; Schäuble, (Fn. 26), S. 204.

<sup>44</sup> Schäuble, (Fn. 26), S. 204.

<sup>45</sup> Schäuble, (Fn. 26), S. 204.



eine sog. Vorrage<sup>46</sup>, welche nach allgemeinen IPR-rechtlichen Grundsätzen selbstständig anzuknüpfen ist. Insoweit kann es also durchaus auf das Verständnis eines ausländischen Rechts ankommen, wenn zu prüfen ist, ob ein ausländischer Erblasser mit „Wohnsitz“ im Inland bei der Begründung dieses Wohnsitzes nach dem anwendbaren Heimatrecht volljährig bzw. unbeschränkt geschäftsfähig war, oder ob auf den gesetzlichen Vertreter abzustellen ist.

## (2) Aufenthalt

Fehlt es an einem inländischen Wohnsitz, so richtet sich die örtliche Zuständigkeit nach dem Aufenthalt des Erblassers im Zeitpunkt des Erbfalls, § 343 Abs. 1 2. HS FamFG. Die Norm fordert nur einen schlichten Aufenthalt<sup>47</sup>, nicht etwa einen gewöhnlichen Aufenthalt. Im Gegensatz zum Wohnsitz erfordert die Begründung eines Aufenthalts kein Willenselement. Sich an einem bestimmten Ort aufzuhalten, ist ein rein tatsächlicher Vorgang. Es kommt daher weder auf eine bestimmte Dauer noch auf andere Begleitumstände an. Stirbt beispielsweise eine obdachlose Person, weil sie beim Überqueren einer Straße von einem Auto überfahren wird, so hatte sie im Zeitpunkt des Erbfalls am Unfallort ihren (schlichten) Aufenthalt; damit ist die örtliche Zuständigkeit des Gerichts, in dessen Bezirk der Unfall stattfand, begründet.

Soweit es nur um die Bestimmung des örtlich zuständigen Gerichts geht, also um Fälle ohne Auslandsbezug, ist die hilfsweise Anknüpfung an den schlichten Aufenthalt bei Wohnsitzlosen sinnvoll, da so jedenfalls die Zuständigkeit irgendeines deutschen Gerichts gegeben ist. In Fällen mit Auslandsberührung könnte man sich allerdings fragen, ob die Norm nicht für die Bestimmung der internationalen Zuständigkeit teleologisch reduziert werden muss. Handelt es sich bei dem Erblasser nicht um einen Obdachlosen, sondern um einen ausländischen Touristen, welcher bei einem Verkehrsunfall auf der Durchreise in sein Urlaubsland getötet wird, so würde bei wortlautgetreuer Anwendung der §§ 105, 343 Abs. 1 BGB damit auch die internationale Zuständigkeit der deutschen Nachlassgerichte eröffnet, obwohl hier ggf. weder Erben leben bzw. sich aufhalten noch sich, bis auf das Unfallauto samt Gepäck, Nachlassgegenstände befinden. Man könnte also daran denken, für die Bejahung eines deutschen Gerichtsstandes über den Wortlaut des Gesetzes hinaus noch einen (hinreichenden?) Inlandsbezug zu fordern<sup>48</sup>.

Dafür spricht etwa der Gesichtspunkt des internationalen Entscheidungseinklangs. Durch die hilfsweise Anknüpfung an den schlichten Aufenthalt des Erblassers kommt es zu einer Ausweitung von Gerichtsständen, weil in Fällen wie dem soeben genannten Beispielfall regelmäßig auch ein anderes Gericht, etwa ein Gericht des Heimatstaates des Erblassers, seine Zuständigkeit annehmen wird. Da, wie dargestellt, die deutsche internationale Zuständigkeit gem. § 106 FamFG keine ausschließliche ist, erhöht sich so die Gefahr divergierender Entscheidungen jedenfalls dann, wenn die Gerichte auch unterschiedliches materielles Recht anwenden wollen.

Gegen eine teleologische Reduktion sprechen hingegen der Wortlaut und die Entstehungsgeschichte der Norm. Weder aus dem Normtext noch aus den Gesetzesmaterialien lässt

sich erkennen, dass der Gesetzgeber eine einschränkende Anwendung der Vorschrift in Betracht gezogen hätte. Im Gegenteil: die Änderung des § 2369 BGB mit der Möglichkeit, den Erbschein auf Inlandsnachlass zu beschränken, wurde wegen der bewussten Ausdehnung der internationalen Zuständigkeit vorgenommen<sup>49</sup>. Auch die Aspekte des Rechtsschutzes und Rechtssicherheit lassen sich gegen eine einschränkende Anwendung der Zuständigkeitsregelung anführen. Wenn ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal in die Norm hineingelesen wird, besteht eine gewisse Unsicherheit, ob ein Gericht das Vorliegen dieses Merkmals annehmen oder verneinen wird. Wenn z.B. die internationale Zuständigkeit eines deutschen Gerichts aufgrund Anknüpfung an den letzten Aufenthalt des Erblassers nur dann gegeben sein soll, wenn ein hinreichender Inlandsbezug besteht, so muss geklärt werden, was für das Vorliegen eines solchen Inlandsbezugs gefordert werden soll. Kriterien hierfür ergeben sich aber gerade nicht aus dem Gesetz, was wiederum belegt, dass dieses eben keine einschränkende Anwendung vorsieht<sup>50</sup>.

Teilweise wird angeführt, dass ein hinreichender Inlandsbezug dann gegeben sei, wenn sich Nachlassgegenstände im Inland befinden<sup>51</sup>. Diese Auffassung ist abzulehnen. Zum einen ergibt sich in einem solchen Fall die Zuständigkeit (auch) aus § 343 Abs. 3 FamFG, so dass daneben für eine internationale Aufenthaltzuständigkeit kein Raum wäre, wenn die Inlandsbelegenheit von Nachlass dort auch Kriterium wäre. Zum anderen ist eine Aufenthaltzuständigkeit ohne Nachlass im Inland kaum vorstellbar: auch bei schlichtem Aufenthalt des Erblassers in Deutschland wird dieser irgendwelche Nachlassgegenstände bei sich gehabt haben, von der Geldbörse angefangen<sup>52</sup>.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass eine einschränkende Auslegung der Inlandszuständigkeit nicht in Betracht kommt.

## b) Belegenheitszuständigkeit, § 343 Abs. 3 FamFG

Hatte der Erblasser im Inland weder Wohnsitz noch Aufenthalt und war er auch nicht Deutscher<sup>53</sup>, so ist gem. § 343 Abs. 3 FamFG jedes Gericht, in dessen Bezirk sich Nachlassgegenstände befinden, örtlich zuständig für alle Nachlassgegenstände. Unter mehreren örtlich zuständigen Nachlassgerichten (wenn verschiedene Nachlassgegenstände an unterschiedlichen Orten belegen sind) gebührt dem Gericht der Vorzug, welches zuerst mit der Sache befasst war, § 2 Abs. 1 FamFG.

### (1) Weltzuständigkeit

Die Vorschrift des § 343 Abs. 3 FamFG ähnelt der bisherigen Zuständigkeitsregelung in § 73 Abs. 3 FGG. Während nach der früheren Norm allerdings eine örtliche Zuständigkeit<sup>54</sup> bei Vorliegen der Voraussetzungen nur für die im Inland belegenen Nachlassgegenstände gegeben war, wurde diese Einschränkung bei der Abfassung der neuen Vorschrift bewusst gestrichen<sup>55</sup> und die Zuständigkeit damit im Sinne einer

<sup>46</sup> Hierzu auch unten C 12.

<sup>47</sup> Kroiß (Zuständigkeit), (Fn. 18), S. 494.

<sup>48</sup> So ausdrücklich für den Fall der Aufenthaltzuständigkeit Schäuble, (Fn. 26), S. 206. Ebenso wohl Bahrenfuss-Schaal, § 343 Rn. 6.

<sup>49</sup> BT-Drucksache 16/6308, S. 222 sowie S. 348f..

<sup>50</sup> Wie hier Wittkowski, (Fn. 22), S. 108. A.A. Schäuble, (Fn. 26), S. 206. Im Sinne Schäubles wohl auch Palandt-Edenhofer, § 2353 Rn. 10.

<sup>51</sup> Hierzu Schäuble, (Fn. 26), S. 206.

<sup>52</sup> Ebenso Berenbrok, (Fn. 8), S. 49.

<sup>53</sup> Im letzteren Falle würde sich die Zuständigkeit nach § 343 Abs. 2 FamFG richten.

<sup>54</sup> Und aus der Sicht der Vertreter der Gleichlauftheorie auch nur diese, nicht zugleich auch eine internationale.

<sup>55</sup> Schäuble, (Fn. 26), S. 201.

Weltzuständigkeit<sup>56</sup> angelegt. Soweit man nicht, wie bei der Aufenthaltszuständigkeit, die Frage nach einer einschränkenden Auslegung der Zuständigkeitsvorschrift stellt<sup>57</sup>, bedeutet dies, dass das deutsche Nachlassgericht, in dessen Bezirk der Erblasser vor seiner Rückreise in seinen Heimatstaat einen Regenschirm im Hotel vergessen hatte, zuständig ist für den gesamten Weltnachlass.

## (2) Zeitpunkt

Anders als die Anknüpfung an den letzten Wohnsitz oder Aufenthalt des Erblassers im Falle des § 343 Abs. 1 FamFG stellt die Belegenheitszuständigkeit nach § 343 Abs. 3 FamFG nicht auf den Erbfall ab. Entscheidender Zeitpunkt ist damit nicht der Tod des Erblassers, sondern der Zeitpunkt, in welchem die Zuständigkeit geprüft wird, mithin der Zeitpunkt, in welchem ein Gericht das erste Mal mit der Sache befasst wird<sup>58</sup>. Dies bedeutet zweierlei: zum einen kann die Zuständigkeit eines deutschen Nachlassgerichts „entfallen“ (besser: gar nicht erst entstehen), wenn ein Nachlassgegenstand nach Eintritt des Erbfalls, aber vor der gerichtlichen Befassung mit der Sache ins Ausland verbracht wird. Zum anderen kann sich die Zuständigkeit eines deutschen Gerichts auch dann ergeben, wenn sich der Nachlassgegenstand nicht bereits beim Erbfall im Inland befand, sondern erst anschließend dorthin gelangte. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob eine einmal begründete Zuständigkeit des Nachlassgerichts bestehen bleibt, nachdem es einmal mit der Sache befasst war<sup>59</sup>.

## (3) Belegenheit der Sache

Im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung nach § 343 Abs. 3 FamFG ist an die Belegenheit der Sache anzuknüpfen. Die Norm spricht davon, dass sich Nachlassgegenstände im Inland befinden müssen. Ausreichend ist freilich, wenn ein einziger Nachlassgegenstand im Inland belegen ist; es muss sich nicht um eine Mehrzahl von Nachlassgegenständen handeln<sup>60</sup>.

Wie auch bei der Frage des Wohnsitzes, ist nach dem Grundsatz der Anwendbarkeit der *lex fori* auf das deutsche Begriffsverständnis abzustellen, wenn es um die Definition des „Nachlassgegenstandes“ geht. Bei einem Nachlassgegenstand kann es sich daher nicht nur um eine Sache i.S.d. § 90 BGB handeln, sondern auch um unkörperliche Gegenstände. Dies ergibt sich auch aus dem insoweit unveränderten § 2369 Abs. 2 S. 2 BGB, wonach ein Anspruch als im Inland belegen gilt, wenn für dessen Geltendmachung ein deutsches Gericht zuständig ist<sup>61</sup>. Hatte der ausländische Erblasser, der weder

Wohnsitz noch Aufenthalt im Inland hatte, beispielsweise eine Forderung gegen einen in Deutschland wohnenden Schuldner, so ist, je nach Sachverhalt, nach der EuGVVO oder nach §§ 12 ZPO<sup>62</sup> für die Geltendmachung der Forderung das Gericht am Wohnsitz des Schuldners örtlich zuständig; damit ergibt sich auch für die Nachlasssache eine örtliche Zuständigkeit am Wohnsitz des Schuldners.

§ 343 Abs. 3 FamFG stellt auf die Belegenheit von Nachlassgegenständen ab. Daraus lässt sich folgern, dass es sich um Gegenstände handeln muss, welche zum Nachlass des Erblassers gehören. Gehört ein Gegenstand zwar zur „Sphäre“ des Erblassers, fällt dieser aber nicht in den Nachlass, so ist auch insoweit keine Zuständigkeit des Nachlassgerichts begründet. Hatte etwa der ausländische Erblasser in einem Lebensversicherungsvertrag mit einem deutschen Versicherer ein Bezugsrecht eines Dritten vereinbart, so erwirbt der Dritte das Recht auf die Leistung spätestens mit Eintritt des Versicherungsfalles (also dem Tode des Versicherten) außerhalb des Erbrechts, vgl. § 159 Abs. 2 und 3 sowie § 160 Abs. 2 VVG. Da der Anspruch gegen die Lebensversicherung in diesem Fall nicht in den Nachlass fällt, kann daraus auch keine Weltzuständigkeit eines deutschen Nachlassgerichts für den gesamten Nachlass abgeleitet werden.

## (4) Einschränkende Auslegung?

Die Anknüpfung der örtlichen, und damit auch der internationalen, Zuständigkeit an die Belegenheit von Nachlassgegenständen führt dazu, dass sich sehr häufig ein Anknüpfungsmoment für die Zuständigkeit eines deutschen Nachlassgerichts ergeben wird, und zwar nicht nur dann, wenn der ausländische Erblasser ohne Wohnsitz und Aufenthalt im Inland hier Grundbesitz oder ein Sparkonto besaß, sondern grundsätzlich auch bei dem „vergessenen Regenschirm“ im Hotelzimmer. Im ersteren Fall sind durchaus gute Gründe dafür erkennbar, dass sich deutsche Gerichte mit der Sache befassen, im zweiten Fall fällt dies schon schwerer. Bedenkt man weiter, dass im Rahmen der Neuregelung vom Gesetzgeber die Beschränkung der Belegenheitszuständigkeit auf die im Inland belegenen Gegenstände und das Gleichlaufprinzip aufgegeben wurden, stellt sich die Frage, ob tatsächlich jedwede zufällige inländische Nachlassbelegenheit eine internationale Weltzuständigkeit deutscher Gerichte begründen kann, oder ob die Vorschrift des § 343 Abs. 3 FamFG nicht insoweit einschränkend auszulegen ist, als ein hinreichender Inlandsbezug zu fordern ist.

Die Argumente, welche oben im Rahmen der Aufenthaltszuständigkeit für und wider eine teleologische Reduktion erörtert wurden, können natürlich im Kontext der Belegenheitszuständigkeit genauso vorgebracht werden. Bereits hieraus ergibt sich, dass eine teleologische Reduktion abzulehnen ist<sup>63</sup>. Hinzu kommt ein Weiteres:

die Anknüpfung an die Belegenheit ist eine Hilfsanknüpfung, wenn die Anknüpfung an den Wohnsitz oder Aufenthalt des Erblassers nicht zu einer örtlichen Zuständigkeit führt. Im Falle eines deutschen Erblassers ist mangels Wohnsitz und Aufenthalt im Inland § 343 Abs. 2 FamFG einschlägig; § 343 Abs. 3 FamFG kommt folglich, wie es auch der Wortlaut sagt, nur bei ausländischen Erblassern zur Anwendung. Als Regelung nur der örtlichen Zuständigkeit kann die Vorschrift daher

<sup>56</sup> Geißler, „Welt-Erbschein seit Änderung des § 2369 Abs. 1 BGB zum 1.9.2009“, notar 2010, S. 160 – 161, S. 160; Kroiß (Zuständigkeit), (Fn. 18), S. 494; Wittkowski, (Fn. 22), S. 105f..

<sup>57</sup> Hierzu sogleich unten unter B III 3 a) (4).

<sup>58</sup> Bahrenfuss-Schaal, § 343 Rn. 31; Prütting/Helms-Fröhler, § 343 Rn. 92.

<sup>59</sup> Hierzu unten B III 4 c).

<sup>60</sup> Wie hier u.a. Prütting/Helms-Fröhler, § 343 Rn. 80; Wittkowski, (Fn. 22), S. 107.

<sup>61</sup> Zur fortgeltenden Anwendbarkeit der Belegenheitsfiktion auch zur Bestimmung der Zuständigkeit trotz Wegfalls der gesetzlichen Verweisung in § 343 Abs. 3 FamFG vgl. auch Prütting/Helms-Fröhler, § 343 Rn. 87ff.; Wittkowski, (Fn. 22), S. 107. A.A. allerdings die Gesetzesbegründung BT-Drucksache 16/6308 S. 277. A.A. auch bereits zur früheren Rechtslage Fetsch, „Auslandsvermögen im Internationalen Erbrecht“, RNotZ 2006, S. 1 – 42 (Teil 1) und S. 77 – 117 (Teil 2), zitiert als: Fetsch (Auslandsvermögen), S. 5, sowie ders., „Die ‚Belegenheit‘ von Forderungen im Internationalen Erbscheinsverfahren: zur Auslegung und ratio von § 2369 Abs. 2 BGB“, ZEV 2005, S. 425 – 427, zitiert als: Fetsch (Belegenheit), S. 426, je m.w.N..

<sup>62</sup> Ausführlich zum Anwendungsbereich der EuGVVO und zur Abgrenzung zu §§ 12ff. ZPO Fetsch (Belegenheit), (Fn. 61), S. 425ff.

<sup>63</sup> S. oben B III 3 a) (2) a.E..

keine eigenständige Bedeutung haben; sie regelt immer zugleich auch die internationale Zuständigkeit. Die Vorgängernorm, § 73 Abs. 3 FGG, konnte jedenfalls nach der h.M., welche dem Gleichlaufgrundsatz folgte, eine Zuständigkeit nur bei deutschem Erbstatut ergeben, und dann auch nur beschränkt auf die im Inland belegenen Nachlassgegenstände. Nunmehr regelt die neue Vorschrift die Zuständigkeit in bewusster Abkehr vom Gleichlauf gerade auch bei Vorliegen eines ausländischen Erbstatuts, zugleich ist die Beschränkung auf die inländischen Gegenstände entfallen. Mit dieser deutlichen Ausweitung des Anwendungsbereichs ist klar zum Ausdruck gebracht worden, dass sich eine einschränkende Auslegung der Norm verbietet.

### c) Ausschlagungszuständigkeit, § 344 Abs. 7 FamFG

Neben der Regelung der „allgemeinen“ örtlichen Zuständigkeit in § 343 FamFG normiert das Gesetz in § 344 FamFG noch einige besondere örtliche Zuständigkeiten. An dieser Stelle soll nur die Ausschlagungszuständigkeit gem. § 344 Abs. 7 FamFG näher beleuchtet werden. Nach dieser Norm ist auch das Nachlassgericht am Wohnort des Ausschlagenden für die Entgegennahme einer Ausschlagungserklärung bzw. die Anfechtung derselben örtlich zuständig. Es stellt sich die Frage, inwieweit aus dieser örtlichen Zuständigkeit gem. § 105 FamFG bei Auslandsberührung des Sachverhalts auch eine internationale Zuständigkeit folgt. Insoweit ist zu differenzieren:

der Wortlaut der Vorschrift verweist ausdrücklich auf die materiell-rechtlichen Vorschriften zur Ausschlagung, § 1945 BGB, bzw. zur Anfechtung einer Ausschlagung, § 1953 BGB. Damit ist klargestellt, dass die besondere örtliche Ausschlagungszuständigkeit nur gegeben ist, soweit deutsches materielles Erbrecht Anwendung findet, das Erbstatut also dem deutschen Recht unterliegt. Ist auf den Erbfall hingegen ausländisches materielles Erbrecht anwendbar, so ist, auch wenn das maßgebliche Recht eine Ausschlagung der Erbschaft kennt, nach § 344 Abs. 7 FamFG bereits die örtliche Zuständigkeit nicht gegeben, so dass auch keine internationale Zuständigkeit vorliegt. Insoweit könnte man von der eingeschränkten Fortgeltung des Gleichlaufgrundsatzes sprechen<sup>64</sup>.

Die Vorschrift ist auch keiner erweiternden Auslegung dergestalt zugänglich, dass auch bei Anwendbarkeit ausländischen materiellen Rechts die besondere Zuständigkeit für die Ausschlagung gegeben wäre<sup>65</sup>. Dies ergibt sich aus dem Hintergrund der Norm. Das deutsche Erbrecht kennt den Von-Selbst-Erwerb des Nachlasses durch die Erben, § 1922 BGB, verbunden mit der Möglichkeit zur Ausschlagung durch amtsempfangsbedürftige Erklärung innerhalb einer verhältnismäßig knapp bemessenen Frist von regelmäßig sechs Wochen ab Kenntnis vom Erbanfall und vom Grund der Berufung. Die Regelung in § 344 Abs. 7 FamFG will dem Rechnung tragen und eine verspätete Ausschlagung vermeiden helfen, indem es dem Ausschlagenden die Möglichkeit einräumt, auch am Gericht seines Wohnsitzes die Ausschla-

gung zu erklären<sup>66</sup>. Die Ausschlagung ist dann bereits mit Abgabe der Erklärung bei dem nur insoweit zuständigen Gericht eingegangen; dieses Gericht hat die Erklärung sodann „nur noch“ dem nach allgemeinen Grundsätzen zuständigen Nachlassgericht weiterzuleiten, § 344 Abs. 7 S. 2 FamFG. Die besondere Ausschlagungszuständigkeit setzt also voraus, dass daneben immer ein anderes deutsches Gericht gem. § 343 FamFG für die eigentliche Nachlasssache zuständig ist, denn eine „Weiterleitung“ an ein zuständiges ausländisches Gericht ist prinzipiell nicht vorgesehen<sup>67</sup>. § 344 Abs. 7 FamFG ist somit speziell auf das deutsche materielle und formelle Erbrecht abgestimmt, wie dies auch im Wortlaut selbst zum Ausdruck kommt. Selbst im nationalen Sachverhalt ist eine erweiternde Auslegung nicht möglich, etwa für den Fall, dass zum Ausschlagungstermin weitere Personen (z.B. Abkömmlinge des Ausschlagenden, denen das Erbe gem. § 1953 Abs. 2 BGB zufällt) mit erscheinen, welche aber keinen Wohnsitz im Bezirk des Gerichts haben. Dann ist für diese Personen auch keine Zuständigkeit begründet. Das Gericht kann deren Ausschlagung allenfalls aufnehmen und an das zuständige Nachlassgericht weiterleiten; wirksam wird die Erklärung dann allerdings erst mit Zugang bei diesem. Für eine entsprechende Anwendung der sehr speziellen verfahrensrechtlichen Norm auf Fälle mit ausländischem Erbstatut ist daher erst recht kein Raum<sup>68</sup>.

### d) Änderung § 2369 BGB

Als Folge der dargestellten Neuregelung war auch § 2369 BGB anzupassen. Denn dieser enthielt nach der bisher h.M. eine zuständigkeitsbegründende Funktion zur Erteilung eines sog. „Fremdrechtserbscheins“. Da sich die Zuständigkeit nunmehr insgesamt aus den Vorschriften des FamFG ergibt, entfiel diese Funktion. Die Vorschrift regelt daher nur noch den sog. „gegenständlich beschränkten Erbschein“, der auch bei Anwendung deutschen materiellen Erbrechts erteilt werden kann, wenn der Erblasser Vermögen im Ausland hinterließ<sup>69</sup>.

## 4. Reichweite der Zuständigkeit

### a) Zeitlicher Anwendungsbereich

Gem. Art. 111 Abs. 1 S. 1 FGG-RG finden auf Verfahren, welche vor Inkrafttreten des FamFG am 01. September 2009<sup>70</sup> eingeleitet wurden bzw. deren Einleitung beantragt wurde, weiterhin die bis dahin geltenden Vorschriften Anwendung. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass alle Verfahren, welche nach dem Stichtag eingeleitet wurden bzw. deren Einleitung beantragt wurde, dem neuen Recht unterliegen. Die Unterscheidung in „eingeleitete“ Verfahren und Verfahren, deren Einleitung „beantragt“ wurde, erklärt sich daraus, dass

<sup>64</sup> So auch Heinemann (Ausschlagung), (Fn. 36), S. 299.

<sup>65</sup> Wie hier Bahrenfuss-Schaal, § 344 Rn. 31; Heinemann (FamFG), (Fn. 36), Rn. 294; Heinemann (Ausschlagung), (Fn. 36), S. 299. A.A. Prütting/Helms-Fröhler, § 343 Rn. 151ff. und § 344 Rn. 75ff.. Nicht problematisiert bei Kroiß (Verfahren), (Fn. 24), Abschn. D Rn. 7.

<sup>66</sup> Abs. 7 des § 344 FamFG wurde erst durch den Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Regierungsentwurf in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht, vgl. Fröhler, „Das Verfahren in Nachlass- und Teilungssachen nach dem neu geschaffenen FamFG“, BWNtZ 2008, S. 183–191, S. 186. Dabei wurde die Frage der internationalen Zuständigkeit allerdings offenbar nicht bedacht; vgl. BT-Drucksache 16/6308, S. 389f.. Zum Ganzen auch Heinemann (Ausschlagung), (Fn. 36), S. 293f..

<sup>67</sup> So auch Prütting/Helms-Fröhler, § 343 Rn. 151ff. und § 344 Rn. 75ff., welcher aus diesem Grund eine Ausschlagungszuständigkeit deutscher Nachlassgerichte gem. § 344 Abs. 7 FamFG bei ausländischem Erbstatut nur dann als gegeben ansieht, wenn daneben die allgemeine internationale Zuständigkeit eines deutschen Nachlassgerichts begründet ist.

<sup>68</sup> So auch Althammer, (Fn. 32), S. 386.

<sup>69</sup> Ausführlicher zum neuen § 2369 BGB unten unter D III 3.

<sup>70</sup> Art. 112 FGG-RG.

es in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit sowohl Amtsverfahren<sup>71</sup> als auch Antragsverfahren<sup>72</sup> gibt.

Die Überleitungsvorschrift wurde noch kurz vor Inkrafttreten des FamFG geändert, um deren Anwendungsbereich zu erweitern<sup>73</sup>. So bestimmt Art. 111 Abs. 2 FamFG, dass alle Verfahren, welche mit einer Endentscheidung abgeschlossen werden, als selbständiges Verfahren i.S.d. Art. 111 Abs. 1 S. 1 FamFG anzusehen sind. Dies führt dazu, dass in einem einheitlichen „Vorgang Erbfall“ in zeitlicher Hinsicht ggf. unterschiedliche Verfahrensvorschriften und damit auch unterschiedliche Zuständigkeiten gegeben sind. Ist etwa in dem hier einleitend zugrunde gelegten Beispielfall der Erblasser Anfang 2007 verstorben, also vor Inkrafttreten des FamFG, und findet annahmegemäß sein Heimatrecht als materielles Erbrecht Anwendung, so wäre aufgrund des Gleichlaufprinzips eine Zuständigkeit deutscher Nachlassgericht zunächst nicht gegeben gewesen. Die deutschen Nachlassgerichte wären grundsätzlich<sup>74</sup> auch in Antragsverfahren, etwa einem Erbscheinsverfahren, mangels Zuständigkeit nicht tätig geworden. Stellt sich dann Anfang 2010 heraus, dass der Erblasser noch ein Bankkonto bei einer inländischen Bank besaß und beantragen die Erben daraufhin jetzt die Erteilung eines Erbscheins, so ist die allgemeine Weltzuständigkeit der deutschen Nachlassgerichte nach den neuen Vorschriften eröffnet. Denn die Entscheidung über die Erteilung des Erbscheins ergeht gem. § 352 Abs. 1 FamFG durch beschwerdefähigen Beschluss, mithin durch eine Endentscheidung. Das Erbscheinsverfahren ist demnach auch bei länger zurückliegenden Erbfällen ein selbständiges Verfahren i.S.d. Art. 111 Abs. 2 FamFG und führt ggf. zur internationalen Zuständigkeit.

## b) Sachlicher Anwendungsbereich

### (1) Streitiges Verfahren ./ Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit<sup>75</sup>

Im Bereich von Nachlasssachen (im untechnischen Sinne) sind sowohl Streitige Verfahren denkbar als auch solche der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sogar hinsichtlich desselben Gegenstandes<sup>76</sup>. So kann etwa der Streit von Erbprätendenten über die Gültigkeit eines privatschriftlichen Testaments des Erblassers im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit incidenter im Rahmen eines Erbscheinsverfahrens geklärt werden, oder isoliert im Streitigen Verfahren durch Feststellungsklage. Die Zuordnung zu dem einen oder dem anderen Verfahren hat dabei nicht nur Bedeutung hinsichtlich des anzuwendenden Verfahrensrechts, sondern auch hinsichtlich der Auswirkungen: die Feststellung der Gültigkeit des Testaments

im Streitigen Verfahren erwächst in materielle Rechtskraft, die in einem Erbscheinsverfahren getroffenen Feststellungen des Nachlassgerichts zur Gültigkeit desselben Testaments sowie der daraufhin erteilte Erbschein hingegen nicht. Damit stellt sich die Frage der Abgrenzung der beiden Verfahren.

Es gibt bis heute keine allgemeingültige Definition des Begriffs der freiwilligen Gerichtsbarkeit<sup>77</sup>. Auch der Gesetzgeber hat offenbar keine befriedigende Erklärung gefunden und es daher unterlassen, den Begriff im FamFG zu definieren. Für die notwendige Abgrenzung zur sog. Streitigen Gerichtsbarkeit bedient sich das Gesetz vielmehr des Mittels der formellen Zuweisung<sup>78</sup>. Anders gewendet: der Gesetzgeber ordnet ausdrücklich an, welche Verfahren er als Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ansieht und den Regeln des FamFG unterwerfen will. Für die Nachlassverfahren ist dies durch Legaldefinition der Nachlass- und Teilungssachen in § 342 FamFG geschehen.

### (2) „Nachlasssachen“, „Teilungssachen“, § 342 Abs. 1 und 2 FamFG

Die Nachlass- und Teilungssachen sind in § 342 Abs. 1 und 2 FamFG aufgezählt. Bei der Aufzählung der einzelnen Verfahrensarten im FamFG soll es sich um eine abschließende<sup>79</sup> handeln. Soweit es sich um Sachverhalte ohne Auslandsbezug handelt, ist dem zuzustimmen, da es insoweit allein um die Abgrenzung zu Streitigen Verfahren sowie vor allem zu den anderen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit geht, welche im FamFG erschöpfend geregelt sind. Fraglich ist die Annahme einer enumerativen Benennung freilich dann, wenn es um die Bestimmung der internationalen Zuständigkeit deutscher Gerichte geht<sup>80</sup>. Denn das ausländische Recht verwendet zumeist andere Begrifflichkeiten als das deutsche, zudem kann es die Behandlung der Sache einem anderen Gerichtszweig zuweisen.

Ist in einem Sachverhalt ausländisches Recht anwendbar, so ergeben sich hieraus insoweit zwei Probleme: ist die Zuordnung einer im ausländischen Recht vorgesehenen gerichtlichen Tätigkeit zum Bereich der freiwilligen resp. der Streitigen Gerichtsbarkeit aus der Sicht der Rechtsordnung vorzunehmen, deren Recht auch materiell berufen ist (*lege causae*) oder aus der Sicht des deutschen Verfahrensrechts (*lege fori*)? Und weiter: wenn die Zuordnung ergibt, dass es sich um ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt, ein solches Verfahren aber im deutschen Recht<sup>81</sup> nicht vorgesehen ist, ist dann auch keine Zuständigkeit der deutschen Gerichte eröffnet, weil eine Subsumierung unter die angeblich abschließend aufgezählten Verfahren im FamFG scheidet?

Wie bei der bereits erörterten Frage des Wohnsitzes des Erblassers<sup>82</sup>, handelt es sich auch hier um ein Problem der Qualifikation. Auszugehen ist daher wiederum von dem

<sup>71</sup> Im Bereich der Nachlasssachen etwa die Testamentseröffnung, § 348 FamFG. Hierzu nur *Kroiß (Verfahren)*, (Fn. 24), Abschn. A Rn. 53, welcher allerdings trotz des Buchtitels „neues Verfahren“ z.T. noch auf nunmehr in das FamFG inkorporierte BGB-Vorschriften verweist.

<sup>72</sup> Im Bereich der Nachlasssachen etwa das Erbscheinsverfahren, § 2353 BGB. Hierzu nur *Kroiß (Verfahren)*, (Fn. 24), Abschn. A Rn. 54.

<sup>73</sup> Bahrenfuss, Einleitung, Rn. 63. Zur zunächst vorgesehenen Fassung s. *Schaal*, (Fn. 11), S. 160.

<sup>74</sup> Vom Fall des gegenständlich beschränkten Fremdscheins gem. § 2369 BGB a.F. abgesehen.

<sup>75</sup> Allgemein zur Unterscheidung s. *Heinemann (FamFG)*, (Fn. 36), Rn. 15ff. Vgl. zu der unterschiedlichen Regelung der Nachlassverfahren in Europa *DNotl-Studie*, (Fn. 5), S. 15. Die Qualifikation eines Verfahrens erfolgt *lege fori*: *Prütting/Helms-Hau*, vor §§ 98-106 Rn. 37.

<sup>76</sup> Die Unterscheidung in Verfahren der Streitigen und der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist selbst innerhalb Europas wenig bekannt, vgl. *DNotl-Studie*, (Fn. 5), S. 15.

<sup>77</sup> *Heinemann (FamFG)*, (Fn. 36), Rn. 23; *Bahrenfuss-Bahrenfuss*, § 1 Rn. 4 und 6; *Prütting/Helms-Prütting*, § 1 Rn. 3.

<sup>78</sup> *Heinemann (FamFG)*, (Fn. 36), Rn. 18ff.; *Bahrenfuss-Bahrenfuss*, § 1 Rn. 4ff.; *Prütting/Helms-Prütting*, § 1 Rn. 4; *Schäuble*, (Fn. 26), S. 202.

<sup>79</sup> So z.B. *Prütting/Helms-Prütting*, § 1 Rn. 4; vgl. auch *Schäuble*, (Fn. 26), S. 202f. Aus der Gesetzbegründung lässt sich dies so m.E. aber nicht entnehmen, vgl. BT-Drucksache 16/6308, S. S. 175 einerseits und S. 277 andererseits.

<sup>80</sup> *Schäuble*, (Fn. 26), S. 203.

<sup>81</sup> Genauer: in § 342 Abs. 1 FamFG.

<sup>82</sup> Oben B III 3 a) (1).

Grundsatz der Qualifikation lege fori<sup>83</sup>. Da der deutsche Rechtsanwender auf dieser Stufe der Prüfung zunächst „nur“ seine Zuständigkeit klärt, hat er dabei von dem deutschen Verständnis des jeweiligen Verfahrens auszugehen und den in Rede stehenden Vorgang aus seiner Sicht einem entsprechenden Verfahren zuzuordnen. Dies folgt schon daraus, dass das ausländische Recht die Unterscheidung in freiwillige und streitige Gerichtsbarkeit z.T. gar nicht kennt. Die Erteilung eines Erbnachfolgezeugnisses (z.B. eines Erbscheins) ist daher aus deutscher Sicht auch dann ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, wenn das entsprechende Zeugnis nach einem ausländischen Recht in einem anderen Verfahren oder von einer anderen Stelle erteilt werden würde.

Soweit es um die Qualifikation von Systembegriffen geht, welche dem deutschen Recht bekannt sind, ist eine Qualifikation lege fori problemlos durchführbar. Schwierigkeiten treten auf, wenn es um die Einordnung von Verfahren oder Verfahrenshandlungen geht, welche dem deutschen Recht unbekannt sind, etwa die österreichische „Einantwortung“. In diesem Fall ist die Methode der sog. „funktionellen Qualifikation“<sup>84</sup> anzuwenden. Dabei werden die Systembegriffe des deutschen Rechts so weit ausgelegt, dass sie auch die ausländischen Normen mit erfassen<sup>85</sup>. Ausgangspunkt ist also auch hier die lex fori. Ausgehend von dem deutschen Begriffsverständnis wird der ausländische Systembegriff auf seine Funktion hin rechtsvergleichend untersucht und gefragt, inwieweit ein im deutschen Recht vorkommender Begriff funktionsadäquat ist. Sodann ist der ausländische Begriff unter den weit ausgelegten deutschen Systembegriff zu subsumieren. Hinsichtlich der „Einantwortung“ würde man etwa feststellen, dass diese am Ende eines im AußStrG geregelten, also (auch) aus österreichischer Sicht nicht-streitigen Verfahrens, des Verlassenschaftsverfahrens, zur „Feststellung“ der Erben durch Beschluss und zum Übergang des Nachlasses auf dieselben führt. Dies kann in einem weit verstandenen Sinne mit der Funktion eines deutschen Erbscheinsverfahrens verglichen werden; die „Einantwortung“ ist daher aus deutscher Sicht der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuzuordnen.

Ist auf diese Weise geklärt, dass ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit vorliegt, so stellt sich die weitere Frage, ob es sich um eine Nachlass- oder Teilungssache i.S.d. § 342 FamFG handelt. Bei wörtlicher Interpretation der Norm und bei Annahme einer enumerativen Aufzählung müsste die „Einantwortung“ durch ein deutsches Nachlassgericht bereits mangels Zuständigkeit abgelehnt werden, da diese in der Aufzählung gerade nicht enthalten ist. Dies ist freilich abzulehnen. Das Ziel des Gesetzgebers, mit der Abkehr vom Gleichlaufprinzip eine regelmäßige Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte auch bei Anwendbarkeit ausländischen Rechts zu eröffnen, würde geradezu ad absurdum geführt, wenn zwar eine örtliche und damit internationale Zuständigkeit eines deutsche Gerichts gem. §§105, 343, 344 FamFG in Betracht käme, diese dann aber mit der Begründung abgelehnt würde, dass keine „Nachlasssache“ i.S.d. § 342 FamFG (und auch kein sonstiges Verfahren nach dem FamFG) vorliegt. Auch zur näheren Bestimmung der Verfahrensart ist ein im ausländischen Recht vorgesehenes Verfahren folglich im

Wege der funktionellen Qualifikation unter die Systembegriffe des § 342 FamFG zu subsumieren. Lässt sich, wie bei der „Einantwortung“, das ausländische Verfahren als Nachlass- oder Teilungssache in diesem Sinne ansehen, ist die Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte eröffnet<sup>86</sup>.

### c) Perpetuierung der Zuständigkeit?

Die Zuständigkeit der Gerichte ist Sachentscheidungsvoraussetzung, welche von Amts wegen zu prüfen ist<sup>87</sup>. Ein unzuständiges Gericht darf in der Sache selbst nicht entscheiden, sondern hat – je nach Regelung – die Angelegenheit an das zuständige Gericht zu verweisen oder ein (weiteres) eigenes Tätigwerden zurückzuweisen. Die Zuständigkeit hat dabei grundsätzlich bis zum Abschluss des Verfahrens vorzuliegen. Aus diesem Grund wird etwa in § 2 Abs. 2 FamFG der Fortbestand der örtlichen Zuständigkeit bei Wegfall der Voraussetzungen normiert.

Dass die internationale Zuständigkeit sich nach der örtlichen richtet, bedeutet nicht, dass es sich dabei um eine „einheitliche“ Zuständigkeitsregelung handelt. Vielmehr ist die internationale Zuständigkeit als (weitere) Sachentscheidungsvoraussetzung eigenständig zu prüfen und festzustellen. Dies erhellt sich schon daraus, dass sich nach der bisherigen Rechtslage die internationale Zuständigkeit gerade nicht nach der örtlichen richtete, sondern nach dem anwendbaren Recht. Dies bedeutet, dass gem. § 105 FamFG die internationale Zuständigkeit (nur) nach denselben Kriterien angeknüpft wird wie die örtliche<sup>88</sup>, aber nicht, dass es sich um dieselbe Zuständigkeit handelt.

Damit stellt sich die Frage, ob § 2 Abs. 2 FamFG auch für die internationale Zuständigkeit gilt, ob also eine einmal begründete internationale Zuständigkeit bei Wegfall der Voraussetzungen perpetuiert wird. Dies ist, in dem hier diskutierten Kontext, unproblematisch, solange sich die örtliche Zuständigkeit aus Umständen ergibt, die in der Person eines Beteiligten begründet sind. Wird etwa gem. § 343 Abs. 1 FamFG auf den Wohnsitz oder Aufenthalt des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes abgestellt, so kann dieser sich logischerweise nach Eintritt der zuständigkeitsbegründenden Umstände nicht mehr verändern. Wird, wie in § 344 Abs. 7 FamFG auf den Wohnsitz des Ausschlagenden Bezug genommen, so schadet es nicht, wenn der Ausschlagende nach Erklärung und Entgegennahme der Ausschlagung verzieht, denn die notwendigen Verfahrenshandlungen sind dann abgeschlossen. Richtet sich die örtliche Zuständigkeit aber wie im Fall des § 343 Abs. 3 FamFG nach der Belegenheit von Nachlassgegenständen, würde bei einer Anwendung des § 2 Abs. 2 FamFG auch auf die internationale Zuständigkeit dieselbe auch dann bestehen bleiben, wenn der die Zuständigkeit begründende Nachlassgegenstand nach Eröffnung des Verfahrens außer Landes gebracht wird. Nimmt man an, dass § 2 Abs. 2 FamFG insoweit nicht gilt, würde hingegen die internationale Zuständigkeit entfallen, da eine Zuständigkeitsvoraussetzung weggefallen und die Perpetuierung gerade nicht ausdrücklich angeordnet ist.

<sup>83</sup> Süß-Haas, (Fn. 6), § 7 Rn. 9.

<sup>84</sup> Flick/Piltz-Wachter, (Fn. 6), Rn. 100. Ausführlich zu den Methoden der Qualifikation z.B. Rauscher, (Fn. 8), Rn. 456ff..

<sup>85</sup> Rauscher, (Fn. 8), Rn. 464.

<sup>86</sup> So auch Schäuble, (Fn. 26), S. 203.

<sup>87</sup> S. nur Kroiß (Verfahren), (Fn. 24), Abschn. A Rn. 20; Süß-Haas, (Fn. 6), § 7 Rn. 21.

<sup>88</sup> Sog. „Doppelfunktionalität“ der Zuständigkeitsvorschriften; hierzu Alt-hammer, (Fn. 32), S. 385; Bahrentuss-von Milczewski, § 105 Rn. 1; Palandt-Thorn, Art. 25 EGBGB Rn. 18; Prütting/Helms-Hau, § 105 Rn. 1; Schäuble, (Fn. 26), S. 203f., Wittkowski, (Fn. 22), S. 105.

Die Perpetuierung der örtlichen Zuständigkeit hat den Sinn, dass das einmal mit der Sache befasste Gericht diese auch durchentscheiden kann, so dass das Verfahren nicht ständig an ein anderes Gericht abgegeben werden muss, wo sich die Bearbeiter erneut von Grund auf in die Angelegenheit einarbeiten müssen. Das dient der Verfahrensökonomie; das Interesse eines Beteiligten an einer ortsnahen Gerichtsbarkeit muss insoweit zurücktreten. Aus demselben Grund ist die zuerst begründete örtliche Zuständigkeit gegenüber anderen auch ausschließlich, § 2 Abs. 1 FamFG.

Im hier diskutierten internationalen Zusammenhang gelten freilich andere Prämissen. Die insoweit allein problematische Belegenheitszuständigkeit ist eine Hilfszuständigkeit, wenn die anderen Anknüpfungsmomente (Wohnsitz, Aufenthalt, deutsche Staatsangehörigkeit) nicht zu einer deutschen Zuständigkeit führen. Anders herum gesprochen: ist eine deutsche internationale Belegenheitszuständigkeit gegeben, kann davon ausgegangen werden, dass daneben auch weitere Zuständigkeiten im Heimat-, Wohnsitz- und/oder Aufenthaltsstaat des Erblassers gegeben sind. Da die deutsche internationale Zuständigkeit im Gegensatz zur örtlichen gem. § 106 FamFG keine ausschließliche ist, bleibt auch beim Wegfall der Belegenheitszuständigkeit mindestens ein anderes Gericht zuständig, so dass keine Rechtsschutzlücke entsteht. Das Rechtsschutzinteresse des deutschen Belegenheitsstaates an einer eigenen Zuständigkeit entfällt aber mit der Verbringung der Sache ins Ausland, so dass auch die deutsche Zuständigkeit entfallen muss. Damit ist zugleich der Gefahr divergierender Entscheidungen der mehreren befassten Gerichte ausgeschlossen. Eine Perpetuierung der internationalen Zuständigkeit gem. § 2 Abs. 2 FamFG kommt damit nicht in Betracht<sup>89</sup>.

#### d) Keine ausschließliche Zuständigkeit, Anerkennung ausländischer Entscheidungen

Wie soeben betont, ist die internationale Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte gem. § 106 FamFG keine ausschließliche. Das bedeutet, dass neben dem deutschen Gericht auch ein ausländisches zuständig sein kann. Die Zuständigkeit mehrerer Gerichte birgt natürlich die Gefahr divergierender Entscheidungen in sich. Dies gilt umso mehr, als aus der Sicht des jeweiligen Gerichts möglicherweise eine unterschiedliche Anknüpfung des materiellen Rechts vorgenommen und damit der Sachverhalt von den einzelnen Gerichten nach unterschiedlichem materiellem Erbrecht beurteilt und entschieden wird.

Um die Gefahr divergierender Entscheidungen<sup>90</sup> zu minimieren, regelt § 108 FamFG die Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Nachlasssachen. Hiernach werden ausländische Entscheidungen grundsätzlich ohne besonderes Verfahren, also ipso iure<sup>91</sup>, anerkannt, soweit nicht Anerkennungshindernisse gem. § 109 FamFG bestehen. Das Gericht hat evtl. Anerkennungshindernisse von Amts wegen zu prü-

fen; die Überprüfung der Gesetzmäßigkeit der ausländischen Entscheidung (sog. *révision au fond*) ist gem. § 109 Abs. 5 FamFG dabei ausgeschlossen.

Insoweit stellt sich die Frage, wie weit eine Anerkennung in Nachlasssachen gehen kann. Anerkennung bedeutet, dass einer formell rechtskräftigen<sup>92</sup> Entscheidung<sup>93</sup> eines ausländischen Gerichts oder, soweit zuständig, einer ausländischen Behörde im Inland ohne besonderes Anerkennungsverfahren die Wirkung beigemessen wird, welche ihr der Entscheidungsstaat zugesteht<sup>94</sup>. Anerkennungsfähig sind demnach nur ausländische Entscheidungen, welche der (formellen) Rechtskraft fähig sind. Anerkennungsfähige Entscheidungswirkungen sind eine materielle Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit einer ausländischen Entscheidung sowie auch ihre Gestaltungswirkung, nicht aber die Tatbestandsfeststellungen<sup>95</sup>.

Soweit z.B. bei einer Testamentseröffnung das ausländische Gericht, entsprechend dem deutschen Recht, keine Feststellungen über die Wirksamkeit des Testaments trifft, liegt keine Entscheidung vor, so dass eine Anerkennung gem. § 108 FamFG bereits von daher ausscheidet. Dies bedeutet freilich nicht, dass eine ausländische Testamentseröffnung nicht die im deutschen Recht vorgeschriebene im Wege der Substitution ersetzen könnte<sup>96</sup>. Trifft das Gericht hingegen, wie teilweise im anglo-amerikanischen Recht, im Entscheidungstext Feststellungen zur Formwirksamkeit des eröffneten Testaments, so wird dies prinzipiell auch vom deutschen Nachlassgericht anzuerkennen sein.

Problematisch ist vor allem die Anerkennungsfähigkeit ausländischer Nachlasszeugnisse<sup>97</sup>. Für das deutsche Recht ist insoweit nochmals zu betonen, dass der Erbschein selbst keine Endentscheidung des Gerichts darstellt, sondern nur der vorangegangene Beschluss des Nachlassgerichts, dass es die zur Erteilung des Erbscheins erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet, § 352 FamFG. Im Beschluss wird das Erbrecht folglich nicht konstitutiv festgestellt, sondern nur deklaratorisch auf der Grundlage der dem Gericht (bis dahin) bekannten Tatsachen. Der Erbschein bzw. der zugrunde liegende Beschluss stellt daher auch keine irreversible Statusentscheidung dar; vielmehr kann sich herausstellen, dass der Erbschein (z.B. wegen Übersehens eines Testaments oder eines Erben) unrichtig und daher einzuziehen ist. Genauso können auch ausländische Nachlasszeugnisse kein tauglicher Gegenstand einer Anerkennung sein<sup>98</sup>; jedenfalls dann, wenn diesen ebenfalls keine Gestaltungswirkung zukommt und/oder sie nicht in materielle Rechtskraft erwachsen können. Hinzu kommt, dass die ausländischen Nachlasszeugnisse, beispielsweise bei „hinkenden Rechtsverhält-

<sup>89</sup> Wie hier *Althammer*, (Fn. 32), S. 388; *Palandt-Edenhofer*, § 2353 Rn. 10; *Schäuble*, (Fn. 26), S. 203. A.A. offenbar *Bahrenfuss-Schaal*, § 343 Rn. 32. Ohne eigene Meinung *Wittkowski*, (Fn. 22), S. 107f. in Fn. 69; der dortige Hinweis auf *Prütting/Helms-Fröhler*, § 343 Rn. 109, geht allerdings m.E. fehl, da sich diese Kommentierung nur auf die örtliche, nicht auch auf die internationale Zuständigkeit bezieht.

<sup>90</sup> *Prütting/Helms-Hau*, § 108 Rn. 3.

<sup>91</sup> *Bahrenfuss-von Milczewski*, § 108 Rn. 1; *Prütting/Helms-Hau*, § 108 Rn. 1. Vgl. auch *Zimmermann*, „Erbschein und Erbscheinsverfahren für die gerichtliche, anwaltliche und notarielle Praxis“, 2. Auflage 2008, Rn. 723ff..

<sup>92</sup> Differenzierend *Prütting-Helms-Hau*, § 108 Rn. 4.

<sup>93</sup> Zum Begriff der ausländischen Entscheidung *Bahrenfuss-von Milczewski*, § 108 Rn. 5f..

<sup>94</sup> *Althammer*, (Fn. 32), S. 387; *Bahrenfuss-von Milczewski*, § 108 Rn. 2. *Prütting/Helms-Hau*, § 108 Rn. 9ff.; *Rauscher*, (Fn. 8), Rn. 2383.

<sup>95</sup> *Prütting/Helms-Hau*, § 108 Rn. 13ff.; *Rauscher*, (Fn. 8), Rn. 2385.

<sup>96</sup> Dazu unten unter D II 3.

<sup>97</sup> *Palandt-Thorn*, Art. 25 EGBGB Rn. 9; *Prütting/Helms-Hau*, § 108 Rn. 16ff.; *Kaufhold*, „Zur Anerkennung ausländischer öffentlicher Testamente und Erbnachweise im Grundbuchverfahren“, ZEV 1997, S. 399 – 405, S. 401f.; *MünchKommZPO-Rauscher*, § 105 FamFG Rn. 41; *Zimmermann*, (Fn. 91), Rn. 734ff.. Zur Anerkennung von Erbrechtszeugnissen s. auch *DNotl-Studie*, (Fn. 5), S. 87.

<sup>98</sup> *Flick/Piltz-Wachter*, (Fn. 6), Rn. 371; *Graf*, (Fn. 18), Rn. 2.67; *Prütting/Helms-Hau*, § 108 Rn. 17; *Rauscher*, (Fn. 8), Rn. 2386; *Riering*, (Fn. 20), S. 528; *Schaal*, (Fn. 11), S. 160. Kritisch zur h.M. aber *Süß-Haas*, (Fn. 6), § 7 Rn. 54f.. Differenzierter *MünchKommBGB-Birk*, Art. 25 EGBGB Rn. 361f.; *Staudinger-Dörner* (2007), Art. 25 EGBGB Rn. 914ff..

nissen“, von dem ausländischen Gericht unter Zugrundelegung eines vollkommen anderen materiellen Rechts erteilt worden sein können, wie es die deutschen Kollisionsnormen für anwendbar erklären. Ein deutsches Nachlassgericht ist folglich bei Erteilung eines Erbscheins weder an den Inhalt des ausländischen Nachlasszeugnisses noch an die zugrunde liegenden Tatsachenfeststellungen gebunden. Die herrschende Meinung akzeptiert daher z.B. ausländische Erbfolgezeugnisse auch nicht als Grundlage gem. § 35 GBO für eine Grundbuchberichtigung<sup>99</sup>.

## 5. Kompatibilität mit den Regelungszielen

Wie gesehen ist die internationale Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte gegenüber dem bisherigen Recht deutlich ausgeweitet worden. Das materielle Kollisionsrecht ist freilich nicht geändert worden. Beides zusammengenommen führt nicht nur dazu, dass deutsche Nachlassgerichte häufiger als bisher international für die Behandlung von Nachlasssachen zuständig sind, sondern vor allem auch dazu, dass sie dabei mit einer ausländischen Erbrechtsordnung konfrontiert werden.

Durch die Ausweitung der internationalen Zuständigkeit ist dem Ziel des Rechtsschutzes insoweit Rechnung getragen, als damit in den meisten Fällen ein Gerichtsstand dort gegeben ist, wo der Erblasser seinen Lebensmittelpunkt hatte, wo vermutlich das meiste Vermögen belegen ist und wo häufig auch die Erben anzutreffen sein werden, nämlich dann, wenn an den Wohnsitz des Erblassers angeknüpft wird. Damit ist ein effektiver Zugang zu den Gerichten gegeben. Die Gefahr divergierender Entscheidungen dürfte in diesen Fällen ebenfalls sehr gering sein; dies gilt jedenfalls dann, wenn auch eine in Rede stehende ausländische Verfahrensordnung an den letzten Wohnsitz des Erblassers anknüpft, und so eine doppelte oder Mehrfach-Zuständigkeit vermieden wird. In diesem Fall ist auch der Aspekt des internationalen Entscheidungseinklangs gewahrt. Dennoch ist nicht auszuschließen, dass ein deutsches Nachlassgericht unter Geltung eines ihm fremden Erbstatuts in der Sache anders entscheidet als ein mit seinem Heimatrecht vertrautes Gericht; insoweit sind sowohl der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit tangiert als auch die Gefahr eines Entscheidungsdissenses geben.

Problematisch im Hinblick auf den internationalen Entscheidungseinklang sowie die Rechtssicherheit sind daher aus Zuständigkeitsgesichtspunkten vor allem die Fälle, in welchen es zu einer doppelten oder mehrfachen Zuständigkeit kommen kann. Dies wird vor allem dann der Fall sein, wenn aus deutscher Sicht die „Hilfsanknüpfungen“ des schlichten letzten Aufenthalts und, noch mehr, der Nachlassbelegenheit anwendbar sind. In diesen Fällen ist zwar effektiver Rechtsschutz im Sinne eines leichten Zugangs zu den Gerichten gegeben. Allerdings kann schon fraglich sein, ob eine von einem deutschen Nachlassgericht in „Weltzuständigkeit“ getroffene Entscheidung im Ausland überhaupt anerkannt wird, was in diesen Fällen vor allem deshalb misslich ist, weil sich das hauptsächliche Erbschaftsverfahren aufgrund anderer Anknüpfung nicht im Bereich der deutschen Gerichtsbarkeit abspielen wird. Anders herum ist die Gefahr divergierender Entscheidungen nur durch die für das deutsche Gericht vorgeschriebene Anerkennung ausländischer Entscheidungen

abgemildert. Allerdings hat diese Anerkennung, wie gesehen, jedenfalls für die Feststellung des Erbrechts nur sehr beschränkte Bedeutung.

## IV. Vorgeschlagene künftige Europäische Regelung

### 1. Überblick

Der soeben dargestellten Neuregelung der internationalen Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte wird womöglich nur eine kurze Geltungsdauer beschieden sein. Denn die Kommission der Europäischen Gemeinschaften hat am 14. Oktober 2009 nach jahrelangen Vorarbeiten den Vorschlag einer „Europäischen Erbrechtsverordnung“<sup>100</sup> vorgestellt. Sobald die Verordnung in Kraft tritt<sup>101</sup>, ist sie unmittelbar geltendes Recht und genießt dann gem. Art. 3 Nr. 1 EGBGB Vorrang vor den nationalen Vorschriften.

Erklärtes Anliegen des Verordnungsentwurfs ist es, das materielle Erb- und Sachenrecht der Mitgliedstaaten unberührt zu lassen<sup>102</sup>. Eine Harmonisierung auf dem Gebiet des materiellen Rechts wird mit der Verordnung also nicht angestrebt. Um es den Bürgern der Mitgliedstaaten zu erleichtern, ihren Nachlass schon zu Lebzeiten rechtssicher zu regeln, und um die Rechte der Erben und/oder Vermächtnisnehmer sowie evtl. Nachlassgläubiger zu wahren<sup>103</sup>, ist allerdings eine Harmonisierung u.a. der Zuständigkeitsregelungen sowie des Kollisionsrechts gewollt. Dabei wird zugleich auch das Ziel des internationalen (oder besser: europäischen) Entscheidungseinklangs verfolgt<sup>104</sup>. Die Umsetzung dieser Ziele erfolgt dadurch, dass die Verordnung in Kapitel II verbindliche Regelungen für die internationale Zuständigkeit sowie in Kapitel III solche für das Auffinden des anwendbaren Rechts enthält.

Soweit infolge einer Neuregelung des Kollisionsrechts das anwendbare materielle Erbrecht künftig europa-rechtlich anders angeknüpft wird als nach den nationalen Vorschriften bis zum Inkrafttreten der Verordnung, hat dies allerdings durchaus gewisse materielle Auswirkungen hinsichtlich eines spezifischen Erblassers: zwar sind die materiell-rechtlichen Regelungen dann unangetastet geblieben, allerdings kann für den Erblasser insgesamt ein anderes Recht anwendbar sein als zuvor. Dem wird mit der Möglichkeit einer Rechtswahl begegnet.

### 2. Inhalt des Vorschlags

Ohne auf die Details einzugehen, sollen nachfolgend die wesentlichen vorgeschlagenen Regelungen nach dem heutigen Kenntnisstand vorgestellt werden. Bis zum Inkraft-Treten der Verordnung können sich natürlich noch Änderungen ergeben, wobei angesichts der geleisteten Vorarbeiten sowie des Verfahrensstandes keine grundlegenden Neuerungen mehr zu erwarten sind.

<sup>99</sup> Prütting/Helms-Hau, § 108 Rn. 18; LG Stuttgart, Beschl. v. 15.08.2007, 1 T 59/2007, ZEV 2008, 83. Differenzierend Kaufhold, (Fn. 97), S. 403, im Ergebnis bejaht sie die Tauglichkeit einer schweizerischen Erbbescheinigung, S. 405. Kritisch zur h.M. auch Bahrenfuss-Schaal, § 343 Rn. 14.

<sup>100</sup> Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und öffentlichen Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses; KOM(2009) 154 endgültig; im Folgenden: „VO-E“

<sup>101</sup> Dies könnte bereits 2011 oder 2012 der Fall sein.

<sup>102</sup> 3.3 der Begründung des Vorschlags.

<sup>103</sup> Vgl. 1.2 der Begründung des Vorschlags.

<sup>104</sup> Erwägungsgrund 16 VO-E.

### a) Internationale Zuständigkeit

#### Die internationale Zuständigkeit ist in den Artt. 3 bis 15 VO-E geregelt.

Als allgemeine Zuständigkeitsvorschrift bestimmt Art. 4 VO-E, dass für erbrechtliche Entscheidungen grundsätzlich die Gerichte des Mitgliedstaates zuständig sind, in dessen Hoheitsgebiet der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Anders als das deutsche Recht, aber in Übereinstimmung mit zahlreichen anderen europäischen Rechtsordnungen, knüpft die Verordnung also nicht am Wohnsitz oder am schlichten Aufenthalt an, sondern am gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers. Freilich unterlässt es der Verordnungsentwurf<sup>105</sup>, eine Definition des gewöhnlichen Aufenthalts zu geben. Es ist daher z.B. unklar, ob insoweit ein Willensmoment eine Rolle spielen soll, oder ob es nur auf objektive Umstände ankommt. Bei letzteren stellt sich dann die weitere Frage, ob nur tatsächliche äußere Umstände maßgebend sind, oder ob ein zeitlicher Aspekt zu beachten ist. Da es sich bei der Verordnung um ein europäisches Rechtsinstrument handelt, welches der Harmonisierung der innereuropäischen Regelungen dienen soll, verbietet sich eine Auslegung des Merkmals „gewöhnlicher Aufenthalt“ nach der *lex fori*, vielmehr ist eine autonome Auslegung erforderlich, für welche der Verordnungsentwurf allerdings gerade keine Hilfestellung gibt.

Neben der allgemeinen Anknüpfung an den letzten gewöhnlichen Aufenthalt enthält die Verordnung auch einige Hilfsanknüpfungen. Art. 6 VO-E regelt eine Belegenheitszuständigkeit, welche mangels gewöhnlichen Aufenthalts des Erblassers im Anwendungsbereich der Verordnung greift. Anders als nach der vergleichbaren Vorschrift des § 343 Abs. 3 FamFG beschränkt sich die Belegenheitszuständigkeit nach der Verordnung allerdings auf die betreffenden Gegenstände (Art. 6 lit. d) VO-E) oder verlangt neben der Nachlassbelegenheit einen darüber hinausgehenden „Inlandsbezug“ (Art. 6 lit. a) bis c) VO-E). Für den Fall einer Rechtswahl des Erblassers ist in Art. 5 VO-E im Sinne einer „forum non conveniens“-Regel<sup>106</sup> die Möglichkeit zur Abgabe an ein sachnäheres Gericht vorgesehen.

### b) Kollisionsrecht

#### Das europäische Kollisionsrecht ist in den Artt. 16 bis 28 VO-E enthalten.

Nach der allgemeinen Kollisionsnorm in Art. 16 VO-E unterliegt die gesamte Rechtsnachfolge von Todes wegen dem Recht des Staates, in welchem der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Anders als bei der Zuständigkeit, wo naturgemäß nur die Gerichte der Mitgliedstaaten berufen sein können, enthalten die Kollisionsnormen bereits in ihrem Wortlaut eine solche Einschränkung nicht. In Art. 25 VO-E ist zusätzlich klargestellt, dass die Kollisionsnormen als universelles Recht ausgestaltet sind, sodass hinsichtlich des

anwendbaren Rechts auch auf Nichtmitgliedstaaten verwiesen werden kann. Aus Art. 26 VO-E ergibt sich weiter, dass es sich jeweils um Sachnormverweisungen handelt. Dies kann sogar innereuropäisch zu sog. „hinkenden Rechtsverhältnissen“ führen, wenn etwa das Vereinigte Königreich nicht den ihm zugestandenen „opt-in“ erklärt<sup>107</sup>. Hinterlässt in dem zuletzt genannten Fall etwa ein Brite mit letztem domicile in London ein Grundstück in Hamburg, so ist für dieses aus der Sicht eines deutschen Nachlassgerichts auf der Grundlage der Verordnung englisches materielles Erbrecht anwendbar, da direkt auf englisches Sachrecht verwiesen ist. Ein englischer probate court würde hingegen in Anwendung der im englischen Recht geltenden situs-Regel deutsches materielles Erbrecht für einschlägig halten.

Art. 16 VO-E enthält nicht nur die allgemeine Anknüpfung, sondern stellt zugleich heraus, dass die Verordnung vom Grundsatz der Nachlassseinheit ausgeht, wenn angeordnet ist, dass die gesamte Rechtsnachfolge dem von der Verordnung berufenen Recht unterliegt. Eine Nachlassspaltung soll also vermieden werden.

Art. 17 VO-E gibt die Möglichkeit einer Rechtswahl. Diese ist freilich in mehrfacher Hinsicht eingeschränkt. So kann die Rechtswahl zum einen nur für den gesamten Nachlass getroffen werden. Zum anderen kann der Erblasser nur sein Heimatrecht wählen. Schließlich ist zu beachten, dass die Rechtswahl in Form einer letztwilligen Verfügung getroffen werden muss, und zudem ausdrücklich. Eine konkludente Rechtswahl, etwa durch Verwendung bestimmter, nur in einer bestimmten Erbrechtsordnung vorkommender Begriffe, scheint damit ausgeschlossen, was vor allem mit Blick auf die Übergangsvorschrift in Art. 50 Abs. 2 VO-E hinsichtlich „Altverfügungen“ problematisch ist.

### 3. Kompatibilität mit den Regelungszielen

In Sinne effektiven Rechtsschutzes knüpft die Verordnung die internationale Zuständigkeit an den letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers an. Damit ist in der Regel ein ortsnaher Zugang zu einem kompetenten Gericht gewährleistet. Für bestimmte Fälle besteht die Möglichkeit der Abgabe an ein besser geeignetes Gericht.

Die oben beschriebenen Schwächen der aktuellen deutschen Regelung, nämlich die der möglichen Mehrfachzuständigkeit bzw. der notwendigen Anwendungen fremden Rechts und der damit jeweils verbundenen Gefahr der Entscheidungsdivergenz, werden vermieden. Dies geschieht zum einen durch Zuständigkeitskonzentration. Weiter wird durch die neuen Kollisionsnormen im Grundsatz eine Parallelität von Zuständigkeit und anwendbarem materiellem Recht hergestellt, was dazu führt, dass der mit der Sache befasste Nachlassrichter „sein eigenes“ Recht anzuwenden hat.

<sup>105</sup> Bewusst, da man sich innerhalb der Mitgliedstaaten gerade auf kein einheitliche Definition einigen konnte; so jedenfalls Salla Saastamoinen, Head of Unit E.2 Civil Justice, European Commission, anlässlich ihrer Präsentation des Kommissionsvorschlags im Rahmen der Tagung der Europäischen Rechtsakademie „Grenzüberschreitende Erbfälle“ vom 18.-19.02.2010 in Trier. *Berenbrok*, (Fn. 8), S. 50, hingegen plädierte bereits unter Geltung des Gleichlaufgrundsatzes für die Anknüpfung an den letzten gewöhnlichen Aufenthalt, weil aufgrund der einheitlichen Auslegung der äußere Entscheidungseinklang gewahrt werden könne.

<sup>106</sup> Eine solche ist innerhalb Europas bisher nur in Großbritannien und Irland bekannt, vgl. *DNotI-Studie*, (Fn. 5), S. 21.

<sup>107</sup> Vgl. Erwägungsgrund 35 VO-E.



## C. Problemfelder bei der Ermittlung des anwendbaren Rechts

### I. Grundsätzliches zur Ermittlung des Erbstatuts<sup>108</sup>

Im Rahmen dieser Arbeit wird davon ausgegangen, dass die Grundlagen für die Ermittlung des anwendbaren Rechts bekannt sind. Es würde den vorgegebenen Umfang bei weitem überschreiten, wenn alle Schritte zur Ermittlung des Erbstatuts ausführlich dargestellt würden. Im Folgenden sollen daher diese nur skizziert werden, um anschließend einzelne Problemfelder näher zu beleuchten.

Weist ein Sachverhalt eine Verbindung zu einem ausländischen Staat auf, so ist das anwendbare Recht nach den Regeln des Internationalen Privatrechts (IPR) zu bestimmen, Art. 3 EGBGB a.E.. Welcher Art die Verbindung zum ausländischen Staat sein muss, ist im Gesetz nicht definiert. Da es allerdings um die Suche nach dem „richtigen“ materiellen Recht geht, genügt es, wenn der Sachverhalt irgendeine Verbindung zu einem ausländischen Staat aufweist, um die Regeln des IPR zur Anwendung zu bringen<sup>109</sup>. Im vorliegenden Kontext könnte dies z.B. eine ausländische Staatsangehörigkeit oder ein ausländischer Wohnsitz bzw. Aufenthalt des Erblassers bzw. eines sonstigen Erbbeteiligten (z.B. eines Erben oder Vermächtnisnehmers) sein, oder auch die Belegenheit von Nachlassgegenständen im Ausland.

Gem. Art. 3 EGBGB ist zunächst vorrangig „internationales“ Recht zu beachten, soweit dieses einschlägig ist<sup>110</sup>; hiernach gehen unmittelbar anwendbare Regelungen der Europäischen Gemeinschaften sowie bestimmte völkerrechtliche Vereinbarungen den IPR-Regeln des deutschen Rechts vor. Was den hier diskutierten erbrechtlichen Bereich angeht, sind vorrangige europäische Regelungen (noch) nicht in Kraft. In Betracht kommen daher allenfalls vorrangige Staatsverträge, von denen, soweit ersichtlich, drei beachtlich sind<sup>111</sup>, nämlich das deutsch-iranische Niederlassungsabkommen vom 17. Februar 1929, der deutsch-türkische Konsularvertrag vom 28. Mai 1929 sowie der deutsch-sowjetische Konsularvertrag vom 25. April 1958, welcher nach dem Zerfall der UdSSR noch für die meisten Staaten der Russischen Föderation, nicht aber für die baltischen Staaten weiter gilt.

Soweit nicht vorrangige Regelungen zu beachten sind, ist aus deutscher Sicht das maßgebliche Erbstatut über Art. 25 EGBGB zu ermitteln. Gem. Art. 25 Abs. 1 EGBGB unterliegt die Rechtsnachfolge von Todes wegen dem Recht des Staates, welchem der Erblasser beim Erbfall angehörte<sup>112</sup>. Zu beachten ist dabei, dass durch die in Art. 25 Abs. 1 EGBGB ausgesprochene Verweisung auf das Heimatrecht des Erb-

lassers nicht unmittelbar auf die Sachnormen des ausländischen Erbrechts verwiesen wird. Vielmehr spricht das deutsche Recht gem. Art. 4 Abs. 1 S. 1 EGBGB grundsätzlich eine Gesamtverweisung aus, sodass auch die Vorschriften des ausländischen Internationalen Privatrechts zu prüfen sind<sup>113</sup>. Die Auslegung der ausländischen IPR-Normen hat dabei aus der Sicht des ausländischen Rechts (*lege causae*) zu erfolgen<sup>114</sup>. Denn durch die Verweisung auf das fremde Heimatrecht ist der Rechtsanwender bereits aus dem deutschen Recht hinaus- und in die fremde Rechtsordnung eingetreten, so dass es nicht mehr darum geht, wie ein deutsches Gericht unter Beachtung seiner Regeln ein ausländisches Rechtsinstitut bewertet, sondern darum, wie der ausländische Rechtsanwender sein eigenes Recht versteht.

Die Prüfung des ausländischen Rechts kann im Grundsatz dreierlei ergeben<sup>115</sup>: erstens kann aus der Sicht des ausländischen Rechts in dem Erbfall ebenfalls das eigene Recht berufen sein; dies ist etwa dann der Fall, wenn beide Rechtsordnungen an die Staatsangehörigkeit des Erblassers anknüpfen. In diesem Fall nimmt das ausländische Recht die aus dem deutschen stammende Verweisung an und es kommen die ausländischen Sachnormen zur Anwendung. Zweitens könnte das ausländische Recht auf das deutsche Recht zurückverweisen (*renvoi im engeren Sinne*)<sup>116</sup>; dies ist etwa dann der Fall, wenn ein Ausländer mit letztem gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland verstirbt und das maßgebliche Heimatrecht des Erblassers an den Aufenthalt anknüpft. Für diesen Fall ordnet Art. 4 Abs. 1 S. 2 EGBGB an, dass das deutsche Recht diese Rückverweisung annimmt; die Verweisungskette wird also abgebrochen und es kommen die deutschen Sachnormen zur Anwendung. Und drittens könnte das ausländische Recht auf das Recht eines weiteren Staates verweisen (*Weiterverweisung, renvoi im weiteren Sinne*)<sup>117</sup>; dies ist etwa dann der Fall, wenn ein Ausländer mit gewöhnlichem Aufenthalt in einem Drittstaat verstirbt und das aus deutscher Sicht zunächst berufene Heimatrecht des Erblassers aus seiner Sicht an den letzten Aufenthalt anknüpft. In den Fällen der Weiterverweisung ist dann noch weiter danach zu differenzieren, ob es sich bei dieser aus der Sicht des ausländischen Rechts um eine Gesamtverweisung oder um eine Sachnormverweisung handelt<sup>118</sup>. Handelt es sich um eine Gesamtverweisung, so kann es aus der Sicht des nächsten berufenen Rechts zu einer nochmaligen Weiterverweisung oder zu einer Rückverweisung kommen.

Zu beachten ist bei der Prüfung ausländischer Kollisionsnormen, dass diese z.T. eine gespaltene Verweisung aussprechen<sup>119</sup>. In einigen Ländern des romanischen Rechtskreises wird beispielsweise hinsichtlich des unbeweglichen Vermögens das Recht am Lageort berufen, während für das sonstige Vermögen das Heimat- oder Aufenthaltsrecht gelten soll<sup>120</sup>. Die Folge einer solchen gespaltenen Verweisung ist das Vorliegen einer Nachlassspaltung.

<sup>108</sup> Sehr detailliert Süß (Hrsg.), (Fn. 6), Allgemeiner Teil §§ 2 und 3. Ausführlich auch z.B. Hausmann/Hohloch (Hrsg.), „Handbuch des Erbrechts“, 1. Auflage 2008, Kapitel 26: „Internationales Erbrecht“, bearbeitet von Gerhard Hohloch und Martin Heckel, zitiert als: *Hausmann (Handbuch)*, Rn. 82ff.; vgl. weiter Horn, „Wie wird bei einem internationalen Erbfall das anzuwendende in- und ausländische Erbrecht ermittelt?“, ZEV 2008, S. 73 – 76, S. 73ff.. Sehr gut verständliche, übersichtliche Zusammenfassung auch bei Strübing, „Der amerikanische Erblasser mit Nachlass in Deutschland – Erbscheinserteilung“, ZErB 2008, S. 178 – 188, S. 180ff.

<sup>109</sup> Vgl. Staudinger-Hausmann (2003), Art. 3 EGBGB Rn. 4ff.. Kritisch zur Frage, ob es auf eine Auslandsberührung überhaupt ankommt, um in die Suche nach dem richtigen materiellen Recht einzusteigen, MünchKommBGB-Sonnenberger, Art. 3 EGBGB Rn. 2ff..

<sup>110</sup> S. nur Horn, (Fn. 108), S. 73f..

<sup>111</sup> Graf, (Fn. 18), Rn. 2.70; Hausmann (Handbuch), (Fn. 108), Rn. 16ff.

<sup>112</sup> Graf, (Fn. 18), Rn. 2.71ff.; Horn, (Fn. 108), S. 74f..

<sup>113</sup> MünchKommBGB-Sonnenberger, Art. 3 EGBGB Rn. 9; Staudinger-Hausmann (2003), Art. 4 EGBGB Rn. 5, 47.

<sup>114</sup> MünchKommBGB-Sonnenberger, Art. 4 EGBGB Rn. 57; Staudinger-Hausmann (2003), Art. 4 EGBGB Rn. 57.

<sup>115</sup> S. nur Süß-Haas, (Fn. 6), § 3 Rn. 27ff.. Zum Verhältnis zu Art. 3a Abs. 2 EGBGB Fetsch (*Auslandsvermögen*), (Fn. 61), S. 6.

<sup>116</sup> Vgl. hierzu Süß, „Die Rückverweisung im Internationalen Erbrecht“, ZEV 2000, S. 486 – 489, S. 486.

<sup>117</sup> Hierzu ausführlich Staudinger-Hausmann (2003), Art. 4 EGBGB Rn. 20.

<sup>118</sup> Allgemein zu dieser Frage Staudinger-Hausmann (2003), Art. 4 EGBGB Rn. 5.119. Vgl. Süß, (Fn. 116), S. 487.

<sup>120</sup> Zur gespaltenen Anknüpfung innerhalb Europas s. *DNotI-Studie*, (Fn. 5), S. 46.

Neben, oder besser: vor diesen gesetzlichen kollisionsrechtlichen Anknüpfungen sind ggf. beteiligtenautonome Anknüpfungen zu beachten. Dies ist dann der Fall, wenn der Erblasser zulässigerweise die Anwendbarkeit eines bestimmten Rechts gewählt hat. Das deutsche Recht gestattet in Art. 25 Abs. 2 EGBGB eine in zweierlei Hinsicht eingeschränkte Rechtswahl. Zum einen ist die Rechtswahl nur für im Inland belegenes unbewegliches Vermögen zulässig. Zum anderen kann der Testator für dieses Vermögen nur die Anwendung deutschen Rechts wählen. Umstritten ist, ob die Rechtswahl nur insgesamt möglich sein soll, oder sich auf einzelne Grundstücke beschränken kann; letzteres ist zu bejahen<sup>121</sup>. Neben dieser deutschen Rechtswahlmöglichkeit sind wegen der in Art. 4 Abs. 1 S. 1 EGBGB angeordneten Gesamtverweisung ggf. auch ausländische Rechtswahlmöglichkeiten zu beachten, welche auch einen anderen Umfang haben können als die deutsche. Rechtswahlen sind in einigen europäischen Staaten möglich<sup>122</sup>.

## II. Reichweite des Erbstatuts<sup>123</sup>

### 1. Rechtsnachfolge von Todes wegen

Art. 25 Abs. 1 EGBGB unterwirft die „Rechtsnachfolge von Todes wegen“ dem Heimatrecht des Erblassers. Damit sind grundsätzlich alle Fragen gemeint, die sich für den betreffenden Erbfall stellen. Das beginnt mit dem Zeitpunkt des Eintritts des Erbfalls, welcher im deutschen Recht insbesondere im Falle einer angeordneten Nacherbfolge von Bedeutung ist. Auch der ggf. erst lange nach dem Tode des Erblassers eintretende Nacherbfall ist aus deutscher Sicht eine Fragestellung des Erbrechts und unterliegt damit dem Erbstatut des ursprünglichen Erblassers.

Zum Erbstatut gehört weiter die Art und Weise der erbrechtlichen Nachfolge<sup>124</sup>. Dies betrifft die Frage, ob das Recht eine Gesamtrechtsnachfolge oder eine Einzelrechtsnachfolge anordnet, ebenso wie die Frage, ob die Erbschaft dem Erben unmittelbar anfällt („Von-Selbst-Erwerb“), oder ob es hierfür weiterer Handlungen bedarf, etwa einer förmlichen Annahme bzw. einer gerichtlichen Einweisung oder gar eines geordneten Abwicklungsverfahrens, welches dem Erbschaftserwerb vorgeschaltet ist.

Das Erbstatut regelt auch die Berufung zum Erben. Damit ist nicht nur gemeint, welche Personen als gesetzliche Erben in Betracht kommen und welche Erbquoten sich ggf. ergeben; dies betrifft auch im Vorfeld die Erbfähigkeit etwa des nasciturus oder von Personenvereinigungen bzw. die Beachtlichkeit einer Erbenwürdigkeit.

Zum Erbstatut gehören grundsätzlich auch die mit letztwilligen Verfügungen zusammenhängenden Fragen wie Testierfähigkeit und Auslegung eines Testaments. Hinsichtlich der Form wird freilich nach dem Formstatut<sup>125</sup> gesondert angeknüpft; wegen der Gültigkeit und der Bindungswirkungen spielt zudem das Errichtungsstatut<sup>126</sup> eine Rolle.

Schließlich unterfallen dem Erbstatut die Rechte und Pflichten der Erben sowie die Ausgestaltung der Erbengemeinschaft. Das Erbstatut bestimmt also z.B. die Haftung der Erben für Nachlassverbindlichkeiten und deren Umfang sowie die Möglichkeiten zur Haftungsbeschränkung. Das Erbstatut ist weiter maßgeblich für die Frage der Mindestbeteiligung bestimmter naher Angehöriger am Nachlass und deren Ausgestaltung, etwa als schuldrechtlicher Zahlungsanspruch oder als Noterbrecht. Schließlich regelt das Erbstatut das Verhältnis mehrerer Erben zueinander, zum Beispiel in Form einer Gesamthandsgemeinschaft oder als Bruchteilseigentümer.

### 2. Vorfragen<sup>127</sup>

Vorfragen sind gesondert und nach ihrem jeweiligen Statut anzuknüpfen<sup>128</sup>. Die besondere Anknüpfung von Vorfragen dient dem inneren Entscheidungseinklang<sup>129</sup>, d.h.: eine Vorfrage soll unabhängig davon, zu welchem Rechtsgebiet die Folgefrage gehört, stets gleich beantwortet werden, was sich dadurch erreichen lässt, dass sie unabhängig von dem Statut der Folgefrage beurteilt wird.

Zu diesen Vorfragen gehört, wenn z.B. das gesetzliche Erbrecht eines Ehegatten oder eines Abkömmlings in Rede steht, das Bestehen oder Nichtbestehen der Ehe bzw. die Abstammung<sup>130</sup>. Eine andere Vorfrage ist die nach der Zugehörigkeit von Vermögensgegenständen zum Nachlass, also nach deren „Vererblichkeit“ bzw. nach einem Rechtsübergang außerhalb des Erbrechts<sup>131</sup>.

### 3. Abgrenzung zu anderen Statuten

Das Erbstatut ist daher gegen andere Statuten abzugrenzen. Namentlich zu nennen sind

#### a) das Güterrechtsstatut, Art. 15 EGBGB

In einigen Rechtsordnungen ist die Teilhabe des überlebenden Ehegatten am Nachlass des Erblassers nicht oder nicht ausschließlich erbrechtlich, sondern auf andere Weise wirksam. In Betracht kommt z.B. eine güterrechtliche Teilhabe aufgrund bestimmter Güterstandsregelungen. Aus deutscher Sicht ist etwa die Einordnung des § 1371 BGB problematisch; dies kann freilich an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden<sup>132</sup>. Im Prinzip schließen sich Güterrechtsstatut und Erbstatut gegenseitig nicht aus, sondern sind kombinierbar, was einerseits zu einer Normenhäufung, andererseits zu einem Normenmangel führen kann; dies ist ggf. durch Angleichung zu lösen.

#### b) das Sachstatut, Art. 43 EGBGB

Von großer Bedeutung ist die Abgrenzung zwischen dem Erbstatut und dem Sachstatut<sup>133</sup>. Diese wirkt sich in zweierlei Hinsicht aus.

<sup>121</sup> Staudinger-Dörner (2007), Art. 25 EGBGB Rn. 537. Kritisch, im Ergebnis aber ebenfalls zustimmend auch MünchKommBGB-Birk, Art. 25 EGBGB Rn. 47.

<sup>122</sup> S. nur *DNotl-Studie*, (Fn. 5), S. 50ff.

<sup>123</sup> Ausführlich MünchKommBGB-Birk, Art. 25 EGBGB Rn. 188 – 259; Staudinger-Dörner (2007), Art. 25 EGBGB Rn. 22 – 445. Vgl. weiter Graf, (Fn. 18), Rn. 2.82ff.; Hausmann (Handbuch), (Fn. 108), Rn. 96ff.; Johnen, (Fn. 29), S. 61ff.; Palandt-Thorn, Art. 25 EGBGB Rn. 10ff.; Süß (Hrsg.), (Fn. 6), Allgemeiner Teil § 4.

<sup>124</sup> Vgl. hierzu insbes. Kopp, (Fn. 15), S. 7f..

<sup>125</sup> Z.B. Haager Testamentsformübereinkommen bzw. Art. 26 EGBGB.

<sup>126</sup> Art. 26 Abs. 5 EGBGB.

<sup>127</sup> Vgl. hierzu nur Flick/Piltz-Wachter, (Fn. 6), Rn. 98ff.; MünchKommBGB-Birk, Art. 25 EGBGB Rn. 80ff.; Staudinger-Dörner (2007), Art. 25 EGBGB Rn. 586ff..

<sup>128</sup> Flick/Piltz-Wachter, (Fn. 6), Rn. 98; MünchKommBGB-Birk, Art. 25 EGBGB Rn. 81; Palandt-Thorn, Einl. v. Art. 3 EGBGB Rn. 29; Süß-Haas, (Fn. 6), § 1 Rn. 54. Differenzierter, im Ergebnis aber ebenso Staudinger-Dörner (2007), Art. 25 EGBGB Rn. 588, 590.

<sup>129</sup> Johnen, (Fn. 29), S. 62; Staudinger-Dörner (2007), Art. 25 EGBGB Rn. 588 m.w.N..

<sup>130</sup> Staudinger-Dörner (2007), Art. 25 EGBGB Rn. 594ff..

<sup>131</sup> Staudinger-Dörner (2007), Art. 25 EGBGB Rn. 605ff.

<sup>132</sup> Hierzu, stellvertretend für viele, z.B. Bachmayer, BWNtZ 2009, S. 55; Horn, „Das deutsche Zugewinnausgleichsviertel im internationalen Erbrecht“, ZEV 2008, S. 417 – 421.

<sup>133</sup> Vgl. Kopp, (Fn. 15), S. 7f..

Zum einen regelt das Sachstatut die (Vor-)Frage der Zugehörigkeit eines Gegenstandes zum Nachlass. Ob z.B. bestimmte Ansprüche und Rechte vererblich oder höchstpersönlich sind, ist nicht aus erbrechtlicher Sicht zu beurteilen, sondern nach dem für den jeweiligen Gegenstand geltenden Sachstatut. So sind etwa im deutschen Recht die beschränkte persönliche Dienstbarkeit oder der Nießbrauch unvererblich ausgestaltet. Diese sind daher auch dann nicht vererblich, wenn sie einem ausländischen Staatsbürger zustehen, nach dessen Heimatrecht solche Rechte vererblich sein können.

Zum anderen stößt das Erbstatut an seine Grenzen, wenn erbrechtlich ein Rechtserwerb vorgesehen ist, welcher nach dem einschlägigen Sachstatut so nicht möglich ist. Ordnet z.B. ein einschlägiges fremdes Erbrecht an, dass der Vermächtnisnehmer mit dem Erbfall automatisch dinglich Berechtigter des Vermächtnisgegenstandes wird (sog. „Vindikationslegat“), so ist dies hinsichtlich der in Deutschland belegenen Gegenstände unbeachtlich, weil über das insoweit gem. Art. 43 Abs. 1 EGBGB berufene deutsche Sachenrecht nur die im BGB geregelten Erwerbstatbestände gelten; eine Einzelrechtsnachfolge in Vermächtnisgegenstände kennt das deutsche Recht aber nicht<sup>134</sup>.

Besonders problematisch ist die Grenzziehung zwischen Erb- und Sachstatut dann, wenn das maßgebliche materielle Erbrecht keinen „Von-Selbst-Erwerb“ der Nachlassgegenstände kennt; in diesem Fall kommt ggf. eine gesonderte Anknüpfung des Erbschaftserwerbs in Betracht<sup>135</sup>.

### c) Gesellschaftsstatut

Praktisch bedeutsam ist weiter die Abgrenzung zwischen dem Erbstatut und dem Gesellschaftsstatut<sup>136</sup>, welches allerdings gesetzlich nicht geregelt ist. Dies betrifft vor allem Personengesellschaften, bei welchen gesellschaftsrechtlich eine „Sondererbfolge“ vorliegen kann. Im Wesentlichen geht es allerdings auch hier nur um die (Vor-)Frage, ob eine bestimmte Gesellschaftsbeteiligung überhaupt vererblich ist oder nicht<sup>137</sup>. Ist gesellschaftsrechtlich keine Vererblichkeit vorgesehen, so vollzieht sich der Rechtsübergang auf andere Weise, im deutschen Recht etwa durch Anwachsung, §§ 736, 738 BGB. Ist andererseits durch das Gesellschaftsstatut entschieden, dass die Beteiligung vererblich ist, so unterliegt die Rechtsnachfolge in diese Beteiligung dem Erbstatut<sup>138</sup>.

## III. Einzelne Problemfelder

### 1. Besondere Vorschriften, Art. 3a Abs. 2 EGBGB

Das deutsche Recht folgt dem Prinzip der Nachlassseinheit, da es grundsätzlich nicht zwischen einzelnen Nachlassgegenständen unterscheidet, sondern die gesamte Rechtsnachfolge von Todes wegen dem nach Art. 25 Abs. 1 EGBGB berufenen Recht unterstellt<sup>139</sup>. Von dem Prinzip der Nach-

lassseinheit gibt es aber auch aus deutscher Sicht eine bedeutende Ausnahme: nach der außerordentlich kompliziert formulierten Bestimmung des Art. 3a Abs. 2 EGBGB<sup>140</sup> findet auf bestimmte Nachlassgegenstände die *lex rei sitae* Anwendung. Das Recht des Lageorts ist nach dieser Vorschrift berufen, wenn ein Nachlassgegenstand nicht in dem Staat belegen ist, dessen Recht für das allgemeine Erbstatut maßgebend ist, und wenn zugleich am Lageort besondere Vorschriften für diese Nachlassgegenstände bestehen. Insofern stellt sich die Frage, was unter „besonderen Vorschriften“ zu verstehen ist.

Besondere Vorschriften i.S.d. Art. 3a Abs. 2 EGBGB sind in erster Linie Sachnormen, also Vorschriften des materiellen Rechts, wenn diese für spezielle Vermögensmassen gelten<sup>141</sup>. In Betracht kommen insoweit spezielle Nachfolgeregelungen in Höfeordnungen, oder auch sog. Anerbenrechte<sup>142</sup>. Zu beachten ist insoweit, dass besondere Vorschriften i.S.d. § 3a Abs. 2 EGBGB auch solche des deutschen Rechts sein können. Dies ist dann der Fall, wenn über Art. 25 Abs. 1 EGBGB an sich ein fremdes Erbstatut berufen ist, der Erblasser aber Vermögen in Deutschland hinterließ, für welches besondere Vorschriften wie die der Höfeordnungen gelten<sup>143</sup>. Keine speziellen Normen sind allerdings solche, welche die Verlautbarung der bereits eingetretenen Erbfolge in einem Register verlangen, wie der deutsche Grundbuchberichtigungszwang gem. § 83 GBO. Ebenfalls keine speziellen Vorschriften sind „Sondernachfolgen“ in Gesellschaftsanteile, da ein hier auftretender Konflikt, wie dargestellt, an der Schnittstelle zwischen Gesellschaftsstatut und Erbstatut zu lösen ist<sup>144</sup>.

Umstritten war und ist, ob spezielle Vorschriften i.S.d. Art. 3a Abs. 2 EGBGB auch kollisionsrechtliche Normen sein können<sup>145</sup>. Häufigster Fall dürfte der sein, dass der Belegenheitsstaat für die Rechtsnachfolge in unbewegliches Vermögen die Anwendung der *lex rei sitae* vorschreibt<sup>146</sup>. Verstirbt beispielsweise ein deutscher Staatsangehöriger unter Hinterlassung von Grundbesitz in Frankreich, so ist aus deutscher Sicht auf den Erbfall grundsätzlich deutsches Erbrecht anwendbar, Art. 25 Abs. 1 EGBGB. Da insoweit keine Verweisung in ausländisches Recht stattfindet (in einem solchen Fall wäre wegen des Grundsatzes der Gesamtverweisung gem. Art. 4 EGBGB eine gespaltene Anknüpfung des ausländischen Rechts auch aus deutscher Sicht stets beachtlich),

<sup>134</sup> BGH, Ur. v. 28.09.1994 – IV ZR 95/93, MittBayNot 1995, 224, mit Anm. Geimer; Kopp, (Fn. 15), S. 8; Staudinger-Dörner (2007), Art. 25 EGBGB Rn. 49, 148.

<sup>135</sup> Hierzu unten unter C III 4.

<sup>136</sup> Ausführlich Dutta, „Die Abgrenzung von Gesellschaftsstatut und Erbstatut beim Tod des Gesellschafters“, RabelsZ 73 (2009), S. 727 – 749, S. 728ff, sowie Fetsch (Auslandsvermögen), (Fn. 61), S. 13f..

<sup>137</sup> Dutta, (Fn. 136), S. 732ff.; Fetsch (Auslandsvermögen), (Fn. 61), S. 13; Rauscher, (Fn. 8), Rn. 998ff.; MünchKommBGB-Birk, Art. 25 EGBGB Rn. 183; Palandt-Thorn, Art. 25 EGBGB Rn. 15; Staudinger-Dörner (2007), Art. 25 EGBGB Rn. 65.

<sup>138</sup> Sog. „Vorrang des Gesellschaftsstatuts“, dazu Dutta, (Fn. 136), S. 737ff..

<sup>139</sup> MünchKommBGB-Sonnenberger, Art. 3a EGBGB Rn. 4. Zu den unterschiedlichen Systemen in Europa DNotI-Studie, (Fn. 5), S. 44f.

<sup>140</sup> Bis zum 11. Januar 2009: Art. 3 Abs. 3 EGBGB.

<sup>141</sup> Bachler, „Situs-Regel, innerdeutsche und inneramerikanische Nachlassspaltung“, Schriften zum Internationalen Recht Band 171 (2007), S. 25; Flick/Piltz-Wachter, (Fn. 6), Rn. 211; MünchKommBGB-Sonnenberger, Art. 3a EGBGB Rn. 8; Staudinger-Hausmann (2003), Art. 3 EGBGB Rn. 58; Horn, (Fn. 108), S. 75; Sonnenberger, „Die question anglaise als Problem deutsch-französischer Nachlassspaltung: das Appartement des deutschen Erblassers an der Côte d’Azur“, IPrax 2002, S. 169 – 179, S. 170; Süß-Süß, (Fn. 6), § 2 Rn. 10ff.

<sup>142</sup> Fetsch (Auslandsvermögen), (Fn. 61), S. 15f..

<sup>143</sup> MünchKommBGB-Sonnenberger, Art. 3a EGBGB Rn. 18, Staudinger-Hausmann (2003), Art. 3 EGBGB Rn. 81ff..

<sup>144</sup> Fetsch (Auslandsvermögen), (Fn. 61), S. 4ff.; Flick/Piltz-Wachter, (Fn. 6), Rn. 99 und 221; MünchKommBGB-Sonnenberger, Art. 3a EGBGB Rn. 23; Staudinger-Hausmann (2003), Art. 3 EGBGB Rn. 75. Zum Meinungsstand und zu den Auswirkungen auch Süß-Süß, (Fn. 6), § 2 Rn. 13.

<sup>145</sup> Kritisch aus neuester Zeit vor allem Bachler, (Fn. 141), S. 28ff.. Vgl. weiter Kopp, (Fn. 15), S. 15ff.; MünchKommBGB-Sonnenberger, Art. 3a EGBGB Rn. 11f.; Staudinger-Hausmann (2003), Art. 3 EGBGB Rn. 62.

<sup>146</sup> Vgl. die Zusammenstellung in Süß-Süß, (Fn. 6), § 2 Rn. 18. Manche Rechtsordnungen sehen allerdings die Anwendung der *lex rei sitae* auch auf bewegliches bzw. sonstiges Vermögen vor, s. Fetsch (Auslandsvermögen), (Fn. 61), S. 12; Süß-Süß, (Fn. 6), § 2 Rn. 19f..

stellt sich die Frage, ob es für den deutschen Rechtsanwender von Bedeutung ist, dass ein ausländisches Recht hinsichtlich des dort belegenen Nachlasses eine Sonderanknüpfung vornimmt, wie es das französische Recht in Art. 3 Abs. 2 FrzCC<sup>147</sup> tut. Dies ist dann der Fall, wenn ausländischen Kollisionsnormen „besondere Vorschriften“ i.S.d. Art. 3a Abs. 2 EGBGB darstellen.

Gegen die Anwendung der Sonderanknüpfung in diesen Fällen wird vorgebracht, dass deren ursprünglicher politischer und wirtschaftlicher Charakter im Laufe der Zeit verloren gegangen sei, so dass sie nur noch der Verwirklichung international-privatrechtlicher Gerechtigkeit diene<sup>148</sup>. Gegen die Anwendung könnte weiter eingewendet werden, dass die Beachtlichkeit der Sonderanknüpfung zwangsläufig zu einer (unerwünschten) Nachlassspaltung mit entsprechenden Folgeproblemen vor allem auf der Haftungsseite und bei der Beachtung erbrechtlicher Mindestbeteiligungen bestimmter Angehöriger führt.

Die Vermeidung einer Nachlassspaltung mag wünschenswert sein. Eine solche tritt aber auch in anderen Fällen ein<sup>149</sup> und ist letztlich nur die Folge einer bestimmten gesetzlichen Regelung. Dass diese Folge wegen der damit verbundenen Schwierigkeiten unerwünscht ist, kann aber nicht gegen die Anwendung der Regelung selbst angeführt werden.

Auch der angeführte Aspekt der international-privatrechtlichen Gerechtigkeit spricht m.E. deutlich für die Beachtlichkeit der Sonderanknüpfung. Denn diese dient dem internationalen Entscheidungseinklang. Wenn die besonderen Interessen des Belegenheitsstaates an der Geltung seines eigenen Rechts im Falle einer gespaltenen Rück- oder Weiterverweisung über Art. 4 EGBGB aus deutscher Sicht beachtlich sind, ist nicht einzusehen, weshalb dies im Falle einer Sonderanknüpfung über Art. 3a Abs. 2 EGBGB nicht der Fall sein sollte. Anders gesprochen: verstirbt ein französischer Staatsangehöriger mit letztem Wohnsitz in Italien unter Hinterlassung eines Grundstücks in Frankreich, so ist aus deutscher Sicht für den Erblasser wegen der Verweisung in französisches Heimatrecht und dessen Weiterverweisung in italienisches Aufenthaltsrecht grundsätzlich italienisches Erbrecht anwendbar, hinsichtlich des Grundstücks wegen der französischen Sonderanknüpfung allerdings französisches Erbrecht. Handelte es sich hingegen um einen deutschen Erblasser, so führt die Beachtlichkeit der Sonderanknüpfung dazu, dass aus deutscher Sicht für das in Frankreich belegene Grundstück trotz grundsätzlich deutschen Erbstatuts ebenfalls französisches Recht gilt. In beiden Fällen wird das Grundstück daher gleich behandelt, was den Internationalen Entscheidungseinklang ersichtlich fördert<sup>150</sup>.

Rechtspolitisch können heutzutage auch Gründe der Rechtssicherheit für die Beachtlichkeit der Sonderanknüpfung angeführt werden, da diese spätestens seit der deutschen IPR-Reform 1986 der herrschenden Meinung in Deutschland entspricht und sie von daher zahlreichen erbrechtlichen Gestaltungen und Entscheidungen zugrunde gelegt worden ist.

Es ist daher der herrschenden Meinung zu folgen, dass kollisionsrechtliche Sonderanknüpfungen als besondere Vorschriften i.S.d. Art. 3a Abs. 2 EGBGB anzusehen sind<sup>151</sup>.

## 2. „versteckte“ Verweisungen<sup>152</sup>

Wie dargelegt, ist die deutsche Verweisung des Art. 25 Abs. 1 EGBGB in das Heimatrecht des Erblassers gem. Art. 4 Abs. 1 S. 1 EGBGB als Gesamtverweisung zu behandeln. Das bedeutet, dass auch auf die international-privatrechtlichen Vorschriften des fremden Rechts verwiesen wird. Dies ist insbesondere dann problematisch, wenn das fremde Recht keine besonderen IPR-Regeln kennt<sup>153</sup>. Im anglo-amerikanischen Rechtskreis, welcher ohnehin eher der Tradition des „case law“ folgt und dem gesetzten Recht gegenüber generell weniger aufgeschlossen ist als die Rechtsordnungen des civil-law-Rechtskreises, sind geschriebene Kollisionsnormen zum Teil unbekannt oder zumindest selten. Vielmehr folgt das anwendbare Recht oft der Zuständigkeit: das Gericht prüft nur, ob seine eigene Zuständigkeit gegeben ist; falls es diese bejaht, wendet es stets sein eigenes materielles Recht an<sup>154</sup>.

Sieht das Gericht hingegen seine eigene Zuständigkeit nicht als gegeben an, sondern die eines fremden Staates, so soll damit zugleich auch entschieden sein, dass das fremde materielle Recht anwendbar ist; die Bejahung einer fremden Zuständigkeit verweist damit zugleich auf das anwendbare materielle Recht. Mit Blick auf die frühere deutsche Regelung könnte man dies als „umgekehrten Gleichlauf“ bezeichnen: nicht das anwendbare Recht bestimmt über die Zuständigkeit, sondern die Zuständigkeit bestimmt über das anwendbare Recht.

Bei solchen Sachverhalten „versteckt“ sich aus der deutschen kollisionsrechtlichen Sicht der Rechtsanwendungsbeehl in einer Zuständigkeitsregelung. Die versteckte Verweisung ist vom deutschen Recht zu beachten.

## 3. Qualifikation bei Nachlassspaltung

Das deutsche Recht geht, wie ausgeführt, vom Prinzip der Nachlasseinheit aus. Dennoch kann es, wegen der Regel des Art. 3a Abs. 2 EGBGB, infolge Verweisung in ein Recht, welches Gegenstände unterschiedlich anknüpft, oder aufgrund einer Rechtswahl dazu kommen, dass nicht der gesamte Nachlass ein und demselben Erbstatut unterliegt, sondern einzelne Nachlassteile einem anderen Regime unterstellt sind. Besonders häufig dürfte der Fall sein, dass es im Hinblick auf Grundstücke zur Anwendung des Rechts am Belegenheitsort kommt (lex rei sitae), wohingegen auf den restlichen Nachlass aufgrund anderer Anknüpfung ein davon verschiedenes materielles Erbrecht Anwendung findet. Es liegt ein Fall von Nachlassspaltung vor.

Neben sich hieraus ergebenden materiell-rechtlichen Folgeproblemen, welche im Rahmen dieser Arbeit nicht vertieft werden können, stellt sich bereits bei der Ermittlung des anwendbaren Rechts die Frage nach der Abgrenzung der Teil-

<sup>147</sup> Diese Vorschrift wird allgemein als allseitige Kollisionsnorm angesehen; vgl. *Sonnenberger*, (Fn. 141), S. 170.

<sup>148</sup> *Soergel-Kegel*, Art. 3 EGBGB Rn. 18. Zur ratio von Art. 3a Abs. 2 EGBGB ausführlich auch *Fetsch (Auslandsvermögen)*, (Fn. 61), S. 4.

<sup>149</sup> Z.B. bei einer gegenständlich beschränkten Rechtswahl gem. Art. 25 Abs. 2 EGBGB.

<sup>150</sup> *Bachler*, (Fn. 141), S. 31, weist allerdings darauf hin, dass dadurch der innere Entscheidungseinklang gefährdet sein könnte. *Süß-Süß*, (Fn. 6), § 2 Rn. 15, nennt Gegenbeispiele aus der Sicht des ausländischen Rechts.

<sup>151</sup> Wie hier *Fetsch (Auslandsvermögen)*, (Fn. 61), S. 9; *Flick/Piltz-Wachter*, (Fn. 6), Rn. 221; *MünchKommBGB-Sonnenberger*, Art. 3a EGBGB Rn. 12; *Palandt-Thorn*, Art. 3a EGBGB Rn. 6; *Rauscher*, (Fn. 8), Rn. 544ff.; *Staudinger-Hausmann (2003)*, Art. 3 EGBGB Rn. 62; *Staudinger-Dörner (2007)*, Art. 25 EGBGB Rn. 570.

<sup>152</sup> Allgemein zu versteckten Rückverweisungen *Rauscher*, (Fn. 8), Rn. 380ff. Speziell zur versteckten Rückverweisung im Erbrecht *Staudinger-Dörner (2007)*, Art. 25 EGBGB Rn. 251; *Süß-Haas*, (Fn. 6), § 3 Rn. 22.

<sup>153</sup> Ausführlich *MünchKommBGB-Sonnenberger*, Art. 4 EGBGB Rn. 41ff. sowie *Staudinger-Hausmann (2003)*, Art. 4 EGBGB Rn. 75ff.

<sup>154</sup> Vgl. für Nachlasssachen auch *DNotl-Studie*, (Fn. 5), S. 20 bzw. S. 49.

nachlässe. Konkret: wenn im einleitenden Beispielsfall der französische Erblasser auch unbewegliches Vermögen in Frankreich hinterlässt, so wird dieses gem. Art. 3 Abs. 2 FrzCC dem französischen Recht unterworfen, auch wenn im Übrigen deutsches Erbrecht gilt; dies wird auch vom deutschen Recht beachtet, Art. 4 EGBGB. Die entscheidende Frage ist die, was zum unbeweglichen Vermögen zählt.

Die Einordnung von Gegenständen zum beweglichen bzw. zum unbeweglichen ist richtiger Ansicht nach grundsätzlich von der Rechtsordnung zu treffen, welche die unterschiedliche Anknüpfung ausspricht (Qualifikation lege causae)<sup>155</sup>. Denn die Rechtsordnung, welche spezielle Regelungen für bestimmte Vermögensteile aufstellt, soll auch darüber entscheiden, für welche Vermögensteile diese Regelungen gelten sollen. Im Beispielsfall würde die Abgrenzung zwischen unbeweglichem und beweglichem Vermögen also nach französischem Recht erfolgen. Zu beachten ist freilich, dass einige Rechtsordnungen hinsichtlich der Qualifikation auf das Recht des Verweisungsstaates zurückverweisen (Qualifikations{rück}verweisung)<sup>156</sup>. Hinterlässt etwa ein im US-Bundesstaat New York domizilierter amerikanischer Erblasser ein Erbbaurecht in Deutschland, so sieht das Heimatrecht hinsichtlich des unbeweglichen Vermögens die Anwendung des Rechts am Belegenheitsort, also deutschen Rechts, vor, und überlässt diesem – wie im common-law-Rechtskreis üblich – auch die Entscheidung darüber, ob ein Erbbaurecht beweglich oder unbeweglich ist<sup>157</sup>.

Die Unterscheidung in bewegliches und unbewegliches Vermögen ist nur auf den ersten Blick unproblematisch: jedenfalls Grundstücke sind wohl überall auf der Welt als unbewegliches Vermögen anzusehen<sup>158</sup>. Aus deutscher Sicht<sup>159</sup>, welche z.B. im Rahmen einer Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB als lex causae oder aufgrund Qualifikationsrückverweisung eine Rolle spielen kann, zählen zum unbeweglichen Vermögen aber auch Anteile an Grundstücken, grundstücksgleiche Rechte wie das Erbbaurecht, das Wohnungs- oder Teileigentum sowie Grundstückszubehörden. Selbst Anwartschaften auf den Erwerb eines Grundstücks werden teilweise als unbeweglich qualifiziert<sup>160</sup>. Andererseits zählen Scheinbestandteile, etwa die aufgrund eines Nutzungsrechts auf dem Dach eines Hauses aufgestellten Photovoltaikanlagen, zum beweglichen Vermögen. Schwierigkeiten bereitet auch die Einordnung des Anteils eines Wohnungseigentümers am Verwaltungsvermögen, z.B. an der angesammelten Instandhaltungsrückstellung. Spätestens seit der WEG-Reform 2007<sup>161</sup> ist das Verwaltungsvermögen als Annex an das

Wohnungseigentum anzusehen, so dass es als unbeweglich zu qualifizieren ist. Das Inventar eines Wohnhauses ist aus deutscher Sicht bewegliches Vermögen, so dass dieses ggf. einer anderen Erbfolge unterliegen kann als das Haus selbst. Die Beteiligung an einer Erbengemeinschaft oder einer Personengesellschaft wird aus deutscher Sicht auch dann als beweglich angesehen, wenn einziger Vermögensgegenstand ein Grundstück ist<sup>162</sup>.

Eine maßgebliche fremde Rechtsordnung mag die Zuordnung der Vermögensbestandteile freilich ganz anders vornehmen.

#### 4. Die „funktionelle Nachlassspaltung“<sup>163</sup>

Besondere Probleme ergeben sich auch, wenn das ausländische Recht einzelne Aspekte, die aus deutscher Sicht einheitlich dem Erbstatut unterstellt werden, anders anknüpft als das deutsche Recht<sup>164</sup>. Dies sind namentlich die Rechtsordnungen, welche dem endgültigen Eigentums- und Besitzserwerb an den Nachlassgegenständen noch ein mehr oder weniger geordnetes Verfahren vorschalten, wie die „Einantwortung“ oder die „administration“, und dieses Verfahren sowie die damit zusammenhängenden Fragen besonderen Vorschriften unterstellen. Diese Vorschriften sind aus deutscher Sicht bei ausländischem materiellen Erbstatut wegen des Grundsatzes der Gesamtverweisung gem. Art. 4 EGBGB stets beachtlich, nach der hier vertretenen Auffassung aber auch dann, wenn das Erbstatut deutschem Recht unterliegt, da es sich insoweit um besondere Vorschriften i.S.d. Art. 3a Abs. 2 EGBGB handelt<sup>165</sup>. Man spricht insoweit von einer „funktionellen Nachlassspaltung“. Ein Beispiel<sup>166</sup>:

War in dem dieser Arbeit vorangestellten Sachverhalt der Erblasser Österreicher, ist dieser aus deutscher Sicht insgesamt nach österreichischem Recht beerbt worden, Art. 25 Abs. 1 EGBGB. Das österreichische Recht knüpft grundsätzlich ebenfalls an das Personalstatut an, § 28 Abs. 1 IPRG, so dass auch aus österreichischer Sicht österreichisches Erbrecht gegeben ist. Besonderheiten ergeben sich jedoch für den in Deutschland belegenen Grundbesitz des Erblassers: der Erwerb des Eigentums hieran richtet sich gem. § 31 Abs. 1 IPRG nach der lex rei sitae, also nach deutschem Recht<sup>167</sup>; gem. § 32 IPRG geht diese Anknüpfung nur des Erbschaftserwerbs (nicht auch der sonstigen erbrechtlichen Fragen) an unbeweglichem Vermögen dem Erbstatut vor<sup>168</sup>. Fraglich ist

<sup>155</sup> Johnen, (Fn. 29), S. 59; Rauscher, (Fn. 8), Rn. 1033. Staudinger-Hausmann (2003), Art. 3 EGBGB Rn. 74; Staudinger-Dörner (2007), Art. 25 EGBGB Rn. 566.; Süß-Haas, (Fn. 6), § 3 Rn. 23. Vgl. auch DNotI-Studie, (Fn. 5), S. 17. Mißverständlich insoweit Fetsch (Auslandsvermögen), (Fn. 61), S. 4, welcher offenbar stets von einer Anknüpfung nach dem Recht des Belegenheitsstaates ausgeht. Zur Anknüpfung der „Belegenheit“ als solcher s. Fetsch (Auslandsvermögen), (Fn. 61), S. 4.

<sup>156</sup> Hierzu etwa Palandt-Thorn, Einl. v. Art. 3 EGBGB Rn. 28; Rauscher, (Fn. 8), Rn. 1034f.; Staudinger-Hausmann (2003), Art. 4 EGBGB Rn. 68ff.; Süß, (Fn. 116), S. 487; Süß-Haas, (Fn. 6), § 3 Rn. 23. Innerhalb Europas gilt dies etwa für Österreich, § 31 Abs. 2 IPRG, s. auch DNotI-Studie, (Fn. 5), S. 20.

<sup>157</sup> Süß, (Fn. 116), S. 487.

<sup>158</sup> Einzelheiten vgl. MünchKommBGB-Birk, Art. 25 EGBGB Rn. 66f.; Staudinger-Dörner, Art. 25 EGBGB Rn. 511ff..

<sup>159</sup> Hierzu etwa Flick/Piltz-Wachter, (Fn. 6), Rn. 211; Hausmann (Handbuch), (Fn. 108), Rn. 92f.; Süß-Haas, (Fn. 6), § 3 Rn. 37f. m.w.N..

<sup>160</sup> So Staudinger-Dörner (2007), Art. 25 EGBGB Rn. 520 gegen die h.M.. Für diese s. MünchKommBGB-Birk, Art. 25 EGBGB Rn. 67; Palandt-Thorn, Art. 25 EGBGB Rn. 7.

<sup>161</sup> Gesetz vom 26.03.2007, BGBl. I 370

<sup>162</sup> A.A. Staudinger-Dörner (2007), Art. 25 EGBGB Rn. 519. Wie hier MünchKommBGB-Birk, Art. 25 EGBGB Rn. 67; Palandt-Thorn, Art. 25 EGBGB Rn. 7.

<sup>163</sup> Ausführlich Berenbrok, (Fn. 8), S. 152ff.; Kopp, (Fn. 15), S. 31ff.. S. auch Fetsch (Auslandsvermögen), (Fn. 61), S. 7.

<sup>164</sup> Vgl. Süß, (Fn. 116), S. 488; derselbe in Süß-Süß, (Fn. 6), § 2 Rn. 21ff..

<sup>165</sup> A.A. Bachler, (Fn. 141), S. 32.

<sup>166</sup> Die nachfolgenden Ausführungen betreffen die seit 01. Januar 2005 geltende Rechtslage. Für die Zeit zwischen 01.01.1979 und 31.12.2004 s. Kopp, (Fn. 15), S. 31ff..

<sup>167</sup> D.h.: „Von-Selbst-Erwerb“ ohne Einantwortung. Umgekehrt richtet sich wegen Art. 3a Abs. 2 EGBGB i.V.m. § 32, 31 Abs. 1 IPRG der Erbschaftserwerb an dem österreichischen Grundstück eines deutschen Erblassers nach österreichischem Recht, was die Notwendigkeit der Einantwortung zur Folge hat! Wie hier z.B. Flick/Piltz-Wachter, (Fn. 6), Rn. 143.

<sup>168</sup> Ludwig, „Die Änderung der internationalen Zuständigkeit österreichischer Nachlassgerichte und ihre Auswirkung auf das österreichische Erbkollisionsrecht“, ZEV 2005, S. 419 – 424, S. 421 m.w.N.; Perscha/Stögner, „Das Verlassenschaftsverfahren in Österreich – ein kurzer Überblick“, ZEV 2008, S. 375 – 383, S. 377; Süß, (Fn. 116), S. 488; Teerstegen, „Erb-scheinserteilung nach österreichischem Erblasser mit Vermögen nur in Deutschland“, ZEV 2007, S. 339 – 343, S. 340. Vgl. aus jüngerer Zeit auch LG Kassel, Beschl. v. 26.08.1996 – 3 T 483/96, NJWE-FER 1997, 63 m.w.N.. Zur ungenügenden Abstimmung der genannten Kollisionsnormen mit den Fragen der Erbenhaftung und den sich daraus ergebenden Konsequenzen s. Ludwig, (Fn. 168), S. 421f..

freilich, wie der in Deutschland belegene bewegliche Nachlass des Erblassers zu behandeln ist:

Zum einen wird vertreten, dass das österreichische Recht auch insoweit auf deutsches Recht zurückverweise<sup>169</sup>. Zwar ordne § 32 IPRG den Vorrang des Sachenrechtsstatuts vor dem Erbstatut nur hinsichtlich des unbeweglichen Vermögens an. Für bewegliches Vermögen könne aber (im Wege eines Umkehrschlusses) aus § 28 Abs. 2 IPRG eine Rückverweisung entnommen werden, da diese Norm den Erbschaftserwerb nur dann dem österreichischen Recht unterstelle, wenn eine Verlassenschaftsabhandlung in Österreich durchgeführt werde. Für diese fehle es freilich bei im Ausland lebenden Österreichern gem. § 106 JN an der internationalen Zuständigkeit. Da hinsichtlich des ausländischen beweglichen Nachlasses eines solchen Österreichers eine Verlassenschaftsabhandlung demnach nicht in Betracht komme, müsse § 28 Abs. 2 IPRG als allgemeine Kollisionsnorm gelten werden.

Zum anderen wird vertreten, dass einer solchen Interpretation des § 28 Abs. 2 IPRG sowohl dessen Wortlaut als auch das Fehlen einer entsprechenden Regelungslücke entgegenstehe<sup>170</sup>. Die Anwendbarkeit österreichischen Rechts auf den Erbschaftserwerb folge aus der internationalen Zuständigkeit. Die angesprochene Problematik sei dem österreichischen Gesetzgeber bei der Neuregelung der internationalen Zuständigkeit zum 01. Januar 2005 bekannt gewesen; eine inhaltliche Änderung sei aber gerade nicht erfolgt, so dass § 28 Abs. 2 IPRG nicht als allgemeine Kollisionsnorm aufgefasst werden könne. Bei einer einseitigen Kollisionsnorm verbiete sich eine erweiternde Auslegung.

Der zuletzt genannten Auffassung ist zuzustimmen<sup>171</sup>. Insbesondere ist von Gewicht, dass § 28 Abs. 2 IPRG eine einseitige Kollisionsnorm darstellt: sie ordnet die Anwendung österreichischen Rechts auf den Erbschaftserwerb gerade unabhängig vom sonst geltenden materiellen Erbrecht an; es kommt vielmehr nur auf die inländische Gerichtsbarkeit an. Damit soll die Geltung des österreichischen Systems der „Einantwortung“ und der Nachlassregulierung auf in Österreich belegenen beweglichen Nachlass sichergestellt werden; eine Antwort auf die Frage der Behandlung von im Ausland belegenen Vermögen gibt die Norm gerade nicht. Dies ergibt sich auch aus einem Vergleich mit den §§ 31, 32 IPRG, wo nur der Erbschaftserwerb, nicht aber die Frage der Haftung der *lex rei sitae* unterstellt ist. Die zuerst genannte Auffassung ist auch vor dem Hintergrund der bisherigen Zuständigkeitsregelungen zu sehen: mit der angenommenen Rückverweisung sollte ein Zuständigkeitsdefizit beseitigt werden, welches gegeben war, wenn österreichische Gerichte mangels Belegenheit<sup>172</sup> und deutsche mangels des bisher notwendigen Gleichlaufs mit dem Erbstatut ihre Zuständigkeit ablehnten. Dieses Problem hat sich freilich durch das FamFG erledigt. Nach der hier vertretenen Auffassung ist

daher eine Rückverweisung durch das österreichische Recht ausgeschlossen, was zur Folge hat, dass sich der Erbschaftserwerb des in Deutschland belegenen Nachlasses des Österreicherers nach österreichischem Recht richtet.

Ähnliche Fragestellungen der „funktionellen Nachlassspaltung“ ergeben sich bei der „administration“ des Nachlasses, wobei im Rahmen dieser Arbeit auf die – wegen der Uneinheitlichkeit der Regelungen in den betroffenen Rechtsordnungen zahlreichen und durchaus umstrittenen – Einzelheiten nicht eingegangen werden kann<sup>173</sup>. Aufgrund der im common-law-Rechtskreis regelmäßig vorkommenden versteckten Verweisungen und der Tatsache, dass die Gerichtsbarkeit und damit die Befugnisse eines vom Gericht bestellten bzw. bestätigten „personal representative“ regelmäßig an den Grenzen der eigenen Gerichtsbarkeit enden („Territorialitätsprinzip“), wird zumindest für die Fragen der Nachlassabwicklung häufig eine (Rück-)Verweisung auf das Recht des Belegenheitsstaates<sup>174</sup> in Betracht kommen<sup>175</sup>, was eine „administration“ dort entbehrlich macht, wenn die betroffene Rechtsordnung dies nicht vorsieht.

## D. Problemfelder des formellen Rechts

### I. Anwendbarkeit deutschen Verfahrensrechts

#### 1. Grundsätzliches

Die soeben besprochenen Vorschriften des Internationalen Privatrechts, also die (materiellen) Kollisionsnormen, bestimmen, das Recht welcher Rechtsordnung letzten Endes materiell-rechtlich zur Anwendung kommt. Vergleichbare Kollisionsnormen auf dem Gebiet des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit existieren hingegen nicht. Mit anderen Worten: das deutsche Recht kennt, ebenso wenig wie die meisten anderen Rechtsordnungen, keine Regelungen, welche darüber bestimmen, welches Verfahrensrecht in Sachverhalten mit Auslandsberührung angewendet werden soll, vor allem dann, wenn ein solcher materiell-rechtlich nach fremdem Recht entschieden werden muss. Denkbar sind zwei grundsätzliche Positionen: a) zur Verwirklichung des fremden materiellen Rechts muss auch das dazu gehörende Verfahrensrecht angewendet werden oder b) jedes Gericht wendet stets nur die Verfahrensvorschriften seines eigenen Rechts an (Grundsatz der Geltung der *lex fori*).

#### a) Anwendung fremden Verfahrensrechts<sup>176</sup>

Für die Anwendung des fremden Verfahrensrechts spricht, dass dieses auf die materiell-rechtlichen Vorschriften zugeschnitten und so am ehesten geeignet ist, das fremde Recht zu verwirklichen. Zudem würde einer ausländischen Rechtsordnung die Anerkennung einer im Inland getroffenen Entscheidung leichter fallen, wenn diese nicht nur nach deren materiellem Recht, sondern auch im entsprechenden Verfah-

<sup>169</sup> Ludwig, (Fn. 168), S. 422 m.w.N., sowie insbesondere S. 423. Ebenso, noch zur früheren österreichischen Rechtslage, Berenbrok, (Fn. 8), S. 155f.. Für eine Rückverweisung wohl auch Graf, (Fn. 18), Rn. 2.113 (S. 315f.).

<sup>170</sup> Teerstegen, (Fn. 168), S. 341 m.w.N..

<sup>171</sup> In diesem Sinne wohl auch Perscha/Stögner, (Fn. 168), S. 377, welche allerdings den Fall des (nur) im Ausland belegenen Nachlasses eines Österreicherers nicht ausdrücklich problematisieren. Wie hier auch LG Kassel, Beschl. v. 26.08.1996 – 3 T 483/96, NJWE-FER 1997, 63 m.w.N.; Flick/Piltz-Wachter, (Fn. 6), Rn. 828 in Fn. 36; Staudinger-Dörner, Anh. zu Art. 25f EGBGB Rn. 630ff.; Süß-Haunschildt, (Fn. 6), Länderteil Österreich, Rn. 204.

<sup>172</sup> Vgl. Ludwig, (Fn. 168), S. 422, sowie Teerstegen, (Fn. 168), S. 341, mit Nachweisen zur österreichischen höchstrichterlichen Rechtsprechung.

<sup>173</sup> Ausführlich Berenbrok, (Fn. 8), S. 177ff.; Kopp, (Fn. 15), S. 40ff..

<sup>174</sup> Soweit nicht bereits aufgrund des im common-law-Rechtskreis anzutreffenden *domicile*-Prinzips allgemein eine Rückverweisung auf das Recht am letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers stattfindet.

<sup>175</sup> Vgl. Süß, (Fn. 116), S. 488. Allgemein für das anglo-amerikanische Recht Berenbrok, (Fn. 8), S. 187ff. sowie S. 218ff.; Kopp, (Fn. 15), S. 55ff.. Speziell für die USA auch Burandt/Pfeiffer, „Grundzüge des Internationalen Erbrechts in den USA“, ZErB 2001, S. 13 – 17, S. 16f.; Siegwart, „Die Abwicklung von Erbfällen in den USA“, ZEV 2006, S. 110 – 114, S. 111. A.A. jedenfalls für Großbritannien Süß-Odersky, (Fn. 6), Länderteil Großbritannien, Rn. 20ff..

<sup>176</sup> Hierzu ausführlich Berenbrok, (Fn. 8), S. 125ff. mit zahlreichen Nachweisen.

ren ergangen wäre. Schließlich würde durch die Anwendung fremden Verfahrensrechts die mitunter schwierige Abgrenzung überflüssig, was das ausländische Recht als materielle Vorschrift und was als formelle Norm ansieht.

## b) Geltung der *lex fori*

Demgegenüber wendet die h.M. zu Recht den Grundsatz der „Geltung der *lex fori*“ an<sup>177</sup>.

Zunächst ist festzuhalten, dass Verfahrensrecht grundsätzlich „dienendes“ Recht ist: es hat immer das Ziel, das materielle Recht zu verwirklichen<sup>178</sup>. Zwar ist zuzugeben, dass das zum jeweiligen materiellen Recht gehörende und auf dieses zugeschnittene Verfahrensrecht am besten geeignet erscheint, das materielle Recht umzusetzen; andererseits muss sich das materiell richtige Ergebnis letztlich unabhängig vom jeweiligen Verfahren verwirklichen lassen<sup>179</sup>. Das Recht am Gerichtsstand mag daher vielleicht weniger geeignet sein; es ist aber nicht per se ausgeschlossen, fremdes materielles Recht mit dem eigenen Verfahren zur Geltung zu bringen. Wenn etwa im Inland die Ausstellung eines Zeugnisses über eine nach französischem Erbrecht eingetretene Erbfolge begehrt wird, so steht das materielle Ergebnis, nämlich wer und zu welcher Quote Erbe geworden ist, unabhängig vom Verfahrensrecht fest. Es ist dann unerheblich, ob das Erbrechtszeugnis von einem deutschen Nachlassgericht in einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit oder von einer anderen Stelle in Anwendung französischen Verfahrensrechts erteilt wird. Die Frage ist also nicht, ob das eigene Recht ungeeignet ist, sondern allenfalls, wie sehr sich das eigene Recht als dienendes Recht ggf. der materiellen Problemstellung anpassen muss.

Gerade weil es letztlich auf das angewendete Verfahrensrecht nicht ankommen sollte, ist dem Grundsatz der Geltung der *lex fori* der Vorzug zu geben. Damit wird dem ohnehin schon mit dem ausländischen materiellen Recht befassten Gericht nicht noch zusätzlich aufgebürdet, fremdes Verfahrensrecht ermitteln und korrekt anwenden zu müssen<sup>180</sup>. Denn dadurch wäre nicht nur eine weitere Fehlerquelle eröffnet, dies wäre auch mit erheblichen praktischen Schwierigkeiten verbunden, welche zu Verzögerungen und zur Verteuerung des Verfahrens beitragen würden.

Hinzu kommt ein anderer Aspekt: die Verfahrensvorschriften sind dem Bereich des öffentlichen Rechts zuzuordnen. Der „Geltungsbereich“ des öffentlichen Rechts endet regelmäßig an den Landesgrenzen; es kann nicht ohne weiteres auf das Gebiet eines anderen Staates „exportiert“ oder von diesem „importiert“ werden<sup>181</sup>. Eine solche Regelung der Anwendbarkeit von Vorschriften einer anderen Rechtsordnung wäre Gegenstand eines kodifizierten Internationalen Verfahrensrechts; gerade dieses gibt es im deutschen Recht für den Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit aber nicht.

## 2. Anpassung der Bestimmungen des ausländischen Rechts an das deutsche Verfahren<sup>182</sup>

Probleme wirft diese Betrachtungsweise naturgemäß auf, wenn dem deutschen Gericht Verfahrenshandlungen zugemutet werden sollen, die diesem so nicht bekannt sind. Es stellt sich dann die Frage, wie solche fremden Verfahrenshandlungen behandelt werden sollen.

Auszugehen ist m.E. von Folgendem: das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist im Gegensatz zum streitigen Verfahren wesentlich weniger formalisiert und daher flexibler ausgestaltet. Mit wenigen Ausnahmen<sup>183</sup> gilt der Grundsatz der Amtsermittlung, § 26 FamFG, so dass das Gericht nicht auf das Vorbringen der Beteiligten und die angebotenen Beweise beschränkt ist. In reinen Antragsverfahren ist das Gericht zwar grundsätzlich an den gestellten Antrag gebunden, es hat aber gem. § 28 FamFG ggf. verfahrensleitende Hinweise zu geben und auf die Änderung des Antrags zu drängen. Beweise erhebt das Gericht gem. § 29 FamFG in geeigneter Form; es entscheidet gem. § 37 FamFG nach seiner freien, aus dem gesamten Inhalt des Verfahrens gewonnenen Überzeugung. Nur Endentscheidungen trifft das Gericht durch Beschluss, § 38 FamFG, im Übrigen ist es nicht gehindert, Zwischenentscheidungen oder verfahrensleitende Entscheidungen in anderer Form zu treffen. Auch die Endentscheidung wird grundsätzlich nur formell, nicht auch materiell rechtskräftig, § 45 FamFG, was zur Folge hat, dass das Gericht seine Entscheidung unter den Voraussetzungen des § 48 FamFG wieder ändern kann.

Dies alles führt dazu, dass Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit besonders anpassungsfähig sind. Die Vornahme einer Verrichtung bei Anwendbarkeit ausländischen materiellen Rechts kann daher nicht schon deswegen abgelehnt werden, weil diese im deutschen Recht nicht oder nicht so vorkommt. Vielmehr ist die Verrichtung – ähnlich wie Bestimmungen des materiellen Rechts – ggf. funktionell zu qualifizieren und auf das deutsche Verfahrensrecht abzustimmen<sup>184</sup>. Es ist demnach zu fragen, welche Funktion die betreffende Verfahrenshandlung im ausländischen Recht hat, und welche Entsprechung es hierfür im deutschen Recht gibt<sup>185</sup>. Wenn das ausländische Recht z.B. die förmliche Annahmeerklärung der Erbschaft gegenüber dem Nachlassgericht vorsieht, um den Erbschaftsvorgang „zu vollenden“, so kann eine solche Annahme grundsätzlich auch gegenüber einem zuständigen deutschen Gericht erklärt werden, auch wenn das deutsche materielle Recht eine förmliche Annahme nicht zwingend voraussetzt, und das Verfahrensrecht daher, in Anlehnung an die materiellen Vorschriften, nur die Entgegennahme der Ausschlagungserklärung geregelt hat. Weiter spricht per se nichts dagegen, dass das zuständige deutsche Nachlassgericht bei der Errichtung eines nach ausländischem materiellem Recht zur Herbeiführung einer Haftungsbeschränkung vorgesehenen Inventars mitwirkt<sup>186</sup>, denn auch das deutsche Recht kennt die Inventarerrichtung, wenn auch die Inventarerrichtung hiernach nicht der Herbei-

<sup>177</sup> Bahrenfuss-von Milczewski, vor § 98 Rn. 3; Bahrenfuss-Schaal, § 343 Rn. 13 zum Erbscheinsverfahren; Palandt-Thorn, Einl. v. Art. 3 EGBGB Rn. 33 m.w.N.; Prütting/Helms-Hau, vor §§ 98-106 Rn. 37; Prütting/Helms-Fröhler, § 343 Rn. 150; Edenfeld, (Fn. 29), S. 484 zum Erbscheinsverfahren. Weiter: Fetsch (Auslandsvermögen), (Fn. 61), S. 83; Flick/Piltz-Wachter, (Fn. 6), Rn. 332; Kroiß (Zuständigkeit), (Fn. 18), S. 495; Rauscher, (Fn. 8), Rn. 1484f.; Schäuble, (Fn. 26), S. 201; Staudinger-Schilken (2004), § 2369 Rn. 25; Zimmermann, (Fn. 91), Rn. 416.

<sup>178</sup> Hierzu etwa Berenbrok, (Fn. 8), S. 117 mit Nachweisen in Fn. 18.

<sup>179</sup> Austauschbarkeit oder besser: „Gleichwertigkeit“ der Verfahrensarten, s. Berenbrok, (Fn. 8), S. 117 m.w.N.; hierzu auch Kraus, (Fn. 8), S. 27f.

<sup>180</sup> Prütting/Helms-Hau, vor §§ 98-106 Rn. 38. Zu diesem Argument kritisch Berenbrok, (Fn. 8), S. 128f.

<sup>181</sup> A.A. Berenbrok, (Fn. 8), S. 128.

<sup>182</sup> Ausführlich Berenbrok, (Fn. 8), S. 114ff.. S. auch Prütting/Helms-Hau, vor §§ 98-106 Rn. 40ff.; Kopp, (Fn. 15), S. 203f..

<sup>183</sup> Im Erbscheinsverfahren gelten z.T. Besonderheiten, z.B. hinsichtlich Beweismittelbeschränkung, § 2356 BGB, eingeschränkter Amtsermittlungspflicht, § 2358 BGB, sowie Folgen der Unrichtigkeit des erteilten Erbscheins, § 2361 BGB.

<sup>184</sup> Berenbrok, (Fn. 8), S. 137ff..

<sup>185</sup> Kopp, (Fn. 15), S. 103 m.w.N..

<sup>186</sup> Dazu noch unten unter D IV 1.

führung der Haftungsbeschränkung dient, sondern nur dem Erhalt einer Haftungsbeschränkungsmöglichkeit. Die eigenen Verfahrensmöglichkeiten sind demnach nicht „eng und ängstlich“<sup>187</sup> zu verstehen; es gilt, dem fremden Recht zum Durchbruch zu verhelfen.

### 3. „Wesensfremde Tätigkeiten“

An ihre Grenzen stoßen diese Grundsätze möglicherweise dann, wenn ein eng mit dem materiellen Verständnis verwobenes ausländisches Verfahrensrecht Verrichtungen vorsieht, welche dem deutschen Recht „wesensfremd“ sind<sup>188</sup>. Hier stellt sich sogleich die Frage, was „wesensfremd“ bedeutet.

Dies ist nicht bereits dann der Fall, wenn das betreffende ausländische Rechtsinstitut dem deutschen Recht unbekannt ist; vielmehr liegt Wesensfremdheit erst dann vor, wenn der deutsche Richter die vom ausländischen Recht geforderte Tätigkeit mit keinem ihm zur Verfügung stehenden verfahrensrechtlichen Mittel, ggf. auch nach entsprechender Anpassung, umzusetzen vermag<sup>189</sup>. Als „wesensfremd“ werden im Bereich des Nachlassrechts Verrichtungen angeführt, welche eine den Nachlass ordnende, verteilende bzw. konstitutiv zuweisende Funktion beinhalten<sup>190</sup>, weiter solche Entscheidungen, welche dem Richter einen Ermessensspielraum einräumen<sup>191</sup>. Da die Erbschaft nach deutschem Verständnis allen Erben ohne Weiteres anfällt und nicht erst durch Gestaltungsakt, weiter die Abwicklung der Erbschaft nicht zu den Aufgaben des Nachlassgerichts gehört, und schließlich das deutsche Nachlassverfahrensrecht keine Regelungen für die Ermessensausübung des Richters enthalte, fielen die o.g. Verrichtungen aus dem möglichen Spektrum der nachlassgerichtlichen Maßnahmen heraus und könnten daher hier nicht vorgenommen werden. Dies spielt vor allem dann eine Rolle, wenn ein ausländisches Recht zwischen dem Anfall der Erbschaft und dem Erwerb der Nachlassgegenstände noch eine zuweisende oder abwickelnde Tätigkeit des Nachlassgerichts fordert, wie dies z.B. das österreichische Recht durch das Verlassenschaftsverfahren mit anschließender „Einantwortung“ und der anglo-amerikanische Rechtskreis durch die „administration“ vorsehen.

Für solche „wesensfremden“ Verrichtungen wurde bisher unter Geltung des Gleichlaufgrundsatzes regelmäßig bereits eine (Annex-)Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte etwa bei Erteilung eines Fremdrechtserscheins verneint. Die Beteiligten waren daher insoweit zunächst an die Gerichte ihres Heimatlandes zu verweisen, um die „wesensfremde Tätigkeit“ dort vornehmen zu lassen; wo dies deshalb nicht möglich war, weil das Heimatgericht, z.B. mangels Aufenthalt und Nachlassbelegenheit, eine eigene Zuständigkeit ablehnte, wurde mit unterschiedlicher Begründung die Vornahme der ausländischen Verrichtung für nicht notwendig erachtet und ein Erbschein ggf. unter Weglassung derselben erteilt<sup>192</sup>.

### 4. Auswirkungen des FamFG

Die dargestellte Rechtsauffassung ist allerdings vor dem Hintergrund des bisher geltenden Gleichlaufprinzips zu sehen. Unter dessen Geltung waren deutsche Nachlassgerichte bei Vorliegen eines fremden Erbstatuts grundsätzlich gar nicht zuständig. Eine Zuständigkeit konnte sich im Grunde nur aus § 2369 BGB a.F. ergeben, also zur Erteilung eines Fremdrechtserscheins für die in Deutschland belegenen Nachlassgegenstände. Über diese Verrichtung „Erteilung eines Erbscheins“ hinaus lag eine Zuständigkeit folglich nicht vor. Da der Erteilung des Erbscheins allerdings die Feststellung der Erben vorausgeht, und diese wiederum sich ggf. aus einem zu eröffnenden Testament ergeben oder die Erbschaft förmlich annehmen müssen, wurde insoweit eine Art „Annexzuständigkeit“ für solche Verrichtungen angenommen, welche zur Feststellung der Erben gehören, wie Testamentseröffnung, Entgegennahme von Erklärungen usw.<sup>193</sup>. Eine Annexzuständigkeit für „wesensfremde Tätigkeiten“ schied freilich aus.

Mit den Neuregelungen durch das FamFG hat sich die Prämisse für vorstehende Einschränkungen bzw. Annahmen allerdings grundlegend geändert<sup>194</sup>. Nunmehr ist das deutsche Nachlassgericht international nicht mehr nur ausnahmsweise, sondern auch bei Vorliegen eines fremden Erbstatuts ordentlich zuständig. Dies gilt nicht nur für die Erteilung eines Erbscheins, sondern für alle in § 342 FamFG vorgesehenen Nachlasssachen, und zwar auch, soweit sich bei den dem deutschen Recht unbekannt Tätigkeiten nur aufgrund einer funktionellen Qualifikation ergibt, dass es sich hierbei aus deutscher Sicht um eine „Nachlasssache“ handelt. Die Ablehnung der Vornahme einer ausländischen Verrichtung als „wesensfremd“ mit der Begründung, dass es an einer Zuständigkeit fehle, kommt daher m.E. nicht mehr in Betracht. Genauso wenig kann ein deutsches Nachlassgericht bei Anwendbarkeit ausländischen Erbrechts die Vornahme einer fremden Verrichtung einfach mit der Begründung unterlassen, das deutsche Recht kenne eine solche Tätigkeit nicht und setze diese auch nicht voraus, denn damit würde der fremden Rechtsordnung Gewalt angetan<sup>195</sup>. Schon vor dem Hintergrund des internationalen Entscheidungseinklangs sowie der Anerkennungsfähigkeit inländischer Entscheidungen im Ausland ist daher m.E. auch im deutschen Verfahrensrecht dem ausländischen materiellen Recht so weit wie möglich Folge zu leisten<sup>196</sup>.

Zwar wird angeführt, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung der neuen Zuständigkeitsregelungen des FamFG keine Änderung der Behandlung „wesensfremder“ Verrichtungen wollte<sup>197</sup>. Allerdings hat sich der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesbegründung mit dem Thema nicht vertieft auseinandergesetzt. Lediglich in einem Satz wird dort angeführt, dass auch nach den neuen Zuständigkeitsvorschriften die deutschen Gerichte nur insoweit zur Anwendung ausländischen Rechts verpflichtet seien, als ihm dieses keine „wesensfremden“ Tätigkeiten abverlange<sup>198</sup>. Zur Begründung

<sup>187</sup> MünchKommZPO-Rauscher, § 105 FamFG Rn. 40; Staudinger-Dörner (2007), Art. 25 EGBGB Rn. 852 m.w.N..

<sup>188</sup> Vgl. BeckOK EGBGB-S. Lorenz, Art. 25 Rn. 69; Bahrenfuss-Schaal, § 343 Rn. 6, 13; Fröhler, (Fn. 56), S. 186; Prütting/Helms-Fröhler, § 343 Rn. 155; Rauscher, (Fn. 8), Rn. 2096ff.; Süß-Haas, (Fn. 6), § 7 Rn. 28ff.; Wittkowski, (Fn. 22), S. 109. S. aber auch Schaal, (Fn. 11), S. 157f.. Ausführlich Berenbrok, (Fn. 8), S. 140ff..

<sup>189</sup> Berenbrok, (Fn. 8), S. 141 m.w.N..

<sup>190</sup> Rauscher, (Fn. 8), Rn. 2096.

<sup>191</sup> Schaal, (Fn. 11), S. 158.

<sup>192</sup> So etwa für die „Einantwortung“ BayObLG, Beschl. v. 02.02.1995 – 1 ZBR 159/94, MittBayNot 1995, 230 m. Anm. Geimer; LG Kassel, Beschl. v. 26.08.1996 – 3 T 483/96, NJWE-FER 1997, 63 m.w.N.. S. auch Münch-KommZPO-Rauscher, § 105 FamFG Rn. 40; Süß-Haas, (Fn. 6), § 7 Rn. 30; Zimmermann, (Fn. 91), Rn. 406.

<sup>193</sup> S. nur BeckOK EGBGB-S. Lorenz, Art. 25 Rn. 66; Berenbrok, (Fn. 8), S. 211f..

<sup>194</sup> A.A. offenbar MünchKommZPO-Rauscher, § 105 FamFG Rn. 39.

<sup>195</sup> Berenbrok, (Fn. 8), S. 142 m.w.N.. In diesem Sinne auch Geimer in seiner Entscheidungsanmerkung zum Beschluss des BayObLG v. 02.02.1995, MittBayNot 1995, 233

<sup>196</sup> Berenbrok, (Fn. 8), S. 142 m.w.N.. Insoweit ebenso Prütting/Helms-Fröhler, § 343 Rn. 156.

<sup>197</sup> So z.B. Schaal, (Fn. 11), S. 158, ebenso Prütting/Helms-Fröhler, § 343 Rn. 155 (in Fn. 2).

<sup>198</sup> BT-Drucksache 16/6308, S. 221 unten.



wird nur auf eine ältere Kommentarmeinung verwiesen. Mit der Frage, was „Wesensfremdheit“ eigentlich sei, hat sich der Gesetzgeber hingegen nicht beschäftigt. Insbesondere die Untersuchungen von Berenbrok sowie Kopp haben aber deutlich gemacht, dass es „wesensfremde Tätigkeiten“ zumindest im Bereich des Nachlassverfahrens eigentlich gar nicht gibt<sup>199</sup>.

Es spricht daher m.E. viel dafür, die bisherige Meinung zu den „wesensfremden Tätigkeiten“ einer kritischen Überprüfung zu unterziehen<sup>200</sup>. Dies soll – weiter unten<sup>201</sup> – exemplarisch für die österreichische „Einantwortung“ geschehen, da hierzu auch neuere Entscheidungen und Äußerungen im Schrifttum vorliegen<sup>202</sup>.

## II. Problemfelder bei der Testamentseröffnung

### 1. Bestimmung der Verfahrensvorschriften

Nach der hier vertretenen Auffassung wendet ein international zuständiges deutsches Nachlassgericht grundsätzlich seine eigenen Verfahrensvorschriften an. Da es sich bei der Eröffnung einer Verfügung von Todes wegen gem. § 342 Abs. 1 Nr. 3 FamFG um eine Nachlasssache handelt, ist das entsprechende Verfahren, gegebene internationale Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte vorausgesetzt, daher auch dann durchzuführen, wenn das Erbstatut einem ausländischen Recht unterliegt und dieses Recht eine förmliche Eröffnung des Testaments in einem nachlassgerichtlichen Verfahren nicht vorsieht<sup>203</sup>.

In dem dieser Untersuchung vorangestellten Beispielfall hat der Erblasser ein privat-schriftliches Testament hinterlassen. Das Nachlassgericht wird daher eine Testamentseröffnung durchführen und dabei die deutschen Verfahrensvorschriften anwenden. Insoweit könnte nur fraglich sein, welches diese Verfahrensvorschriften sind.

Die bisher im BGB enthaltenen Regelungen zur Testamentseröffnung bzw. Erbvertragseröffnung (§§ 2260 bis 2262, 2264 BGB u.a.) wurden durch das FGG-RG in das FamFG überführt; sie haben dabei keine im vorliegenden Kontext relevanten Änderungen erfahren. Der Gesetzgeber hat mit dieser Maßnahme deutlich gemacht, dass es sich um Verfahrensvorschriften handelt. Die Eröffnung eines Testaments erfolgt daher auch bei ausländischem Erbstatut nach den §§ 348ff. FamFG, also z.B. durch mündliche Bekanntgabe in einem Eröffnungstermin oder durch stille Eröffnung mit anschließender schriftlicher Bekanntgabe.

<sup>199</sup> Berenbrok, (Fn. 8), S. 145ff; Kopp, (Fn. 15), S. 104. Kopp weist zudem zu Recht darauf hin, dass das frühere FGG als einheitliche Verfahrensordnung für alle Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit anzusehen ist, so dass in Nachlassverfahren zur Überwindung einer „Wesensfremdheit“ auch Anleihen in anderen Verfahrensarten gemacht werden können; dies gilt m.E. erst recht für das FamFG.

<sup>200</sup> A.A., ohne nähere Begründung, Althammer, (Fn. 32), S. 386.

<sup>201</sup> Unter D IV 2.

<sup>202</sup> Ausführungen zur „administration“ können im Rahmen dieser Arbeit aus Platzgründen nicht gemacht werden, s. hierzu ausführlich Berenbrok, (Fn. 8), S. 177ff. Nach dieser Auffassung ist auch die Durchführung einer „administration“ dem deutschen Nachlassverfahren nicht wesensfremd, S. 230. Vorzugswürdig ist aus Sicht Berenbroks allerdings die Annahme einer Rückverweisung auf deutsches Nachlassabwicklungsrecht, was eine „administration“ insgesamt entbehrlich macht.

<sup>203</sup> S. nur Staudinger-Schilken (2004), § 2369 Rn. 28 m.w.N.. Nicht problematisiert z.B. bei Kroiß (Verfahren), (Fn. 24), Abschn. C Rn. 26ff..

Es bleiben freilich Zweifelsfragen:

### 2. Ablieferungszwang, § 2259 BGB

Durch die soeben beschriebenen gesetzlichen Änderungen unberührt geblieben ist die Vorschrift des § 2259 BGB, wonach Personen oder Behörden, welche im Besitz eines Testaments sind, dieses unverzüglich nach dem Tode des Erblassers an das Nachlassgericht abzuliefern haben. Da eine Eingliederung in das FamFG nicht erfolgt ist, stellt sich die Frage, ob es sich dennoch um eine Verfahrensvorschrift handelt, welche auch bei ausländischem Erbstatut anwendbar ist, oder um eine materiell-rechtliche Vorschrift, welche nur bei deutschem Erbstatut einschlägig ist.

Richtigerweise wird man der Vorschrift einen Doppelcharakter beimessen müssen. Sie hat insoweit materiell-rechtlichen Gehalt, als sich ihr Anwendungsbefehl unmittelbar an den Testamentsbesitzer richtet. Anders gewendet: die Vorschrift verpflichtet den Testamentsbesitzer unmittelbar, also ohne vorhergehende Tätigkeit des Nachlassgerichts, zur Ablieferung eines Testaments, was nur durch eine materiell-rechtliche, nicht auch durch eine reine Verfahrensvorschrift möglich ist. Andererseits trägt die Norm insoweit verfahrensrechtliche Züge, als das Nachlassgericht ihre Befolgung mit Mitteln des Verfahrensrechts durchsetzen kann, nämlich aufgrund eines Beschlusses gem. § 358 FamFG, welcher die in § 35 FamFG vorgesehenen Zwangsmittel ermöglicht.

Wegen dieses – auch - verfahrensrechtlichen Charakters und vor dem Hintergrund, dass eine im Nachlassverfahren auch bei ausländischem Erbstatut vorgesehene amtswegige Testamentseröffnung nur dann sinnvoll durchgeführt werden kann, wenn das Nachlassgericht die Möglichkeit hat, die Vorlage des Testaments zu erzwingen, gilt § 2259 BGB auch dann, wenn ausländisches Erbrecht anwendbar ist<sup>204</sup>.

### 3. Nochmalige Eröffnung eines bereits eröffneten Testaments?

Nach den bisherigen Zuständigkeitsregelungen war ein deutsches Nachlassgericht nur ausnahmsweise für die Eröffnung eines Testaments nach einem Ausländer zuständig, etwa dann, wenn z.B. aufgrund Rückverweisung deutsches materielles Erbrecht anwendbar war („Gleichlauf“) oder wenn die Erteilung eines Fremdrechtserscheins gem. § 2369 BGB a.F. beantragt wurde. Aufgrund der Neuregelungen im FamFG ist nunmehr allerdings häufig eine ordentliche Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte gegeben. Diese ist gem. § 106 FamFG keine ausschließliche, so dass neben der Zuständigkeit deutscher Gerichte auch die eines ausländischen Gerichts in Betracht kommt. Fraglich ist dann, ob das deutsche Nachlassgericht eine letztwillige Verfügung des Erblassers nochmals eröffnen muss, wenn dies bereits durch das ausländische Gericht geschehen ist.

Für das bis zum 01. September 2009 geltende Recht wurde die Frage verneint<sup>205</sup>. Hieran hat sich m.E. auch durch die neue Rechtslage nichts geändert. IPR-rechtlich handelt es sich wohl um eine Frage der Substitution<sup>206</sup>: wenn eine bestimmte Rechtsordnung zur Herbeiführung materiell-rechtlicher Wirkungen die Einhaltung bestimmter Förmlichkeiten

<sup>204</sup> Wie hier, noch zur Rechtslage vor dem 01.09.2009 sowie ohne nähere Begründung, Graf, (Fn. 18), Rn. 4.43

<sup>205</sup> Graf, (Fn. 18), Rn. 4.34; Riering, (Fn. 20), S. 527; Staudinger-Schilken (2004), § 2369 Rn. 28; Staudinger-Dörner (2007), Art. 25 EGBGB Rn. 843; je m.w.N.

<sup>206</sup> Allgemein zur Substitution Rauscher, (Fn. 8), Rn. 525ff.. S. auch Flick/Piltz-Wachter, (Fn. 6), Rn. 105ff..

verlangt, also z.B. die Mitwirkung bestimmter Amtsträger, die Abgabe einer Erklärung gegenüber einer bestimmten Behörde etc., so ergibt sich das Problem, ob das in einem anderen Land nach den dortigen Verfahrensvorschriften durchgeführte Prozedere geeignet ist, das von der anderen Rechtsordnung vorgesehene Verfahren zu ersetzen. Dies ist dann anzunehmen, wenn die verschiedenen Verfahren als gleichwertig<sup>207</sup> angesehen werden können. Hier spielt z.B. das mit dem Verfahren verfolgte Ziel eine wesentliche Rolle.

Im deutschen Recht etwa wird insoweit als klassisches Beispiel die Frage angeführt, ob eine von einem ausländischen Notar vorgenommene Beurkundung geeignet ist, die nach deutschem materiellem Recht vorgeschriebene Form der notariellen Beurkundung zu ersetzen<sup>208</sup>. Dies hängt unter anderem davon ab, welches Ziel der Gesetzgeber mit einer bestimmten Formvorschrift verbindet. Geht es, wie etwa bei § 311b BGB, um Beweissicherung, Schutz vor Übereilung und vor allem Zwang zur rechtlichen Beratung und Belehrung, und wird dies von einem ausländischen Notar geleistet, so ist dessen Beurkundung gleichwertig. Insoweit spricht nichts dagegen, einen von einem ausländischen Notar über ein deutsches Grundstück beurkundeten Kaufvertrag als formwirksam anzusehen. Anders sieht dies die h.M. etwa bei der Entgegennahme der Auflassungserklärung nach § 925 BGB, bei welcher der Notar gleichsam als vorgeschaltete Instanz in das System der Prüfung und Richtigkeitsgewähr des Grundbuchs eingebunden ist<sup>209</sup>.

Vorliegend geht es also darum, ob die Funktion, welche das deutsche Verfahrensrecht mit der Eröffnung der letztwilligen Verfügungen eines Erblassers verbindet, auch durch ein im ausländischen Recht vorgesehenes und durchgeführtes Verfahren gewährleistet werden kann. Vordergründig geht es bei der Testamentseröffnung zunächst einmal nur darum, die letztwilligen Verfügungen eines Erblassers zu sammeln und deren Inhalt den in Betracht kommenden Beteiligten (wie Erben, Vermächtnisnehmer, Pflichtteilsberechtigte etc.) zur Kenntnis zu bringen. Dies ergibt sich schon daraus, dass grundsätzlich jede letztwillige Verfügung des Erblassers zu eröffnen ist, falls sie sich nur äußerlich oder dem Inhalte nach als eine solche darstellt<sup>210</sup>. Auf die materiell-rechtliche Wirksamkeit des Testaments kommt es in diesem Zusammenhang im deutschen Recht nicht an; diese ist vielmehr ggf. im Erbscheinsverfahren oder in einem streitigen Feststellungsverfahren zu klären.

Tatsächlich hat die Testamentseröffnung aber eine weitergehende Wirkung. Handelt es sich beispielsweise um ein öffentliches Testament, so ist das eröffnete Testament in Verbindung mit der Eröffnungsniederschrift grundsätzlich geeignet, im Grundbuchverfahren den Erbschein als Erbnachweis zu ersetzen, § 35 Abs. 1 S. 2 GBO. Auch darüber hinaus ist es nach Auffassung der Rechtsprechung möglich, dass sich der Erbe im Rechtsverkehr nicht nur durch einen Erbschein, sondern durch eröffnetes, nicht einmal zwangsläufig öffentliches Testament mit Eröffnungsniederschrift le-

gitimiert<sup>211</sup>. Bei der Frage, ob sich diese Wirkungen nur durch die besonderen Verfahrensvorschriften des deutschen Eröffnungsverfahrens rechtfertigen lassen oder ob eine ausländische Eröffnung dies auch gewährleisten und damit als gleichwertig angesehen werden kann, ist auch der mit der Neuregelung im FamFG einhergehende Bedeutungswandel zu berücksichtigen:

nach den bisherigen Vorschriften, § 2260 BGB a.F., war die Regelform der Testamentseröffnung die in Gegenwart der Erben und sonstigen Beteiligten vorgenommene; diese waren daher vom Gericht zum Eröffnungstermin zu laden, § 2260 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. Dadurch war Gelegenheit gegeben, sich über die Gültigkeit des Testaments, die Annahme der Erbschaft und dergl. zu äußern. Über die Eröffnungsverhandlung und die Erklärungen der Beteiligten war eine entsprechende Niederschrift aufzunehmen, § 2260 Abs. 3 S. 1 BGB a.F. Aus einer solchermaßen vorgenommenen Eröffnung kann der Rechtsverkehr unschwer Schlüsse über die Erbenstellung der Beteiligten ziehen. Das FamFG sieht jedoch nunmehr die sog. „stille“ Eröffnung<sup>212</sup>, also die ohne Ladung der Beteiligten, als Regelform an, vgl. § 348 Abs. 1, 2 FamFG. In der unverändert aufzunehmenden Niederschrift des Nachlassgerichts werden demnach keine Feststellungen mehr über die Erklärungen der Beteiligten getroffen. Dennoch sieht das Gesetz ein so eröffnetes Testament nach wie vor als geeignet an, einen Erbschein als Erbnachweis zu ersetzen, denn § 35 GBO wurde nicht geändert. Es bleibt dem Grundbuchamt nur, wie bisher, die Möglichkeit, bei Zweifeln über die Gültigkeit des Testaments auf der Vorlage eines Erbscheins zu bestehen, § 35 Abs. 1 S. 2 2. HS. GBO<sup>213</sup>. Wenn die „stille“ Eröffnung weiterhin grundbuchtauglich ist, wird dies auch im übrigen Rechtsverkehr zu gelten haben<sup>214</sup>.

Eine solche „einfache“ Eröffnung von Testamenten, ohne Feststellungen zur Wirksamkeit eines Testaments oder zu den Erklärungen der Beteiligten, kann ohne Weiteres auch von einem ausländischen Gericht durchgeführt werden. Damit ist die Gleichwertigkeit mit dem deutschen Verfahren gegeben. Ein andernorts eröffnetes Testament ist daher im deutschen Nachlassverfahren grundsätzlich nicht nochmals zu eröffnen.

#### 4. Eröffnung durch ein anderes Gericht, § 344 Abs. 6 FamFG

§ 344 Abs. 6 FamFG normiert eine besondere örtliche Zuständigkeit für die Eröffnung von Verfügungen von Todes wegen für den Fall, dass diese nicht bei dem nach § 343 FamFG allgemein zuständigen Nachlassgericht verwahrt sind. Bei Auslandsberührung des Sachverhalts stellt sich insoweit zunächst die Frage, ob § 344 Abs. 6 FamFG die internationale Zuständigkeit des verwahrenden Nachlassgerichts auch in den Fällen begründen kann, in welchen es an einem allgemein nach § 343 FamFG zuständigen Nachlassgericht fehlt, etwa wenn der ausländische Erblasser im Inland weder Wohnsitz noch Aufenthalt hatte noch Nachlassgegenstände hinterließ.

<sup>207</sup> Vgl. Palandt-Thorn, Einl. v. Art. 3 EGBGB Rn. 31.

<sup>208</sup> Soweit „nur“ die Form in Rede steht, wäre ggf. allein auf das Formstatut abzustellen, Art. 11 EGBGB. Anders ist dies, wenn mit der vorgeschriebenen Form weitergehende Ziele verfolgt werden. Vgl. hierzu Rauscher, (Fn. 8), Rn. 1048ff..

<sup>209</sup> S. nur Palandt-Bassenge, § 925 Rn. 2; ausführlicher Palandt-Thorn, Art. 11 EGBGB Rn. 9ff..

<sup>210</sup> S. nur Graf, (Fn. 18), Rn. 4.30 m.w.N..

<sup>211</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 07.06.2005 – XI ZR 311/04, NJW 2005, 2779. Allgemein zu anderen Erbnachweisen MünchKommBGB-J. Mayer, § 2353 Rn. 4; Palandt-Edenhofer, § 2353 Rn. 9; Staudinger-Schilken (2004), § 2353 Rn. 11.

<sup>212</sup> Bahrenfuss-Wick, § 348 Rn. 3.

<sup>213</sup> Zur Verwendung ausländischer öffentlicher Testamente als Erbnachweis im Grundbuchverfahren allgemein Kaufhold, (Fn. 97), S. 400, sowie Rie-ring, (Fn. 20), S. 528f..

<sup>214</sup> Zur Gleichwertigkeit der „stillen“ Eröffnung mit der im Beisein der Beteiligten erfolgten auch Fröhler, (Fn. 56), S. 189.

Dies ist auf den ersten Blick vergleichbar mit der oben angesprochenen Frage, ob § 344 Abs. 7 FamFG eine Ausschlagungszuständigkeit bei ausländischem Erbstatut begründen kann. Dort wurde die ablehnende Meinung allerdings mit dem ausdrücklichen Verweis des Gesetzes auf die deutschen materiell-rechtlichen Ausschlagungsvorschriften und damit mit der Verwobenheit von Sach- und Verfahrensrecht begründet. Nach der dargestellten Mindermeinung kommt es hierauf nicht an, dafür aber darauf, dass neben dem für die Ausschlagung zuständigen Gericht die ordentliche Zuständigkeit eines anderen deutschen Nachlassgerichts begründet ist.

Im Zusammenhang mit der hier diskutierten Frage ist dies anders zu sehen. Die bloße Testamentseröffnung hat, anders als die Ausschlagung, keine Auswirkung auf die materielle Rechtslage. Es ist daher nicht entscheidend, dass, wie bei der fristgebundenen Ausschlagung gegenüber einem zuständigen Gericht, durch das Verfahrensrecht gewährleistet werden muss, dass die materielle Rechtslage nicht verfälscht wird. Vielmehr ist es so, dass das Verfahrensrecht sicherstellen muss, dass für die Erbfolge (möglicherweise) bedeutsame Dokumente nach dem Erbfall auch bekannt werden. Zwar nimmt § 344 Abs. 6 FamFG ausdrücklich auf § 343 FamFG Bezug, allerdings nur im Sinne einer negativen Abgrenzung. Die besondere Zuständigkeit des verwahrenden Nachlassgerichts ist daher nicht nur dann gegeben, wenn es an einem nach § 343 FamFG zuständigen Nachlassgericht fehlt, sondern auch dann, wenn es überhaupt an einem allgemein zuständigen, inländischen Nachlassgericht fehlt.

Gem. § 350 FamFG hat das eröffnende Gericht das Testament samt Abschrift der Eröffnungsniederschrift dem „Nachlassgericht“ zu übersenden. Da es in dem hier problematisierten Fall an einem zuständigen inländischen Nachlassgericht fehlt, und eine unmittelbare Übersendung an ausländische Nachlassgerichte nicht in Betracht kommt, hat die Übermittlung an die zuständige inländische Auslandsvertretung des Erblassers zu erfolgen.

### III. Problemfelder im Erbscheinsverfahren

#### 1. Bestimmung der Verfahrensvorschriften

Auch im Erbscheinsverfahren besteht zunächst die Schwierigkeit festzustellen, welches die vom deutschen Nachlassgericht zu beachtenden Verfahrensvorschriften sind. Anders als bei den Vorschriften zur Testamentseröffnung hat der Gesetzgeber an den im BGB enthaltenen Bestimmungen über die Erbscheinserteilung nichts geändert, mit Ausnahme des Wegfalls des § 2360 BGB sowie der aus der Neuregelung der internationalen Zuständigkeit sich ergebenden Änderung des § 2369 BGB.

Daraus kann freilich nicht gefolgert werden, dass es sich bei den §§ 2353ff. BGB nicht (mehr) um Verfahrensvorschriften handelt, nur weil diese im BGB belassen wurden<sup>215</sup>. Dies ergibt sich schon daraus, dass etwa in § 2358 BGB weiterhin die beschränkte Amtsermittlungspflicht des Nachlassgerichts geregelt ist und § 2361 BGB unverändert die Einziehung eines unrichtigen Erbscheins zum Gegenstand hat. Beide Normen enthalten ersichtlich fast ausschließlich for-

melle Vorschriften, mit Ausnahme des § 2361 Abs. 1 S. 2 BGB, welcher das Kraftloswerden eines eingezogenen Erbscheins regelt.

Die im BGB enthaltenen Vorschriften über die Erbscheinserteilung sind daher, soweit es sich um formelle Vorschriften handelt, auch im Nachlassverfahren unter Geltung eines ausländischen Erbstatuts anwendbar<sup>216</sup>. Zu diesen formellen Vorschriften gehören das Antragserfordernis gem. § 2353 BGB, die gem. §§ 2354 bis 2357 BGB erforderlichen Angaben und Erklärungen sowie natürlich die bereits genannten Vorschriften über das Erbscheinsverfahren selbst, §§ 2358 bis 2361 BGB. Folge der verfahrensrechtlichen Einordnung der Vorschriften ist unter anderem, dass fehlende oder fehlerhafte Angaben im Erbscheinsantrag nicht zur Unrichtigkeit des Erbscheins mit der Folge von dessen Einziehung führen, sofern der Erbschein trotz des Mangels die bezeugte Erbfolge richtig wiedergibt.

#### 2. Bedeutung des Erbscheins<sup>217</sup>

Für die Beurteilung, wie die Verfahrensvorschriften des deutschen Rechts bei ausländischem Erbstatut anzuwenden sind bzw. welche Angaben der Erbschein selbst enthalten muss, erscheint es zweckmäßig, sich zunächst noch einmal zu vergegenwärtigen, welche Bedeutung und Funktion der Erbschein hat.

##### a) formelle Bedeutung

Gem. § 2353 BGB ist der Erbschein ein auf Antrag erteiltes Zeugnis des Nachlassgerichts über das Erbrecht und die Erbquote. Aus §§ 2363f. BGB ergibt sich weiter, dass der Erbschein Auskunft über bestehende Verfügungsbeschränkungen geben muss, welche sich aus einer angeordneten Nacherbfolge oder durch die Anordnung von Testamentsvollstreckung ergeben können.

Der Erbschein ist damit – formal betrachtet – nichts weiter als eine Bescheinigung des Nachlassgerichts über eine eingetretene Tatsache. Diese Bescheinigung darf allerdings vom Nachlassgericht wegen der weitergehenden materiellen Wirkungen des Erbscheins nur dann erteilt werden, wenn es die zur Begründung des Antrags erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet, § 2359 BGB; diese Feststellung ergeht stets, auch in unstreitigen Fällen, durch anfechtbaren Beschluss, § 352 Abs. 1 FamFG. Der Erbschein an sich stellt hiernach keine (End-)Entscheidung des Gerichts dar, sondern nur der vorangegangene Beschluss; folglich kann der Erbschein selbst auch weder formell noch materiell in Rechtskraft erwachsen<sup>218</sup>.

Die im Erbschein bezeugten Tatsachen müssen im Zeitpunkt der Ausstellung des Erbscheins richtig sein. Wegen der materiellen Folgewirkungen des Erbscheins muss dieser allerdings auch richtig „bleiben“. Ein Erbschein ist daher nicht nur dann als unrichtig einzuziehen, wenn sich herausstellt, dass er bereits bei seiner Ausstellung fehlerbehaftet ist bzw. war, sondern auch dann, wenn eine solche Unrichtigkeit später aufgrund geänderter Tatsachen (z.B. Eintritt der Nacherbfolge, Wegfall der Testamentsvollstreckung, Feststellung der Erbnunwürdigkeit) eintritt.

<sup>215</sup> So z.B. auch *Strübing*, (Fn. 108), S. 185, 187f., ohne jedoch die Anwendbarkeit der Normen überhaupt in Frage zu stellen.

<sup>217</sup> Ausführlich *Scheer*, „Der Erbschein – Erteilung, Einziehung, Änderung“, Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft Bd. 29 (1988), S. 31ff..

<sup>218</sup> *MünchKommBGB-J. Mayer*, § 2353 Rn. 2; *Staudinger-Schilken* (2004), § 2353 Rn. 9.

<sup>215</sup> Zur verfahrensrechtlichen Einordnung vor FamFG vgl. *MünchKommBGB-J. Mayer*, § 2353 Rn. 2.

## b) Materielle Wirkung

Die Tatsache, dass der Erbschein in einem besonderen Verfahren mit Amtsermittlungspflicht des Gerichts und aufgrund eines förmlichen Beschlusses erteilt wird, wonach das Gericht die erforderlichen Umstände für festgestellt erachtet, sowie die Vorschriften über die Einziehung des Erbscheins bei Unrichtigkeit rechtfertigen es, dass der Erbschein mit gewissen materiellen Auswirkungen ausgestattet ist.

So hat der Erbschein gem. § 2365 BGB die Vermutung für sich, dass dem im Erbschein bezeichneten Erben das für ihn angegebene Erbrecht zustehe, und dass der Erbe nicht durch andere als die angegebenen Anordnungen<sup>219</sup> beschränkt sei. Auf der Grundlage dieser Richtigkeitsvermutung baut der in §§ 2366, 2367 BGB geregelte öffentliche Glaube des Erbscheins auf, wonach ein mit dem bezeichneten Erben kontrahierender, von diesem erwerbender oder an ihn leistender Dritter in seinem Vertrauen auf den Erbschein geschützt ist<sup>220</sup>. Fraglich könnte sein, ob dem Erbschein diese materielle Wirkung auch dann zukommt, wenn er auf der Grundlage eines ausländischen Erbrechts erteilt wurde.

Die Pflichtangaben im Erbschein, seine Vermutung der Richtigkeit sowie der darauf aufbauende gute Glaube sind zunächst vor dem Hintergrund des deutschen Erb- und Sachenrechts zu beurteilen. Der öffentliche Glaube des Erbscheins geht ausdrücklich (und selbstverständlich) nur so weit, wie die Vermutung des § 2365 BGB reicht; er bezieht sich also nur auf das bezugte Erbrecht und das Fehlen etwaiger (Verfügungs-)Beschränkungen. Demzufolge schützt § 2366 BGB etwa denjenigen, welcher z.B. guten Glaubens von dem bezeichneten Erben einen Erbschaftsgegenstand erwirbt, aber eben nur, soweit es sich dabei um einen Erbschaftsgegenstand handelt; dieser Schutz bezieht sich folglich nicht darauf, dass der betreffende Gegenstand überhaupt zur Erbschaft, also zum Nachlass gehört. Verfügt der Erbe über einen nicht zum Nachlass gehörenden Gegenstand, so ist der Erwerber insoweit nicht über §§ 2365, 2366 BGB geschützt; sein Schutz richtet sich vielmehr nach anderen Vorschriften, etwa §§ 932ff. BGB<sup>221</sup>.

Gem. §§ 2363, 2364 BGB ist im Erbschein die Anordnung von Nacherbfolge bzw. von Testamentsvollstreckung anzugeben<sup>222</sup>. Die Vermutung der Richtigkeit des Erbscheins erstreckt sich auch auf diese Angaben bzw., richtigerweise, auf deren Fehlen, § 2365 BGB. Die Angabe ist freilich nicht wegen der Tatsache der Anordnung allein erforderlich, sondern wegen der mit der Nacherbfolge bzw. der Testamentsvollstreckung verbundenen Verfügungsbeschränkung des Erben. Ist Nacherbfolge angeordnet, so ist der Erbe gem. §§ 2113 bis 2115 BGB in der Verfügung beschränkt, § 2112 BGB. Ist Testamentsvollstreckung angeordnet, so ergibt sich die Verfügungsbeschränkung aus § 2211 BGB. In beiden Fällen besteht aber gem. §§ 2113 Abs. 3, 2211 Abs. 2 BGB die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs. Die erforderliche Angabe im Erbschein hat demnach den Zweck, bestehende Verfügungsbeschränkungen offenkundig zu machen und so

einen gutgläubigen Erwerb zu verhindern. Mit anderen Worten: der gute Glaube des Erbscheins erstreckt sich nicht positiv<sup>223</sup> auf die Verfügungsbefugnis des Erben, sondern nur negativ<sup>224</sup> auf das Fehlen von erbrechtlichen Beschränkungen, und dies auch nur, soweit sich hieran ein gutgläubiger Erwerb anschließen kann.

Eine solche Verfügungsbeschränkung des Erben kann sich nach deutschem Recht nicht von Gesetzes wegen, sondern nur infolge einer vom Erblasser in einer letztwilligen Verfügung getroffenen Anordnung ergeben. Dass die Anordnung einer Nacherbfolge bzw. von Testamentsvollstreckung eine Verfügungsbeschränkung zur Folge hat, ergibt sich wiederum aus dem deutschen Erbrecht. Mit anderen Worten: die Vorschriften der §§ 2363 bis 2367 BGB sind auf das deutsche Erbrecht zugeschnitten, sie sind ein Musterbeispiel für die Verwobenheit des Verfahrens- mit dem materiellen Recht. Daraus kann freilich nicht ohne Weiteres gefolgert werden, dass die Vermutung der Richtigkeit sowie der öffentliche Glaube des Erbscheins nur bei Geltung deutschen Erbstatuts zur Anwendung kommen könnten. Denn der Erbschein hat die Funktion, dass der Erbe sich und seine Rechtsstellung im Rechtsverkehr leicht und sicher nachweisen kann. Die im Erbschein bezugte Tatsache der Rechtsstellung als Erbe und die Angabe etwaiger erbrechtlicher Verfügungsbeschränkungen ist aber als solche unabhängig von einem deutschen Erbstatut, sie kann sich gerade auch in Anwendung eines anderen Rechts ergeben und entsprechend vom Nachlassgericht bezuget werden. Denn die §§ 2363, 2364 BGB fordern, wie gesehen, eigentlich nicht die Angabe der (deutschen) Nacherbfolge oder (deutschen) Testamentsvollstreckung an sich, sondern dienen der Verlautbarung der daraus resultierenden Verfügungsbeschränkungen des Erben<sup>225</sup>.

Die dem im deutschen Verfahren erteilten Erbschein nach den §§ 2365ff. BGB zugeordnete materielle Funktion kann dieser daher auch dann erfüllen, wenn das Erbstatut einem ausländischen Recht unterliegt<sup>226</sup>, solange er die erforderlichen Angaben enthält. Anders gewendet: sieht das ausländische Recht den genannten deutschen Vorschriften vergleichbare Einschränkungen des Erben mit der Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs vor, so können und müssen diese in den Erbschein aufgenommen werden<sup>227</sup>.

## c) Bedeutung für die Nachlassgläubiger

Wie bereits festgestellt, entscheidet das Erbstatut auch über die Haftung der Erben<sup>228</sup>. Das bedeutet, dass sich nach dem Erbstatut nicht nur entscheidet, wer Erbe des Erblassers geworden ist und ggf. zu welchen Anteilen, sondern auch, ob der Erbe „als solcher“ für die Nachlassverbindlichkeiten haftet. Mit anderen Worten: aus der Rechtsstellung als Erbe folgt nicht ohne Weiteres auch eine Haftung für Nachlassverbind-

<sup>219</sup> Dies bezieht sich auf die gem. §§ 2363, 2364 BGB anzugebende Nacherbfolge bzw. Testamentsvollstreckung.

<sup>220</sup> Zur Vermutungswirkung und zum öffentlichen Glauben s. auch *Scheer*, (Fn. 217), S. 47f..

<sup>221</sup> Vgl. *MünchKommBGB-J. Mayer*, § 2366 Rn. 35ff.; *Staudinger-Schilken* (2004), § 2366 Rn. 20ff..

<sup>222</sup> Ausführlich hierzu *Scheer*, (Fn. 217), S. 33ff..

<sup>223</sup> *Palandt-Edenhofer*, § 2366 Rn. 1.

<sup>224</sup> *Kroiß (Verfahren)*, (Fn. 24), Abschn. F Rn. 2f.; *MünchKommBGB-J. Mayer*, § 2365 Rn. 13f.; vgl. weiter *Staudinger-Schilken* (2004), § 2365 Rn. 9ff..

<sup>225</sup> In diesem Sinne auch *Edenfeld*, (Fn. 29), S. 485.

<sup>226</sup> *Fetsch (Auslandsvermögen)*, (Fn. 61), S. 83; *MünchKommBGB-J. Mayer*, § 2369 Rn. 21.

<sup>227</sup> *Riering*, (Fn. 20), S. 522, 524. Mißverständlich insoweit *Prütting/Helms-Fröhler*, § 343 Rn. 150, wenn er zunächst anführt, dass Verfügungsbeschränkungen nur bei Anordnung von (deutscher?) Nacherbfolge bzw. Testamentsvollstreckung im Erbschein erwähnt werden können, dann aber einen Hinweis auf einen anglo-amerikanischen „executor“ erwägt. S. zur Behandlung der „administration“ bzw. „execution“ im Erbschein auch *Johnen*, (Fn. 29), S. 70f.; *Schaal*, (Fn. 11), S. 160.

<sup>228</sup> Ausführlich z.B. *Kopp*, (Fn. 15), S. 8ff.

lichkeiten, vielmehr wird diese ggf. von der einschlägigen Rechtsordnung angeordnet. Während das deutsche Recht dies in § 1967 BGB tut, sehen andere Rechtsordnungen vor, dass der Erbe grundsätzlich nicht haftet, weil die Nachlassverbindlichkeiten zunächst in einem amtlichen Abwicklungsverfahren geregelt werden<sup>229</sup>; wieder andere Rechtsordnungen ermöglichen dem Erben eine Annahme unter Vorbehalt der Inventarerrichtung mit der Folge einer Haftungsbeschränkung auf den Nachlass bei ordnungsgemäßer Errichtung des Inventars<sup>230</sup>.

Bezogen auf den Erbschein bedeutet dies, dass der im Erbschein bezeichnete Erbe nicht deswegen haftet, weil er im Erbschein genannt ist, sondern nur dann, wenn dies das anwendbare materielle Recht so vorsieht. Den Nachlassgläubigern dient der Erbschein daher als Legitimationspapier zur Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Erben, aber nur wenn und soweit den Erben nach dem zugrunde liegenden Erbstatut auch eine Haftung trifft. Ein mit dem Erbschein verbundener „öffentlicher Glaube“ an die Haftung des Erben entsprechend §§ 2365 bis 2367 BGB besteht nicht; nach § 2366 BGB ist der öffentliche Glaube vielmehr auf den rechtsgeschäftlichen Verkehr beschränkt<sup>231</sup>. Der Gläubiger benötigt den Erbschein wegen der darin bezeugten Erbfolge nur zum Nachweis der Passivlegitimation des Erben<sup>232</sup>.

### 3. „Geltungsbeschränkungsvermerke“ im Erbschein

#### a) Angabe des Erbstatuts

Aus den soeben gemachten Ausführungen folgt, dass im Erbschein in jedem Falle das Erbstatut angegeben werden muss<sup>233</sup>, denn dieses bestimmt u.a. über die Haftung der Erben. Der öffentliche Glaube des Erbscheins gilt zwar nicht im Rahmen der Zwangsvollstreckung. Aus dem bezeugten Erbstatut ergibt sich aber, ob der festgestellte Erbe überhaupt für Nachlassverbindlichkeiten haftet und damit passiv legitimiert ist. Das Erbstatut ist daher nicht nur anzugeben, wenn ausländisches materielles Erbrecht<sup>234</sup> maßgebend ist, sondern nach der hier vertretenen Auffassung auch dann, wenn der Erbschein unter der Geltung deutschen Erbstatuts erteilt wird<sup>235</sup>. Denn bisher war ein deutscher Erbschein auf der Grundlage fremden Erbrechts wegen des Gleichlaufprinzips die sich aus § 2369 BGB a.F. ergebende Ausnahme und schon von seinem Wortlaut her auf das im Inland belegene Vermögen beschränkt, so dass im Übrigen ersichtlich war, dass ein ohne Angabe des Erbstatuts bzw. ohne Beschränkungsvermerk erteilter Erbschein auf der Grundlage deutschen materiellen Rechts ergangen sein musste. Nach dem FamFG besteht allerdings bei Vorliegen eines fremden Erbstatuts nicht mehr nur eine ausnahmsweise und zugleich eingeschränkte Zuständigkeit, sondern eine regelmäßige Weltzuständigkeit deutscher Nachlassgerichte. Darüber hinaus

ist der nach § 2369 BGB zu erteilende Erbschein nicht mehr auf das Vorliegen eines fremden Erbstatuts beschränkt. Eine Annahme, ein ohne die Angabe des maßgeblichen Erbstatuts erteilter Erbschein sei stets auf der Grundlage deutschen Erbrechts erstellt, ist daher nach neuem Recht nicht gerechtfertigt.

Nach einer Meinung ist im Erbschein, jedenfalls bei Geltung eines ausländischen Erbstatuts, auch der Berufungsgrund (also z.B. „kraft Gesetzes / aufgrund Testaments“) anzugeben<sup>236</sup>. Die fehlende Angabe des Berufungsgrundes soll hier nach sogar ein Einziehungsgrund sein. Dem kann allerdings nicht gefolgt werden. Unabhängig vom anwendbaren Erbstatut bezeugt der Erbschein „nur“ das Erbrecht des Erben sowie ggf. seine Erbquote. Dies ist aber das Ergebnis einer bestimmten gesetzlichen oder letztwilligen Anordnung; nur dieses Ergebnis, nicht auch der Weg dorthin wird im Erbschein dokumentiert. Ein Erbschein mit fehlender oder unrichtiger Angabe des Berufungsgrundes unterliegt daher keiner Einziehung<sup>237</sup>.

#### b) Angabe des räumlichen bzw. gegenständlichen Geltungsbereichs

Nach § 2369 BGB in der Fassung des FGG-RG kann ein Erbschein auf Antrag auf die im Inland befindlichen Gegenstände beschränkt werden, wenn zur Erbschaft auch Auslandsvermögen gehört. Im Gegensatz zu dem Erbschein, der auf der Grundlage des § 2369 a.F. erteilt worden war und wegen des Gleichlaufprinzips nur ein Fremdrechtserschein sein konnte, ist der nach der geänderten Fassung der Vorschrift zu erteilende Erbschein unabhängig vom Erbstatut. Mit anderen Worten: bisher hing der gegenständlich beschränkte Erbschein im Sinne der Vorschrift davon ab, welches Erbrecht zur Anwendung kam, nunmehr kommt es nur darauf an, ob Vermögen im Ausland vorhanden ist. Nach dem Wortlaut der Norm kann der gegenständlich beschränkte Erbschein nur erteilt werden bei Vorhandensein von Auslandsvermögen; eine Einschränkung dergestalt, dass der Erbschein immer auf das Inlandsvermögen beschränkt werden kann, ist gerade nicht gemacht. Das Vorhandensein oder Fehlen von Auslandsvermögen lässt sich aber, jedenfalls im Zeitpunkt der Erbscheinsbeantragung, häufig nicht mit Sicherheit klären.

Damit zusammenhängend, ergeben sich zwei Fragen<sup>238</sup>: (1) Ist ein Erbschein, der als gegenständlich beschränkter Erbschein gem. § 2369 BGB erteilt wird, unrichtig und daher einzuziehen, wenn in Wahrheit kein Auslandsvermögen vorhanden ist? (2) Ist ein ohne einschränkenden Vermerk erteilter Erbschein unrichtig und daher einzuziehen, wenn, ggf. sogar in Unkenntnis der Erben, Auslandsvermögen vorhanden ist, welches aber aufgrund gesonderter Anknüpfung einem anderem als dem bezeugten Erbstatut unterliegt?

<sup>229</sup> So die anglo-amerikanische „administration“.

<sup>230</sup> Z.B. das österreichische Recht und viele Länder des romanischen Rechtskreises.

<sup>231</sup> MünchKommBGB-J. Mayer, § 2366 Rn. 10; Palandt-Edenhofer, § 2366 Rn. 2; Staudinger-Schilken (2004), § 2366 Rn. 14.

<sup>232</sup> MünchKommBGB-J. Mayer, § 2366 Rn. 10.

<sup>233</sup> Z.B. „Der Erblasser wurde in Anwendung französischen Erbrechts beerbt von...“.

<sup>234</sup> Zu diesem Fall s. Riering, (Fn. 20), S. 522; Scheer, (Fn. 217), S. 135.

<sup>235</sup> A.A. Wittkowski, (Fn. 22), S. 109 sowie S. 111, der eine Angabe nur bei (vollständiger) Rückverweisung auf deutsches Recht für zweckmäßig, aber nicht für notwendig hält. So wohl auch Geißler, (Fn. 56), S. 161. Ähnlich Johnen, (Fn. 29), S. 72; Zimmermann, (Fn. 91), Rn. 424ff.. Nach Palandt-Edenhofer, § 2369 Rn. 3 soll das Erbstatut auch nur bei einem Fremdrechtserschein anzugeben sein.

<sup>236</sup> Ohne nähere Begründung Staudinger-Dörmer (2007), Art. 25 EGBGB Rn. 880. Ebenso Graf, (Fn. 18), Rn. 2.100, sowie Riering, (Fn. 20), S. 522, je mit Hinweisen auf die Rechtssprechung. In den von Graf vorgeschlagenen Mustern ist allerdings der Berufungsgrund gerade nicht enthalten. Bei reinen Inlandsverhalten sieht Graf den Berufungsgrund grundsätzlich ebenfalls für entbehrlich an, Rn. 4.273. Zweifeln Zimmermann, (Fn. 91), Rn. 426; differenzierend Staudinger-Schilken (2004), § 2353 Rn. 70, ohne eigene Stellungnahme Fetsch (Auslandsvermögen), (Fn. 61), S. 85.

<sup>237</sup> Differenzierter, im Ergebnis aber wie hier Scheer, (Fn. 217), S. 106ff.. Entbehrlich ist der Berufungsgrund auch nach Palandt-Edenhofer, § 2353 Rn. 2.

<sup>238</sup> Zu weiteren Fragestellungen und entsprechenden Antworten s. Schaal, (Fn. 11), S. 155ff..

**(1) Gegenständlich beschränkter Erbschein ohne Auslandsvermögen**

Wie oben ausgeführt, bezeugt der Erbschein nur die Rechtsstellung des Erben, nicht auch das Vorhandensein von Nachlass oder die Zugehörigkeit von bestimmten Gegenständen zum Nachlass. Der Erbschein kann daher nur dann unrichtig im technischen Sinne sein und der Einziehung unterliegen, wenn sich das Vorhandensein oder Fehlen von Auslandsvermögen auf die im Erbschein dargestellte Erbfolge auswirken würde. Dies ist freilich nicht der Fall. Vom Standpunkt des deutschen Rechts mit dem Grundsatz der Nachlassseinheit und mit wenigen Sonderanknüpfungen kann Auslandsvermögen nur „im Ausland“ einem anderen als dem bezeugten Erbstatut unterliegen und nicht die Erbfolge im Inland beeinflussen<sup>239</sup>. Mit anderen Worten: eine andere als die im Erbschein bezeugte Erbfolge kann sich nur im Falle einer Nachlassspaltung aufgrund einer besonderen Anknüpfung an das (ausländische) Belegenheitsrecht für eben dieses Auslandsvermögen ergeben. Da der gegenständlich beschränkte Erbschein gem. § 2369 BGB das Auslandsvermögen jedoch ohnehin ausschließt, ist die in ihm dargestellte Erbfolge davon unberührt und in jedem Falle richtig<sup>240</sup>.

Daraus folgt, dass ein Erbschein immer als auf das Inlandsvermögen beschränkter Erbschein erteilt werden kann, auch wenn kein Auslandsvermögen vorhanden ist<sup>241</sup>. Die tatbestandliche Einschränkung in § 2369 BGB lässt sich nur durch die Entstehungsgeschichte aus § 2369 BGB a.F. erklären<sup>242</sup>. Aufgrund der Änderungen bei der Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte musste auch § 2369 BGB angepasst werden. Dies geschah gleichsam durch „Umkehrung“ des Anwendungsbereichs und insoweit durch Umformulierung des bisherigen Erfordernisses des Vorhandenseins von Inlandsvermögen in das des Bestehens von Auslandsnachlass. Da das Fehlen von Auslandsnachlass aber an der Gültigkeit eines beschränkten Erbscheins nichts ändert, und das Vorhandensein solchen Vermögens nur mit Schwierigkeiten zweifelsfrei feststellbar ist, ist § 2369 BGB teleologisch dahingehend zu reduzieren, dass es auf das Vorhandensein von Auslandsnachlass nicht ankommt; besser würde der in § 2369 BGB geregelte Erbschein daher als „territorial beschränkter“ denn als „gegenständlich beschränkter“ Erbschein bezeichnet<sup>243</sup>. Wird ein solcher ohne Vorhandensein von Auslandsvermögen erteilt, so handelt es sich in Wahrheit um einen in unschädlicher Weise falsch bezeichneten allgemeinen Erbschein.

**(2) Unbeschränkter Erbschein bei (unbekanntem) Auslandsvermögen mit anderem Erbstatut**

Anders sieht dies aus, wenn unbekanntes oder verschwiegenes Auslandsvermögen vorhanden ist, welches einem ande-

ren Erbstatut unterliegt. In diesem Fall kann die für das Auslandsvermögen geltende Erbfolge von der im Erbschein bezeugten Erbfolge abweichen.

Nach dem bisher geltenden Recht war ein deutsches Nachlassgericht für solches Auslandsvermögen gar nicht zuständig. Nach dem Gleichlaufprinzip war eine deutsche internationale Zuständigkeit für die Erbscheinerteilung nur gegeben, wenn und soweit deutsches Erbrecht Anwendung fand, oder gem. § 2369 BGB a.F. für die im Inland belegenen Nachlassgegenstände. Führte hinsichtlich des Auslandsvermögens eine Sonderanknüpfung zur Anwendbarkeit ausländischen Erbrechts, fehlte es daher an einer inländischen Zuständigkeit. Der vom deutschen Nachlassgericht erteilte Erbschein konnte demnach dieses Auslandsvermögen gar nicht erfassen, so dass das Fehlen einer entsprechenden Einschränkung unschädlich war<sup>244</sup>.

Dies hat sich mit der Neuregelung der internationalen Zuständigkeit im FamFG geändert. Nunmehr besteht nicht nur regelmäßig eine Zuständigkeit deutscher Gerichte auch bei fremdem Erbstatut, sondern diese Zuständigkeit ist auch als „Weltzuständigkeit“ ausgelegt mit der Folge, dass auch besonderes Auslandsvermögen erfasst ist. Weicht die für dieses Auslandsvermögen sich aufgrund des maßgeblichen Erbstatuts ergebende Erbfolge von der im Übrigen bezeugten Erbfolge ab, so ist der ohne Einschränkungsvermerk erteilte Erbschein demnach unrichtig und einzuziehen<sup>245</sup>. Insofern könnte erwogen werden, in den Erbschein (stets, also auch ohne Vorhandensein von Auslandsvermögen) einen Beschränkungsvermerk dahin gehend aufzunehmen, dass dieser nicht für solches Auslandsvermögen gilt, welches aufgrund besonderer Anknüpfung einem anderen Erbstatut unterliegt<sup>246</sup>. Eine solche generelle Einschränkung würde freilich die Aussagekraft des Erbscheins in der Praxis eher einschränken, da über die „Reichweite“ des Erbscheins Unsicherheit herrschen würde. Es erscheint daher sinnvoller, bereits im Erbscheinsantrag Angaben über das Fehlen von Auslandsvermögen zu verlangen<sup>247</sup> und dann ggf. einen unbeschränkten Erbschein zu erteilen auf die Gefahr hin, dass dieser sich später als unrichtig herausstellt.

**c) Hinweis auf (künftige) Noterberechtigte?**

Liegt – wie im eingangs geschilderten Beispielfall – ein privatschriftliches Testament des Erblassers vor, so ist durchaus denkbar, dass in diesem die nächsten Angehörigen übergangen und familienfremde Dritte zu Erben eingesetzt sind. Während die Länder des common-law-Rechtskreises im Grunde keine Pflichtteilsrechte in unserem Verständnis kennen<sup>248</sup>, ist in den kontinental-europäischen Rechtsordnungen häufig eine Mindestbeteiligung naher Angehöriger am Nach-

<sup>239</sup> *Fetsch (Auslandsvermögen)*, (Fn. 61), S. 6: rein negative Abgrenzung in Art. 3a Abs. 2 EGBGB.

<sup>240</sup> Davon zu unterscheiden ist der Fall, dass eine (übersehene) Nachlassspaltung auch bezüglich des Inlandsvermögens vorliegt, welche ggf. nicht im Erbschein bezeugt ist. In diesem Fall ist der Erbschein selbstverständlich unrichtig und unterliegt der Einziehung.

<sup>241</sup> A.A. offenbar, ohne nähere Begründung, Palandt-Edenhofer, § 2369 Rn. 1, ebenso Kroiß (*Verfahren*), (Fn. 24), Abschn. F Rn. 2 a.E.; Wittkowski, (Fn. 22), S. 111. Ablehnend wohl auch Bahrenfuss-Schaal, § 343 Rn. 11; anders noch Schaal, (Fn. 11), S. 156.

<sup>242</sup> Vgl. BT-Drucksache 16/6308 S. 348f..

<sup>243</sup> So schon *Johnen*, (Fn. 29), S. 64; ebenso *Zimmermann*, (Fn. 91), Rn. 404. Dies folgt auch daraus, dass eine Beschränkung auf einzelne von mehreren Gegenständen, welche demselben Erbstatut unterliegen, richtiger Auffassung nach unstatthaft ist, vgl. *Fröhler*, (Fn. 56), S. 187. A.A. aber *Schaal*, (Fn. 11), S. 157, zur Frage, ob eine Beschränkung auf einzelne von mehreren Staaten zulässig ist.

<sup>244</sup> Wie hier u.a. *Flick/Piltz-Wachter*, (Fn. 6), Rn. 333 m.w.N. auch zur Gegenmeinung. Dennoch war in diesem Fall ein uneingeschränkt erteilter Erbschein unrichtig im technischen Sinne und daher einzuziehen; vgl. *Scheer*, (Fn. 217), S. 133f.. Vgl. weiter *Fetsch (Auslandsvermögen)*, (Fn. 61), S. 84; *Johnen*, (Fn. 29), S. 72f.; Palandt-Edenhofer, § 2353 Rn. 20, *Riering*, (Fn. 20), S. 521; *Schaal*, (Fn. 11), S. 159; *Zimmermann*, (Fn. 91), Rn. 445.

<sup>245</sup> *Geißler*, (Fn. 56), S. 161; Prütting/Helms-Fröhler, § 343 Rn. 167; *Schaal*, (Fn. 11), S. 159; *Wittkowski*, (Fn. 22), S. 111.

<sup>246</sup> So z.B. *Kroiß (Zuständigkeit)*, (Fn. 18), S. 495; *Wittkowski*, (Fn. 22), S. 111.

<sup>247</sup> *Bahrenfuss-Schaal*, § 343 Rn. 10. In diese Richtung auch schon zuvor *Schaal*, (Fn. 11), S. 159. Beide Möglichkeiten erwägt auch *Geißler*, (Fn. 56), S. 161; dieser scheint aber ebenso die vorgelagerte Angaben im Erbscheinsantrag zu bevorzugen.

<sup>248</sup> Wohl aber eine in das Ermessen des Gerichts im Einzelfall gestellte Beteiligung naher Angehöriger im Rahmen der „family provision“, hierzu z.B. *Süb-Odersky*, (Fn. 6), Länderteil Großbritannien, Rn. 50ff..

lass geregelt<sup>249</sup>. Diese kann, wie im deutschen Recht, als reine schuldrechtliche Beteiligung ohne Einfluss auf die Erbfolge und die Erbquoten ausgestaltet sein. Häufig begegnen, im romanischen Rechtskreis, aber auch sog. „Noterbrechte“, also dingliche Mitberechtigungen am gesamten Nachlass. Bei diesen ist dann wiederum zu differenzieren, ob sie eo ipso zu beachten sind, oder ob sie ggf. erst im Wege einer sog. Herabsetzungsklage geltend gemacht werden müssen. Im letzteren Falle sind häufig recht lange Fristen für die entsprechende Klage vorgesehen<sup>250</sup>.

Im Rahmen des Erbscheinsverfahrens stellt sich dann die Frage, wie (künftige) Noterbrechte zu behandeln sind, wenn diese erst durch Herabsetzungsklage geltend gemacht werden müssen und dies im Zeitpunkt des Erbscheinsantrags zwar noch nicht geschehen, aber mangels Fristablaufs noch möglich ist<sup>251</sup>. Insoweit wird z.B. darauf hingewiesen, dass die erfolgreiche Durchführung einer Herabsetzungsklage dazu führe, dass die bisherige Erbenstellung des Testamentserben nachträglich teilweise ent- und dem Noterben zufalle. Dies sei vergleichbar mit der deutschen Nacherbfolge, namentlich mit der sog. „konstruktiven Nacherbfolge“ bei Wiederverheiratungsklauseln zu Lasten des länger lebenden Ehegatten<sup>252</sup>. Das ausländische Rechtsinstitut der Herabsetzungsklage könne also einer bedingten Nacherbfolge angeglichen und entsprechend im Erbschein aufgeführt werden.

Dem ist entgegen zu halten, dass der Eintritt der Nacherbfolge nicht der einzige Fall im deutschen Recht ist, in welchem die Erbenstellung nachträglich wieder entfallen und einem anderen Erben zufallen kann. Dies ist nämlich auch bei der Erbnunwürdigkeit so, § 2339 BGB. Selbige steht der Herabsetzungsklage im Übrigen auch insoweit näher als die Nacherbfolge, als sie ebenfalls durch Gestaltungsklage geltend zu machen ist, § 2342 BGB<sup>253</sup>.

Entscheidender Gesichtspunkt ist m.E. allerdings folgender: die Besonderheit der Nacherbfolge erschöpft sich ja nicht darin, dass der Vorerbe nur „Erbe auf Zeit“ ist. Dies wird vielmehr durch Regelungen zum Erhalt der Erbschaft für den Nacherben, namentlich durch die Anordnung von Verfügungsbeschränkungen, flankiert. Und nur diese Verfügungsbeschränkungen sind es auch, welche durch den Vermerk der angeordneten Nacherbfolge im Erbschein für den Rechtsverkehr verdeutlicht werden sollen, und zwar wegen der vom Gesetz zugelassenen Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs. Der Erbnunwürdige, welcher einen Erbschein erlangt hat, ist hingegen bis zur Rechtskraft des Erbnunwürdigkeitsurteils voll verfügungsberechtigt; diese Verfügungsbefugnis fällt rückwirkend<sup>254</sup> weg, ein Vertragspartner ist ggf. über § 2366, 2367 BGB geschützt<sup>255</sup>.

Übertragen auf die Herabsetzungsklage bedeutet dies: ist nach dem maßgeblichen ausländischen Erbstatut der gewill-

kürte Erbe bis zur Durchführung der Herabsetzungsklage voll verfügungsberechtigt, so ähnelt seine Rechtsposition eher dem Erbnunwürdigen. In diesem Fall ist dem Testamentserben daher ein unbedingter Erbschein ohne Hinweis auf die Herabsetzungsmöglichkeit zu erteilen; dieser ist dann nach Herabsetzung als unrichtig einzuziehen<sup>256</sup>. Unterliegt der Testamentserbe hingegen nach dem maßgeblichen Erbstatut Verfügungsbeschränkungen zum Schutz des Noterben, so ähnelt dies der deutschen Nacherbfolge. In diesem Fall ist weiter zu differenzieren: kommt, wie im deutschen Recht, ein gutgläubiger Erwerb vom Testamentserben in Betracht, so kann (und muss) die entsprechende Verfügungsbeschränkung im Erbschein vermerkt werden. Scheidet ein gutgläubiger Erwerb hingegen aus, so ist eine Angabe im Erbschein entbehrlich<sup>257</sup>. Der Noterbe ist dann bereits durch die notwendige Angabe des Erbstatuts mit der sich daraus ergebenden Möglichkeit des Vorhandenseins von Noterben und einer absoluten Verfügungsbeschränkung zu deren Gunsten sowie durch die Einziehung des Erbscheins nach Durchführung der Herabsetzungsklage geschützt. Da der (deutsche) Rechtsverkehr mit den Besonderheiten ausländischen Erbrechts freilich nicht vertraut ist, schadet es auch nicht, zur Vermeidung von Missverständnissen im Erbschein auf die rechtliche Situation hinzuweisen<sup>258</sup>.

#### 4. Erbscheinserteilung vor Durchführung eines Nachlass(abwicklungs)verfahrens?

Wie aufgezeigt, ist in manchen Rechtsordnungen vorgesehen, dass der Erbe mit dem Erbanfall nicht in vollem Umfang unmittelbarer Rechtsnachfolger des Erblassers wird, sondern die Nachlassgegenstände erst nach Durchführung einer gerichtlichen Verfahrenshandlung „zuteilt“ erhält. Nach der hier vertretenen Auffassung ist etwa bei einem österreichischen Erblasser für den Erwerb des in Deutschland belegenen beweglichen Nachlasses österreichisches Recht maßgeblich; insoweit stellt sich das Problem des Verlassenschaftsverfahrens. Soweit man im Einzelfall für den englischen oder amerikanischen Erblasser mit letztem „domicile“ in Deutschland bzw. Hinterlassung von Nachlass in Deutschland keine (Rück-)Verweisung auf deutsches Recht annimmt, kommt eine „administration“ des Nachlasses in Betracht. In beiden Fällen gilt dies im Übrigen stets, soweit es sich um im Heimatland des Erblassers belegenes Vermögen handelt, wenn auch für dieses beim deutschen international zuständigen Gericht ein Erbschein beantragt wird.

Die eine sich daraus ergebende Frage, nämlich die, ob eine solchermaßen notwendige Verfahrenshandlung auch von einem international zuständigen deutschen Gericht vorgenommen werden kann, soll weiter unten beantwortet werden<sup>259</sup>. An dieser Stelle soll eine andere Frage erörtert werden, nämlich die, ob dem Erben vor Durchführung der Verfahrenshandlung ein Erbschein erteilt werden kann<sup>260</sup>.

Auch in den Rechtsordnungen, die keinen Von-Selbst-Erwerb kennen, haben die Erben mit dem Erbfall eine Rechtsposition erlangt. Sie erwerben mit dem Erbfall jedenfalls das Recht, die Erbschaft antreten zu können bzw. den Nachlass ausgekehrt zu erhalten. Wenn die Funktion des

<sup>249</sup> Zu den verschiedenen Systemen in Europa s. auch *DNotI-Studie*, (Fn. 5), S. 114.

<sup>250</sup> Bis zu 30 Jahren, so *DNotI-Studie*, (Fn. 5), S. 115, für Belgien.

<sup>251</sup> Vgl. etwa MünchKommBGB-Birk, Art. 25 EGBGB Rn. 346; *Riering*, (Fn. 20), S. 523; Staudinger-Dörner (2007), Art. 25 EGBGB Rn. 885f. Nach Palandt-Edenhofer, § 2369 Rn. 3, soll das dem deutschen Recht unbekannt ausländische Rechtsinstitut „als solches“ im Erbschein angegeben werden.

<sup>252</sup> Z.B. *Fetsch (Auslandsvermögen)*, (Fn. 61), S. 85; *Johnen*, (Fn. 29), S. 69f.; kritisch hierzu: *Riering*, (Fn. 20), S. 524.

<sup>253</sup> Nach Palandt-Edenhofer, § 2342 Rn. 3, liegt allerdings keine Gestaltungsklage, sondern eine Feststellungsklage vor, da die Erbnunwürdigkeit nur deklaratorisch festgestellt werde. Die Gestaltungswirkung liege vielmehr in der Anfechtungserklärung selbst.

<sup>254</sup> S. nur Palandt-Edenhofer, § 2342 Rn. 3.

<sup>255</sup> S. nur Palandt-Edenhofer, § 2344 Rn. 3.

<sup>256</sup> BeckOK EGBGB-S. Lorenz, Art. 25 Rn. 70.

<sup>257</sup> Wie hier wohl auch *Zimmermann*, (Fn. 91), Rn. 427.

<sup>258</sup> Im Ergebnis wie hier *Sonnenberger*, (Fn. 141), S. 174 in Fn. 43.

<sup>259</sup> Am Beispiel der Einantwortung des österreichischen Rechts, unter D IV 2..

<sup>260</sup> Vgl. BeckOK EGBGB-S. Lorenz, Art. 25 Rn. 69.

Erbscheins ausschließlich die wäre, eine solche Rechtsposition „Erbe“ zu bezeugen, wie es der Wortlaut des § 2353 BGB nahe legen könnte, stünde einer Erbscheinserteilung nichts im Wege.

Die ist freilich nicht der Fall. Der Erbschein hat, wie oben dargestellt, darüber hinaus die Funktion, für den Rechtsverkehr auch in gewissem Umfang die Verfügungsbefugnis des Erben zu dokumentieren. Diese Verfügungsbefugnis resultiert nach deutschem Rechtsverständnis aus der Eigentümerstellung des Erben, § 903 BGB, mag diese auch aufgrund letztwilliger Anordnungen, welche dann im Erbschein anzugeben sind, eingeschränkt sein. Mit anderen Worten: erlangt der Erbe mit dem Erbfall nicht auch eine dingliche (Mit-)Berechtigung am Nachlass, sondern geschieht dies erst später nach ausdrücklicher Annahme<sup>261</sup>, einer gerichtlichen Maßnahme oder einem Verfahren, so kann ihm auch erst dann ein Erbschein erteilt werden. Die Rechtsstellung des nach ausländischem Recht Berufenen muss also für die Erbscheinserteilung der deutschen Rechtsstellung „Erbe“ vergleichbar sein. Für die beiden oben genannten Maßnahmen „Verlassenschaftsabhandlung“ in Österreich sowie für die „administration“ des anglo-amerikanischen Rechtskreises soll dies nun noch näher untersucht werden.

#### a) Verlassenschaftsabhandlung und Einantwortung

Untersteht das Erbstatut bzw. der Erbschaftserwerb dem österreichischen Recht, so gilt Folgendes<sup>262</sup>: nach österreichischem Recht erwirbt der Erbe den Nachlass nicht unmittelbar („von selbst“). Der Nachlass wird mit dem Erbfall zunächst „herrenlos“; bis zur Annahme der Erbschaft wird dieser so betrachtet, als würde er noch dem Erblasser gehören; § 547 S. 2 ABGB. Die Annahme der Erbschaft erfolgt durch eine Erbantrittserklärung, § 799 ABGB, § 157 AußStrG, welche zugleich Angaben darüber enthalten muss, ob die Annahme vorbehaltlos oder unter dem Vorbehalt der Inventarerrichtung erfolgt, § 800 ABGB. Vom Zeitpunkt der Annahme an „repräsentiert“ der Erbe den Nachlass, § 547 S. 1 und 2 ABGB, ohne dass er ihm schon gehören würde. Insoweit muss der Erbe erst durch das Verlassenschaftsgericht in den Nachlass „eingantwortet“ werden; erst damit erlangt der Erbe den „rechtlichen Besitz“<sup>263</sup>, § 797 ABGB.

Bezogen auf die obige Fragestellung bedeutet dies: mit dem Erbfall wird der Erbe nach österreichischem Recht noch nicht dinglich am Nachlass berechtigt, wenn ihm nach Erbantrittserklärung auch schon gewisse Verfügungsbefugnisse zustehen, so dass von einer „Anwartschaft“ gesprochen werden könnte<sup>264</sup>. Mangels dinglicher Berechtigung kann dem Erben allerdings vor der „Einantwortung“ kein Erbschein erteilt werden<sup>265</sup>.

#### b) „administration“

Der anglo-amerikanische Rechtskreis kennt die sog. „administration“ des Nachlasses<sup>266</sup>. Es handelt sich dabei um ein geordnetes Verfahren zur Nachlassabwicklung. Damit soll in erster Linie sicher gestellt werden, dass evtl. Nachlassverbindlichkeiten beglichen werden; erst nach Befriedigung der Nachlassgläubiger kann die Erbschaft an die Erben ausgefolgt werden. Die Durchführung der Nachlassabwicklung obliegt einer vom „probate court“ bestellten bzw. bestätigten Person und unter mehr oder weniger starker Aufsicht durch das Gericht. Hat der Erblasser selbst einen solchen Abwickler ernannt, der in diesem Fall „executor“ genannt wird, so wird dieser vom Gericht nur bestätigt. Liegt kein Testament bzw. keine wirksame Benennung eines „executors“ vor, so erfolgt die Bestellung des Abwicklers durch das Gericht; in diesem Fall nennt man den Abwickler „administrator“. „executor“ und „administrator“ sind die sog. „personal representatives“. Im Detail ist zwischen dem englischen und dem US-amerikanischen Recht zu unterscheiden, bei letzterem darüber hinaus auch hinsichtlich der einzelnen Bundesstaaten:

##### (1) Großbritannien<sup>267</sup>

Mit dem Tod des Erblassers geht der Nachlass nicht auf die Erben über, sondern auf den „personal representative“. Dieser erwirbt den sog. „legal title“ am Nachlass, d.h. er wird Inhaber des Nachlasses und kann über diesen verfügen. Die Tatsache, dass die Erben nicht Inhaber des Nachlasses werden, sondern diesen erst nach Abwicklung zugeteilt erhalten, bedeutet freilich nicht, dass diese vorher „rechtlos“ sind. Vielmehr erwerben die Erben mit dem Erbfall den sog. „equitable title“. Im Ergebnis ähnelt die Stellung des „personal representative“ daher einem Treuhänder, welcher den Nachlass treuhänderisch im eigenen Namen hält und für Rechnung der Erben abwickelt<sup>268</sup>.

##### (2) USA<sup>269</sup>

Die Vereinigten Staaten von Amerika sind ein Mehrrechtsstaat. Die Regelung des Erbrechts ist Angelegenheit der einzelnen Bundesstaaten, was dazu führt, dass sich die Vorschriften aufgrund ihrer gemeinsamen Wurzel zwar gleichen, aber nicht vollständig identisch sind. Innerhalb der USA gibt es verschiedene Anstrengungen zur Rechtsvereinheitlichung. Im Bereich des Erbrechts existiert der Uniform Probate Code (UPC), eine Art Einheitserbrecht, welches aber nicht automatisch gilt, sondern von den einzelnen Bundesstaaten umgesetzt werden muss. Dies ist nur in einem kleineren Teil der Bundesstaaten geschehen.

Nach dem UPC geht der gesamte Nachlass unmittelbar auf die Erben über; er untersteht aber dennoch der Verwaltung des „personal representative“. Dieser hat, mit Unterschieden im Detail, dieselben Befugnisse und Aufgaben, wie dies für

<sup>261</sup> Zur Voraussetzung der Erbschaftsannahme vor Erbscheinserteilung s. nur *Fetsch (Auslandsvermögen)*, (Fn. 61), S. 86.

<sup>262</sup> Hierzu bspw. LG Kassel, Beschl. v. 26.08.1996 – 3 T 483/96, NJWE-FER 1997, 63, sowie BayObLG, Beschl. v. 02.02.1995 – 1 ZBR 159/94, Mitt-BayNot 1995, 230, je m.w.N.. Vgl. auch *Perscha/Stögner*, (Fn. 168), S. 375f..

<sup>263</sup> Der Besitz ist hier nicht im deutsche Sinne wie in § 854 BGB, sondern im österreichischen und damit im Sinne „Eigentum“.

<sup>264</sup> Hierzu OLG München, Beschl. v. 05.12.2008 – 33 Wx 266/08, ZEV 2009, 196.

<sup>265</sup> Wie hier *Kopp*, (Fn. 15), S. 99, welche ihre Auffassung weiter mit dem Hinweis auf die fehlende Haftung der Erben vor Einantwortung begründet, § 811 ABGB. Im Ergebnis ebenso *Riering/Bachler*, „Erbvertrag und gemeinschaftliches Testament im deutsch-österreichischen Rechtsverkehr“, DNotZ 1995, S. 580, 597; *Teerstegen*, (Fn. 168), S. 341f., sowie AG Leipzig, Beschl. v. 26.04.2007 – 501 IV 1261/07, zitiert nach *Teerstegen* a.a.O.. Weiter *Staudinger-Dörner* (2007), Anh. zu Art. 25f. EGBGB Rn. 635; Süß-

*Haunschmidt*, (Fn. 6), Länderteil Österreich, Rn. 205; *Zimmermann*, (Fn. 91), Rn. 406, 422. A.A. *Ludwig*, (Fn. 168), S. 424, wegen der von ihm angenommenen Rückverweisung. Nachweise zur Gegenmeinung auch oben Fn. 192. Zum Erfordernis der Einantwortung vor der am 01.10.2005 in Kraft getretenen Änderung des AußStrG sowie der JN s. noch *Johnen*, (Fn. 29), S. 65f.

<sup>266</sup> S. auch *DNotI-Studie*, (Fn. 5), S. 20.

<sup>267</sup> S. *Flick/Piltz-Cornelius*, (Fn. 6), Rn. 556ff; *Kopp*, (Fn. 15), S. 41f.; *Süß-Odersky*, (Fn. 6), Länderteil Großbritannien, Rn. 12 sowie 89ff..

<sup>268</sup> *Kopp*, (Fn. 15), S. 41 mit Nachweis in Fn. 180.



das englische Recht dargestellt wurde. Die Stellung des „personal representative“ ähnelt der eines Testamentsvollstreckers im deutschen Sinne. Nach dem UPC ist allerdings die Durchführung einer „administration“ im Einzelfall entbehrlich.

In den Bundesstaaten, in welchen der UPC nicht gilt, ähnelt die Rechtslage der englischen, wobei z.T. noch zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen unterschieden wird.

Sowohl im englischen als auch im US-amerikanischen Recht sind die Erben demnach bereits mit dem Erbfall mindestens mittelbar am Nachlass berechtigt. Anders als nach österreichischem Recht, wonach der Nachlass zunächst herrenlos wird, erwerben die Erben im anglo-amerikanischen Rechtskreis mindestens den „equitable title“, oft genug aber auch eine endgültige Eigentümerstellung. Allerdings können sie nicht über den Nachlass verfügen; diese Befugnis steht dem „personal representative“ zu. Eine solche Konstellation (Rechtsinhaber mit eingeschränkter oder fehlender Verfügungsbefugnis) ist dem deutschen Erbrecht freilich nicht fremd, sondern entspricht gerade den §§ 2363, 2364 BGB zugrunde liegenden Verhältnissen, so dass den Erben ein Erbschein erteilt werden kann, welcher die entsprechende Verfügungsbeschränkung auszuweisen hat<sup>270</sup>.

#### IV. Weitere ausgewählte Problemfelder

##### 1. Annahme unter Vorbehalt der Inventarerrichtung

In Rechtsordnungen, welche eine unmittelbare und unbeschränkte Haftung der Erben für Nachlassverbindlichkeiten vorsehen, sind regelmäßig auch Möglichkeiten normiert, diese Haftung auf den Nachlass zu beschränken, um einer Haftung mit dem Eigenvermögen zu entgehen. Das deutsche Recht kennt insoweit etwa die Anordnung von Nachlassverwaltung, § 1975 BGB, die Nachlassinsolvenz, §§ 11 Abs. 2 Nr. 2 i.V.m. 315ff. InsO, bzw. die sog. „Dürftigkeitseinrede“, § 1990 BGB. In anderen Ländern kann hingegen eine Haftungsbeschränkung häufig dadurch erreicht werden, dass der Erbe ein förmliches Nachlassinventar errichtet; dies setzt allerdings voraus, dass der Erbe sich bei der Annahme der Erbschaft die Inventarerrichtung vorbehalten hat<sup>271</sup>.

Diesbezüglich ergeben sich zwei Fragestellungen: (1) kann das international zuständige deutsche Nachlassgericht eine Annahme unter Vorbehalt der Inventarerrichtung entgegennehmen sowie ggf. an der Inventarerrichtung mitwirken? (2) ist ein ggf. vor dem deutschen Nachlassgericht errichtetes Inventar geeignet, die Haftungsbeschränkung nach dem ausländischen Erbstatut herbeizuführen?

##### (1) Entgegennahme der Annahme, Inventarerrichtung

Nach deutschem Recht fällt die Erbschaft dem Erben unmittelbar an, vorbehaltlich der Möglichkeit, diese auszuschlagen, §§ 1922, 1945 BGB. Manche Rechtsordnungen sehen hingegen vor, dass der Erbe die Erbschaft zunächst annehmen und, wenn er seine Haftung durch Inventarerrichtung beschränken will, sich bei der Annahme die Errichtung

des Inventars vorbehalten muss. Die Annahme unter Vorbehalt der Inventarerrichtung ist dabei gegenüber dem Nachlassgericht zu erklären.

Nach dem bisher praktizierten Gleichlaufprinzip waren deutsche Gerichte bei Geltung ausländischen Erbstatuts allenfalls zur Erteilung eines Fremdrechtserscheins gem. § 2369 BGB a.F. zuständig; in diesem Zusammenhang wurde dann auch eine Art „Annexzuständigkeit“ für die Entgegennahme der Annahmeerklärung angenommen<sup>272</sup>. Mit der Neuregelung durch das FamFG hat sich dies geändert. Die sachliche (und internationale) Zuständigkeit deutscher Gerichte ergibt sich nunmehr aus den §§ 342ff. (i.V.m. § 105) FamFG. Hiernach sind die deutschen Gerichte u.a. zuständig für die Entgegennahme von Erklärungen, welche nach gesetzlicher Vorschrift dem Nachlassgericht gegenüber abzugeben sind, § 342 Abs. 1 Nr. 5 FamFG, sowie für die sonstigen, durch Gesetz dem Nachlassgericht zugewiesenen Aufgaben, § 342 Abs. 1 Nr. 9 FamFG.

Gem. § 1945 Abs. 1 BGB ist die Ausschlagung der Erbschaft dem Nachlassgericht gegenüber zu erklären. Die Annahme der Erbschaft muss nach deutschem Recht hingegen nicht beim Nachlassgericht erklärt werden. Freilich ist die Annahme der Erbschaft gleichsam das Gegenstück zur Ausschlagung, da nach erfolgter Annahme eine Ausschlagung grundsätzlich nicht mehr möglich ist, § 1943 1. Alt BGB. Zudem haben sich die Erben im Rahmen der Beantragung eines Erbscheins über die Annahme der Erbschaft jedenfalls dann zu erklären, wenn der Antrag nicht durch alle Miterben gestellt wird, § 2357 Abs. 3 S. 1 BGB; im Übrigen gilt spätestens die Antragstellung als Annahme der Erbschaft. Auch nach deutschem Recht ist daher die Entgegennahme der Erbschaftsannahme eine Nachlasssache i.S.d. § 342 Abs. 1 Nr. 5 FamFG. Damit ist auch die Annahmeerklärung unter fremdem Erbstatut als „Nachlasssache“ i.S.d. FamFG zu qualifizieren<sup>273</sup>.

Ebenfalls den Nachlassgerichten bundesrechtlich zugewiesen ist das Verfahren zur Inventarerrichtung. Dies ergibt sich zum einen aus § 1993 BGB, zum anderen aus § 360 FamFG. Damit lässt sich ein nach ausländischem materiellen Recht vorgesehene Inventar aus der Sicht der lex fori ebenfalls problemlos als Nachlasssache i.S.d. § 342 Abs. 1 FamFG ansehen.

Nach der hier vertretenen Auffassung sind demnach die deutschen Nachlassgerichte ggf. auch international grundsätzlich zuständig für die Annahme einer Erbschaft unter dem Vorbehalt der Inventarerrichtung sowie zur Errichtung des Inventars selbst<sup>274</sup>.

##### (2) Wirkung der Inventarerrichtung

Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob ein solchermaßen vor einem deutschen Nachlassgericht bei ausländischem Erbstatut errichtetes Inventar geeignet ist, die nach dem einschlägigen materiellen Erbrecht vorgesehene Wirkung einer Haftungsbeschränkung herbeizuführen<sup>275</sup>. Dies ist letztlich eine Frage der sog. Substitution, allerdings gleichsam im um-

<sup>269</sup> Ausführlich hierzu *Burandt/Pfeiffer*, (Fn. 175), S. 14f.; *Sieglwart*, (Fn. 175), S. 110. Vgl. weiter *Bachler*, (Fn. 141), S. 259ff.

<sup>270</sup> *S. Edenfeld*, (Fn. 29), S. 485; *Johnen*, (Fn. 29), S. 66, *Riering*, (Fn. 20), S. 524. Kritisch, im Ergebnis aber bejahend *Zimmermann*, (Fn. 91), Rn. 405, 422. Speziell für Großbritannien vgl. noch *Süb-Odersky*, (Fn. 6), Länderteil Großbritannien, Rn. 110 und 113.

<sup>271</sup> Zu den verschiedenen Haftungssystematiken vgl. *Kopp*, (Fn. 15), S. 110ff..

<sup>272</sup> S. oben bei B II 2.

<sup>273</sup> S. B III 4 b) (2).

<sup>274</sup> Im Ergebnis ebenso bereits für die bisherige Rechtslage *Kopp*, (Fn. 15), S. 118ff.. Vgl. auch *Berenbrok*, (Fn. 8), S. 119 m.w.N..

<sup>275</sup> Dies ist vergleichbar mit der Frage, ob die vor einem deutschen Nachlassgericht erklärte Ausschlagung unter fremdem Erbstatut wirksam ist; hierzu *Fetsch (Auslandsvermögen)*, (Fn. 61), S. 88f.; *Sonnenberger*, S. 172, S. 174ff..

gekehrten Sinne. Es geht also nicht darum, ob ein ausländisches Verfahren ein im Inland vorgesehenes ersetzen und dessen Wirkungen herbeiführen kann, sondern darum, ob das deutsche Verfahren den Anforderungen des ausländischen Rechts genügt. Es ist also zu fragen, ob die deutsche Inventarerrichtung dem ausländischen Recht gleichwertig ist. Diese Frage ist freilich aus der Sicht des ausländischen Rechts zu beantworten; die Antwort kann dabei, je nach Rechtsordnung, unterschiedlich ausfallen.

Abstrakt betrachtet, also losgelöst von einer bestimmten Rechtsordnung, geht es bei der Erklärung einer Annahme der Erbschaft unter dem Vorbehalt der Inventarerrichtung zunächst darum, bei der Stelle, welche auch für die Feststellung des Erbrechts zuständig ist, den Willen zur Haftungsbeschränkung zu dokumentieren. Mit der förmlichen Inventarerrichtung selbst soll weiter eine faktische (nicht zwingend rechtliche) Vermögenstrennung herbeigeführt werden, um so den Gläubigern einen Überblick über den Nachlass und die Zugriffsmöglichkeiten zu geben. Aus diesem Grund sehen die Rechtsordnungen grundsätzlich vor, dass das Inventar nicht ausschließlich vom Erben „privat“, sondern unter Hinzuziehung einer amtlichen Stelle errichtet wird, z.B. des Nachlassgerichts oder eines Notars. Da auch nach deutschem Recht ein förmliches Verfahren zur Inventarerrichtung unter Mitwirkung einer zuständigen Behörde bzw. des Nachlassgerichts erfolgen muss, §§ 2002, 2003 BGB, erscheint das vor dem deutschen Nachlassgericht errichtete Inventar grundsätzlich geeignet, das ausländische zu ersetzen und so die Haftungsbeschränkung herbeizuführen<sup>276</sup>.

Problematisch ist dies allerdings dann, wenn das ausländische Recht die Mitwirkung einer bestimmten ausländischen Behörde aus einem übergeordneten (öffentlichen) Interesse verlangt, so dass deren Mitwirkung nicht als Formfrage<sup>277</sup>, sondern als nicht substituierbares materielles Wirksamkeitserfordernis anzusehen ist; ähnliche Fragen ergeben sich, wenn die Eintragung der Vorbehaltsannahme bzw. Inventarerrichtung in einem bestimmten Register vorgeschrieben und diese Registrierung als konstitutiv anzusehen ist<sup>278</sup>. Die Problematik ist freilich nur im Einzelfall nach den Regelungen der betroffenen Rechtsordnung klären<sup>279</sup>, wofür im Rahmen dieser Arbeit kein Raum ist. Da darüber hinaus nicht gewährleistet ist, dass eine aus deutscher Sicht wirksame Haftungsbeschränkung durch Inventarerrichtung im Ausland auch anerkannt wird, werden die Beteiligten im Zweifel gut beraten sein, eine entsprechende Verfahrenshandlung vor den nach dem ausländischen Recht vorgesehenen Behörden zu wiederholen.

## 2. Durchführung der Einantwortung<sup>280</sup>

Nach der hier vertretenen Auffassung kann bei der Erteilung eines Erbscheins nach österreichischem Erbstatut auf die

„Einantwortung“ nicht verzichtet werden, soweit es sich nicht um in Deutschland belegene Immobilien handelt. Daraus ergibt sich die Frage, ob die „Einantwortung“ auch von einem deutschen Nachlassgericht durchgeführt werden kann.

### a) Wesensfremdheit?

Aus deutscher verfahrensrechtlicher Sicht ist die Einantwortung, wie oben dargestellt, als Nachlasssache i.S.d. FamFG zu qualifizieren, so dass insoweit keine Gründe gegen die Durchführung durch ein deutsches Nachlassgericht sprechen.

Aus österreichischer Sicht ist das Verlassenschaftsverfahren weder auf österreichische Staatsangehörige noch auf in Österreich belegenen Nachlass beschränkt. Dies ergibt sich zum einen aus § 106 Nr. 2 lit. b) JN, wonach die österreichische Gerichtsbarkeit für Verlassenschaftsabhandlungen auch dann gegeben ist, wenn der Erblasser, ohne Österreicher zu sein, in Österreich seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt hatte und dort bewegliches Vermögen hinterließ. Zum anderen ergibt sich dies aus § 106 Abs. 1 Nr. 3 JN i.V.m. § 143 Abs. 2 AußStrG; hiernach kann unter Umständen eine Verlassenschaftsabhandlung auch für außerhalb Österreichs belegenes Vermögen durchgeführt werden. Im Umkehrschluss ergibt sich daraus m.E., dass das österreichische Recht einer Verlassenschaftsabhandlung nach einem nicht in Österreich lebenden Österreicher durch ein ausländisches Gericht nicht entgegensteht. Fraglich könnte allenfalls sein, ob die internationale Zuständigkeit der österreichischen Gerichte für österreichisches unbewegliches Vermögen gem. § 106 Abs. 1 Nr. 1 JN eine ausschließliche ist, wie dies bis zum 01. Januar 2005 durch § 22 AußStrG in der bis dahin geltenden Fassung vorgesehen war. Aus deutscher Sicht ist dies freilich für das Verfahren unerheblich: zum einen bestimmt § 106 FamFG, dass die deutsche internationale Zuständigkeit in der freiwilligen Gerichtsbarkeit keine ausschließliche ist; zum anderen fehlt umgekehrt eine Norm, welche besagt, dass deutsche Gerichte international nicht zuständig sein sollen, wenn ein ausländisches Gericht seine eigene ausschließliche Zuständigkeit annimmt. Auch von daher steht der Durchführung einer Verlassenschaftsabhandlung durch ein deutsches Gericht also nichts im Wege.

Freilich wurde bisher überwiegend geltend gemacht, das Verlassenschaftsverfahren und die „Einantwortung“ seien dem deutschen Recht „wesensfremd“.

Für eine solche Wesensfremdheit könnte u.a. angeführt werden, dass das Verfahren in Österreich im Wesentlichen nicht durch das Verlassenschaftsgericht, sondern durch Notare als Gerichtskommissäre durchgeführt wird<sup>282</sup>. Dies ist freilich nur eine Frage der funktionellen Zuständigkeit, welche vom deutschen Nachlassgericht ohne Auswirkung auf die Zulässigkeit oder das materielle Ergebnis des Verfahrens in Anwendung der eigenen Vorschriften (*lege fori*) beantwortet wird.

Weiter könnte als Beleg für die Wesensfremdheit angeführt werden, dass im Verlassenschaftsverfahren dem zuständigen Rechtspflegeorgan umfassende Ermittlungspflichten auferlegt sind, etwa zur Feststellung der Erben oder zum Umfang des Nachlasses, § 145 Abs. 2 AußStrG, welche im deut-

<sup>276</sup> Im Ergebnis ebenso, ohne jedoch die Haftungsbeschränkungswirkung eines solchermaßen errichteten Inventars nochmals ausdrücklich zu erwähnen, *Kopp*, (Fn. 15), S. 121.

<sup>277</sup> Wegen des Ausschlusses bereits des Formstatuts bei Ausschlagung nach französischem Recht s. *Sonnenberger*, (Fn. 141), S. 172.

<sup>278</sup> Im deutschen Recht ist dies vergleichbar mit der bereits oben besprochenen Frage, ob die Auflassung eines deutschen Grundstücks nur vor einem deutschen Notar erklärt werden kann.

<sup>279</sup> Eine solche Registrierung ist z.B. im italienischen Recht durch Art. 519 Abs. 1 ItalCC für die Ausschlagung vorgesehen; diese Registrierung soll freilich nicht konstitutiv sein, LG Hagen, *Beschl.* v. 05.11.1996 – 3 T 100/96, NJWE-FER 1997, 236. Ebenfalls nicht konstitutiv soll die Registrierung der Vorbehaltsannahme nach französischem Recht sein, s. *Kopp*, (Fn. 15), S. 117f. m.w.N..

<sup>280</sup> Ausführlich *Kopp*, (Fn. 15), S. 97ff..

<sup>281</sup> Zum Verfahren ausführlich *Perscha/Stögner*, (Fn. 168), S. 377ff., sowie *Süß-Haunschmidt*, (Fn. 6), Länderteil Österreich, Rn. 104ff.. Kurze Zusammenfassung auch bei *Flick/Piltz-Wachter*, (Fn. 6), Rn. 822.

<sup>282</sup> *Bahrenfuss-Schaal*, § 342 Rn. 6.

schen Recht nicht vorgesehen sind. Hierzu ist zunächst festzustellen, dass auch das deutsche Recht die Erbenermittlung und –benachrichtigung kennt, § 342 Abs. 1 Nr. 4 FamFG, wenn auch amtswegig außerhalb von Erbscheinsverfahren nur (noch) durch landesrechtliche Vorschriften<sup>282</sup>. Im Übrigen ist das Nachlassgericht im Rahmen der Amtsermittlung, § 26 FamFG, nicht gehindert, vom ausländischen Recht vorgesehene Ermittlungen anzustellen, auch wenn das deutsche Recht sie nicht fordert.

Als wesensfremd wird weiter angesehen, dass der Erbschein<sup>283</sup> des deutschen Rechts keine konstitutive Wirkung habe wie der österreichische Einantwortungsbeschluss<sup>284</sup>. Hiergegen ist zunächst einzuwenden, dass dem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit konstitutive Entscheidungen durchaus nicht fremd sind. Dies gilt, wenn man das FamFG als einheitliche Verfahrensordnung für alle Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ansieht, zwar vor allem außerhalb der Nachlassverfahren<sup>285</sup>; aber auch das Nachlassgericht kann Entscheidungen treffen, welche zumindest mittelbar konstitutive Wirkung haben, etwa wenn ein Testamentsvollstrecker gem. § 2227 BGB entlassen und dadurch auch die Testamentsvollstreckung als solche beendet wird<sup>286</sup>. Im Übrigen ist die Unterscheidung zwischen deklaratorischer und konstitutiver Wirkung jedenfalls im vorliegenden Zusammenhang eher formaler Natur: auch aus österreichischer Sicht besteht für das Verlassenschaftsgericht grundsätzlich kein Wertungs- oder Entscheidungsspielraum<sup>287</sup>. Ist die Erbfolge festgestellt und hat der Erbe die vom Gesetz vorgesehenen Auflagen erfüllt, muss er in den Nachlass eingewortet werden, § 177 AußStrG. Die Einantwortung wirkt dann zwar konstitutiv, ist aber nicht „Streit entscheidend“; sie ähnelt mehr einer Feststellung als einem gestaltenden Urteil. Das deutsche Nachlassgericht muss ggf. ebenfalls über sich widersprechende Erbscheinsanträge entscheiden. Selbst dann, wenn solche nicht vorliegen, sondern alle Erben „sich einig sind“, darf das Nachlassgericht nicht blind dem Antrag der Beteiligten folgen, sondern den Erbschein nur erteilen, wenn es die erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet, § 2359 BGB. Der Unterschied zwischen dem deutschen und dem österreichischen Recht liegt daher mehr in den rechtstechnischen Folgen der Entscheidung als in dem vorangehenden Verfahren; nur für das Verfahren wird aber eine „Wesensfremdheit“ behauptet.

Als Argument für die „Wesensfremdheit“ wird noch vorgebracht, dass die Einantwortung auch gestaltende Wirkung auf die Erbengemeinschaft und ggf. die Zuordnung der Nachlassgegenstände habe<sup>288</sup>. Dies sei dem deutschen Erbschein ebenfalls nicht vergleichbar. Diese Argumentation vermag aus mehreren Gründen nicht zu überzeugen:

Zunächst ist es unter Geltung des FamFG unzutreffend, das Problem auf die Wirkung des Erbscheins zu reduzieren. Diese Sichtweise erklärt sich aus dem bisherigen Gleichlauf, denn

insoweit bestand für die „Einantwortung“ allenfalls eine Annex-Zuständigkeit im Rahmen eines Fremdrechts-Erbscheinsverfahrens. Nach dem FamFG kann dies so nicht mehr gesehen werden. Zwar ist die Einantwortung unverändert Voraussetzung für die Erteilung eines Erbscheins. Sie ist aber nicht mehr nur untergeordnetes Verfahren für die Feststellung des Erbrechts, sondern hat eigenständige Bedeutung als „Nachlasssache“. Es ist also nicht zu fragen, ob der Erbschein bzw. der zugrunde liegende Feststellungsbeschluss die „Einantwortung“ substituieren kann, sondern es ist zu fragen, ob das Verlassenschaftsverfahren als solches dem deutschen Nachlass- und Teilungsverfahren insgesamt fremd ist. Dabei spricht der Umstand, dass mit der „Einantwortung“ eine Bruchteilsgemeinschaft und keine Gesamthandsgemeinschaft entsteht, nicht für eine Wesensfremdheit<sup>289</sup>. Denn die Ausgestaltung der Erbengemeinschaft richtet sich immer nach dem zugrunde liegenden Erbstatut und hängt nicht von der Entscheidung des Nachlassgerichts über die Feststellung des Erbrechts ab. Mit anderen Worten: auch bei anderen Rechtsordnungen stellt das Nachlassgericht im Erbschein nur das Erbrecht fest und trifft keine Aussage darüber, ob mehrere Erben eine Gesamthand oder eine andere Gemeinschaft bilden.

Schließlich kann auch die Tatsache, dass im Verlassenschaftsverfahren zugleich eine Erbteilung vorgenommen werden kann, nicht als Beleg für die Wesensfremdheit angeführt werden<sup>290</sup>. Denn eine solche Erbteilung erfolgt nur aufgrund freiwilligen Übereinkommens aller Erben und bei deren Einigkeit; die Vereinbarung hat die Wirkung eines vor Gericht abgeschlossenen Vergleichs, § 181 AußStrG. Dies ist ohne Weiteres mit dem im FamFG geregelten Verfahren in Teilungssachen vergleichbar, §§ 363ff. FamFG; eine Wesensfremdheit liegt folglich nicht vor.

Nach der hier vertretenen Auffassung stellt daher das österreichische Verlassenschaftsverfahren mit der Einantwortung keine wesensfremde Tätigkeit dar, welche nicht von deutschen Nachlassgerichten vorgenommen werden könnte<sup>291</sup>.

## b) Wirkung der Einantwortung

Es stellt sich noch die Frage, ob die vom deutschen Nachlassgericht vorgenommene Einantwortung die im österreichischen Recht vorgesehene Wirkung herbeiführen kann. Wie die Ausführungen zur Wesensfremdheit gezeigt haben, sind nach der hier vertretenen Auffassung keine Maßnahmen und Verrichtungen des österreichischen Rechts erkennbar, welche nicht durch ein deutsches Verfahren substituiert werden könnten. Die Einantwortung erfolgt durch Beschluss des Verlassenschaftsgerichts nach Ablauf des formalisierten Verlassenschaftsverfahrens, § 178 AußStrG. Das entsprechend ausgestaltete deutsche Verfahren ist durchaus gleichwertig<sup>292</sup>. Nur, soweit man die österreichische Einantwortungszuständigkeit für in Österreich belegenes unbewegliches Vermögen weiterhin als ausschließliche ansieht, könnten Bedenken bestehen.

<sup>283</sup> Richtigerweise: der vorangehende Feststellungsbeschluss.

<sup>284</sup> MünchKommZPO-Rauscher, § 105 FamFG Rn. 40; Teerstegen, (Fn. 168), S. 340.

<sup>285</sup> Insbesondere in Statussachen, wie bei der Annahme als Kind, in Scheidungssachen etc..

<sup>286</sup> Dies ist nicht die zwangsläufige Folge der Entlassung, kann sich aber je nach Sachverhalt so ergeben.

<sup>287</sup> Außer bei sich widersprechenden Erbantrittserklärungen, wo allerdings zunächst auch auf eine gütliche Einigung hinzuwirken ist, §§ 160, 161 AußStrG.

<sup>288</sup> Teerstegen, (Fn. 168), S. 340.

<sup>289</sup> So aber Teerstegen, (Fn. 168), S. 340 und 342.

<sup>290</sup> So aber Teerstegen, (Fn. 168), S. 340 und 342.

<sup>291</sup> So überzeugend insbesondere Kopp, (Fn. 15), S. 104f.. Wie hier auch Schaal, (Fn. 11), S. 158f.; Staudinger-Dörner (2007), Art. 25 EGBGB Rn. 852; Süß-Haunschmidt, (Fn. 6), Länderteil Österreich, Rn. 207.

<sup>292</sup> Zur Frage der Substitution s. nur Süß-Haunschmidt, (Fn. 6), Länderteil Österreich, Rn. 208.

## E. Zusammenfassung wichtiger Erkenntnisse

1. Bis zum Inkrafttreten des FamFG galt hinsichtlich der internationalen Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte grundsätzlich das „Gleichlaufprinzip“; hiernach waren deutsche Gerichte nur zuständig, wenn auch deutsches materielles Erbrecht maßgeblich war. Nach den Bestimmungen des FamFG besteht die internationale Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte unabhängig vom Erbstatut; sie richtet sich nach der örtlichen.
2. Der Gleichlauf zwischen materiellem und formellem Recht ist grundsätzlich geeignet, den internationalen Entscheidungseinklang zu fördern; dies dient auch der Rechtssicherheit durch Vermeidung der Nachlassspaltung. Das künftige Europäische Recht sieht durch eine übereinstimmende Anknüpfung sowohl der internationalen Zuständigkeit als auch des materiellen Erbrechts an den letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers wieder einen Gleichlauf vor.
3. Deutsche Nachlassgerichte wenden auch unter Geltung eines ausländischen Erbstatuts grundsätzlich ihre eigenen Verfahrensvorschriften an. Unbekannte Rechtsinstitute oder Verfahren des ausländischen Rechts sind durch Anpassung (Angleichung) so weit wie möglich in deutsches Recht umzusetzen und mit den Mitteln des deutschen formellen Rechts zu verwirklichen.
4. Die Erteilung eines Erbscheins setzt voraus, dass der Erbe bereits eine dingliche Mitberechtigung am Nachlass erhalten hat. Dies ist z.B. im österreichischen Recht erst nach Durchführung eines Verlassenschaftsverfahrens mit „Einantwortung“ der Fall. Andererseits kann ein Erbschein unabhängig von einer anglo-amerikanischen „administration“ erteilt werden.
5. Die Annahme unter Vorbehalt der Inventarerrichtung nach ausländischem Erbstatut kann auch gegenüber einem deutschen Nachlassgericht erklärt und ein entsprechendes Inventar vor einer deutschen Behörde errichtet werden. Im Einzelfall kann es allerdings sein, dass damit nicht alle von der ausländischen Rechtsordnung vorgeschriebenen materiellen Wirksamkeitsvoraussetzungen der Haftungsbeschränkung ersetzt werden können, so dass die Maßnahme vor der Heimatbehörde zu wiederholen ist.
6. Es gibt grundsätzlich keine Tätigkeiten des ausländischen Rechts, welche dem deutschen Nachlassverfahren „wesensfremd“ und daher zu unterlassen sind. Namentlich stellt eine notwendige „Einantwortung“ keine „wesensfremde Tätigkeit“ dar; sie kann und muss daher vom deutschen Nachlassgericht vorgenommen werden.

## Anmerkungen zu Kadel, „Die Umwandlung eines Einzelunternehmens in eine UG (haftungsbeschränkt) bzw. GmbH“

abgedruckt in BWNotZ 2010 Seite 46 ff.:

(von Dr. Norbert Eberle, Notar, Achern)

Kadel behandelt in seinem Aufsatz „Die Umwandlung eines Einzelunternehmens in eine UG (haftungsbeschränkt) bzw. GmbH“, abgedruckt in BWNotZ 2010 Seite 46 ff., unterschiedliche Möglichkeiten der Überleitung von Einzelunternehmen in eine GmbH.

Seit Inkrafttreten des MoMiG wünschen überleitungswillige Einzelunternehmer und sie beratende Steuerberater vermehrt Gestaltungsvarianten, die auch nach dem reformierten GmbH-Recht unter dem Gesichtspunkt der verdeckten Sacheinlage nicht umsetzbar sind.

Hierzu zählen die von Kadel vorgestellten Modelle der Veräußerung und Verpachtung des Einzelunternehmens an die mit Barmitteln gegründete GmbH.

Dieser nach Inkrafttreten des MoMiG feststellbare erhöhte Erwartungsdruck aus den betroffenen Rechtskreisen nach die Sachgründungsvorschriften des GmbHG vermeidenden, einfachen und kostengünstigen Gestaltungsvarianten scheint durch eine Überschätzung der durch die GmbH-Reform bewirkten Änderungen verursacht zu sein.

Bekanntermaßen hat der Reformgesetzgeber zwar gegen die bis dahin gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung bestimmt, dass Verträge über verdeckte Sacheinlagen und Rechtshandlungen zu deren Ausführung nicht unwirksam sind und der Wert des eingebrachten Vermögensgegenstandes nach Eintragung der GmbH auf die vereinbarte Geldeinlage angerechnet wird (§ 19 Abs. 4 Satz 2 bis 5 GmbHG). Da-

gegen hat der Reformgesetzgeber die von der Rechtsprechung entwickelten Tatbestandsvoraussetzungen der verdeckten Sacheinlage inhaltlich unverändert in § 19 Abs. 4 Satz 1 GmbHG übernommen.

Durchaus kann man mit Kadel die GmbH-Reform insoweit als „radikalen Kurswechsel“ bewerten. Festzuhalten bleibt jedoch, dass das von ihm vorgestellte Veräußerungsmodell gesetzeswidrig ist und damit als Gestaltungsmöglichkeit für die Überleitung eines Einzelunternehmens in eine GmbH nicht in Betracht kommt. Zutreffend lehnt auch Kadel das Veräußerungsmodell ab. Diesen Standpunkt hätte er deutlicher zum Ausdruck bringen können. Es führt leicht zu Missverständnissen, wenn er im Hinblick auf das in § 19 Abs. 4 Satz 2 bis 5 GmbHG geregelte Anrechnungsmodell zwar im Konjunktiv aber dennoch „quasi fast von einer Legalisierung“ des Veräußerungsmodells spricht, was wiederum die Erwartung nahelegen mag, man könne künftig „unproblematisch mit diesem Veräußerungsmodell (..) arbeiten“. Anstelle von rechtstat-sächlichen Erwägungen zum staatsanwaltlichen Umgang mit § 82 GmbHG hätte ein Hinweis auf die wirtschaftlichen Risiken, die mit der Anrechnung für den einbringenden Gesellschafter verbundenen sind, erwartet werden können. Die von Kadel zutreffend geschilderten Schwierigkeiten der im Rahmen von Sachgründungen zu erbringenden Wertnachweise holen den einbringenden Gesellschafter, der Jahre später gemäß § 19 Abs. 4 Satz 5 GmbHG die Beweislast für die Werthaltigkeit des von ihm verdeckt eingebrachten Vermö-

gensgegenstandes trägt, in verstärktem Maße ein. Je länger der Einbringungsprozess zurück liegt, desto schwieriger wird der einbringende Gesellschafter die Werthaltigkeit des von ihm verdeckt eingebrachten Vermögensgegenstandes beweisen können.

In dem von Kadel dargestellten Veräußerungsmodell werden somit Probleme des Werthaltigkeitsnachweises nicht gelöst. Diese werden nur verschoben und damit deutlich verschärft.

Im Folgenden sollen die von Kadel vorgestellten Überleitungsmodelle der entgeltlichen Veräußerung und der Verpachtung des Einzelunternehmens an die neu gegründete GmbH unter dem Gesichtspunkt der verdeckten Sacheinlage kritisiert werden.

### **entgeltliche Übertragung (Veräußerungsmodell)**

Im Grundfall des Modells der entgeltlichen Übertragung gründet der Einzelunternehmer im Wege der Bargründung eine Ein-Mann-GmbH und verkauft sodann sein Einzelunternehmen an die GmbH.

Der darin liegende Verstoß gegen die Regeln der Kapitalaufbringung ist unzweifelhaft.<sup>1</sup>

Hieran ändert sich auch dann nichts, wenn man im Falle der Einbringung eines Einzelunternehmens mit Aktiven und Passiven mit Ulmer<sup>2</sup> in dem Umstand der Übernahme von Verbindlichkeiten des einbringenden Einzelunternehmers durch die GmbH eine gemischte Sacheinlage sähe. Die ganz herrschende Meinung wendet die Regeln zur verdeckten Sacheinlage auch auf die gemischte Sacheinlage - unteilbare Leistung vorausgesetzt - an.<sup>3</sup>

Abzulehnen ist dieses Veräußerungsmodell auch dann, wenn anstelle der Kaufpreiszahlung ein Gesellschafterdarlehen vereinbart werden soll. Dies erhellt sich bereits aus dem Umstand, dass die GmbH das ihr von dem Gesellschafter gewährte Darlehen zu einem späteren Zeitpunkt zurückzahlen soll und im Falle der Rückzahlung unter dem Gesichtspunkt der verdeckten Sacheinlage kein Unterschied zur entgeltlichen Übertragung mit sofortiger Zahlung besteht. Die Probleme wären damit wiederum nur auf einen späteren Zeitpunkt verschoben. Selbst wenn man den Gesichtspunkt, dass das Darlehen einmal zurückbezahlt werden soll, vernachlässigt, scheidet das Veräußerungsmodell mit Darlehensgewährung als Gestaltungsmöglichkeit für die Praxis aus. Derzeit noch nicht geklärt ist nämlich die Frage, ob eine verdeckte Sacheinlage den tatsächlichen Rückfluss der geleisteten Geldeinlage an den einbringenden Gesellschafter voraussetzt oder die Begründung der Darlehensforderung des Einbringenden ausreicht.<sup>4</sup>

### **Verpachtungsmodell**

Im Grundfall des Verpachtungsmodells gründet der Einzelunternehmer im Wege der Bargründung eine Ein-Mann-GmbH und verpachtet sodann sein Einzelunternehmen an die GmbH.

Widersprochen werden muss ebenfalls der nicht näher begründeten Einschätzung Kadels, wonach durch die Reformierung des GmbH-Rechts bisherige aus Gründen der verdeckten Sacheinlage gegen das Verpachtungsmodell bestehende Bedenken ausgeräumt seien.

Nach überwiegender Ansicht kann die Gebrauchsüberlassung notwendiger Betriebsgrundlagen einen sacheinlagefähigen Gegenstand darstellen. In den von Kadel behandelten Fällen der dauerhaften Verpachtung von notwendigen Betriebsgrundlagen ist meines Erachtens die Sacheinlagefähigkeit zu bejahen, da in diesen Fällen der wirtschaftliche Wert der Gebrauchsüberlassung stets feststellbar sein wird.<sup>5</sup>

Gegen die Annahme der verdeckten Sacheinlage spricht auch nicht der Umstand, dass die geleistete Geldeinlage nicht sofort in voller Höhe, sondern in Form des Pachtzinses in geringeren Teilbeträgen an den einbringenden Gesellschafter zurückfließt.<sup>6</sup>

Nach dem Wortlaut des § 19 Abs. 4 Satz 1 ist der Tatbestand der verdeckten Sacheinlage erfüllt, wenn eine Geldeinlage „vollständig oder teilweise als Sacheinlage zu bewerten“ ist.

Festzuhalten bleibt, dass zumindest nach überwiegender Ansicht in Rechtsprechung und Literatur die von Kadel vorgestellten Modelle der Bargründung einer GmbH mit anschließender Veräußerung oder Verpachtung des Einzelunternehmens an die GmbH auch nach der GmbH-Reform den Tatbestand der verdeckten Sacheinlage erfüllen und damit für die notarielle Praxis ausscheiden.

<sup>1</sup> Die Geldleistung des einbringenden Gesellschafters gleicht dem in einer frühen Entscheidung des BGH vom 10.11.1958, II ZR 3/57, geprägten Bild von „einem geworfenen Ball, der an einem Gummiband hängt und wieder zurückschnellt.“

<sup>2</sup> Ulmer in GroßKomm. GmbHG, 2006, § 5 Rn. 118

<sup>3</sup> beispielhaft BGH Z 170/47; 173/145; BGH Urt. v. 18.02.2008 II ZR 132/06 (Rheinmöve)

<sup>4</sup> vergl. eingehend hierzu Benz, Verdeckte Sacheinlage und Einlagenrückzahlung im reformierten GmbH-Recht (MoMiG), 2010, S. 22 ff. mit weiteren Nachweisen. Benz kommt mit überzeugender Begründung zu dem Ergebnis, dass mit der Begründung der Darlehensforderung des Einbringenden eine verdeckte Sacheinlage gegeben ist.

Nach Auffassung des BGH braucht ein Einlagerückfluss nicht vereinbart werden. Hinreichend ist bereits „die Verabredung eines darauf hinauslaufenden Geschäfts“ (BGH, Urt. v. 7.7.2003 – II ZR 235/01, zit. nach Benz a.a.O.).

<sup>5</sup> Hueck/Fastrich in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 2010, § 5 Rn. 25, mit weiteren Nachweisen

<sup>6</sup> In der allgemein gebräuchlichen Terminologie werden derartige Einlagen als Mischeinlagen bezeichnet, beispielhaft Bayer in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 2009, § 5 Rn. 42.

## Rechtsprechung

### BGB §§ 280, 611, 675, 1903

1. **Zur dinglichen Wirksamkeit und schuldrechtlichen Beständigkeit einer im Wege des Insichgeschäfts in Ausübung einer General-/Vorsorgevollmacht vollzogenen schenkweisen Übereignung eines im Eigentum des Vollmachtgebers stehenden Grundstücks an die Vollmachtnehmer.**
2. **Zur Haftung des Rechtsanwalts für Fehler bei der Beratung der Vollmachtnehmer über die mit der Durchführung eines solchen Geschäfts verbundenen rechtlichen Risiken.**

OLG Stuttgart, Urteil vom 04.05.2010 – 12 U 178/09

#### Aus den Gründen:

I.

Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Der Klägerin stehen die geltend gemachten Ansprüche aus §§ 280 Abs. 1, 611, 675 BGB zu.

1.

Die Beklagte war vertraglich verpflichtet, die Klägerin über die rechtlichen Risiken zu belehren und aufzuklären, die mit der schenkweisen Übertragung des Grundstücks auf sie und ihren Sohn verbunden waren. Dieser Verpflichtung hat die Beklagte nicht genügt.

a) Solche Risiken lagen darin, dass es der erfolgten schenkweisen Übertragung des Grundstücks gegenüber der Mutter der Klägerin an rechtlicher Beständigkeit fehlte, weil Schenkung und Übereignung möglicherweise von vornherein unwirksam waren, jedenfalls aber, weil die Übertragung schuldrechtliche Rückübertragungsansprüche von Frau Hxxx auslöste und von Anfang an die Gefahr bestand, dass diese später geltend gemacht würden.

aa) Schenkung und dingliche Übereignung des Grundstücks waren unwirksam, sollte in der Grundstücksübertragung ein Handeln der Klägerin und ihres Sohnes wider das Innenverhältnis gelegen und dieses Handeln einen Missbrauch der Vertretungsmacht (vgl. Staudinger/Schilken, BGB, 2009, § 167 Rn. 91 ff.) dargestellt haben. Das kam zumindest ernsthaft in Betracht.

(1) Ein Verstoß der Bevollmächtigten gegen ihre Pflichtbindung aus dem Auftragsverhältnis, das Frau Hxxx gegenüber bestand, lag jedenfalls vor, sollte im Zeitpunkt der Übertragung der Vorsorgefall nicht eingetreten gewesen sein, sollten Betreuungsbedürftigkeit bzw. Geschäftsunfähigkeit der Vollmachtgeberin also nicht vorgelegen haben.

(a) Die General-/Vorsorgevollmacht vom 13.11.2003 war zwar im Außenverhältnis unbeschränkt. Ihr lag jedoch im Innenverhältnis zwischen den Vollmachtnehmern und der Vollmachtgeberin ein Auftrag zugrunde. Ausfertigungen der Vollmacht wurden den Bevollmächtigten ausweislich der Vollmachtsurkunde sogleich nach der Beurkundung am 13.11.2003 ausgehändigt. Das darin liegende Angebot von Frau Hxxx zum Abschluss des Auftrags nahmen die Klägerin und ihr Sohn mit Entgegennahme der Urkunden stillschweigend an.

(b) In diesem Innenverhältnis war den Bevollmächtigten die Weisung erteilt, von der Vollmacht erst mit Eintritt des Vorsorgefalles Gebrauch zu machen (vgl. zur unbedingten Vollmachtserteilung mit interner Weisung etwa Müller, DNotZ 1997, 100, 111 f.; Bühler, FamRZ 2001, 1585, 1592; Keilbach, FamRZ 2003, 969, 981; ferner z. B. Perau, MittRhNotK 1996, 285, 297 ff.; Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 22. Aufl., § 96 Rn. 33), sonst lediglich für den Fall, dass Frau Hxxx dazu einen „besonderen Auftrag“ erteilt hatte. Allein ein solches Verständnis entspricht einer beiderseits interessengerechten Auslegung (vgl. z. B. BGH, NJW 2010, 146, 147 m. w. N.) der von

der Vollmachtgeberin abgegebenen Erklärungen. Zwar soll nach dem Wortlaut der Vollmachtsurkunde der Gebrauch der Vollmacht im Innenverhältnis stets von einem besonderen Auftrag des Vollmachtgebers abhängig sein. Bei einem wörtlichen Verständnis dieser Maßgabe würde jedoch der Zweck der erteilten Vollmacht weithin verfehlt, weil dann ein Rückgriff auf sie gerade im Vorsorgefall, in dem der Vollmachtgeber einen „besonderen Auftrag“ regelmäßig nicht erteilen kann, ausgeschlossen wäre.

(c) Jedenfalls für den Fall, dass zum Zeitpunkt der Grundstücksübertragung der Vorsorgefall nicht eingetreten war, Geschäftsunfähigkeit bzw. Betreuungsbedürftigkeit von Frau Hxxx also nicht vorlagen, bedurften die Bevollmächtigten, um zur Vornahme des Geschäfts befugt zu sein, demnach eines besonderen Auftrags der Mutter der Klägerin. Dieser war ihnen jedoch unstrittig nicht erteilt.

(2) Bei interessengerechter Auslegung des ihnen erteilten Auftrags waren die Vollmachtnehmer ferner verpflichtet, von der Vollmacht allein im wohlverstandenen Interesse von Frau Hxxx Gebrauch zu machen. In der Grundstücksübertragung konnte demnach schon deshalb ein Verstoß gegen bindende Vorgaben des Innenverhältnisses liegen, weil von Anfang an zumindest erhebliche Zweifel daran bestanden, ob die Übertragung zur „Existenzsicherung“ von Frau Hxxx überhaupt in deren Interesse lag. Das Ziel, sie vor vermögensschädigendem Verhalten zu ihrem eigenen Schutz zu bewahren, rechtfertigte es nicht ohne weiteres, ihr das Eigentum an dem betroffenen Grundstück zu entziehen, auch wenn ihr daran zugleich ein lebenslangliches unentgeltliches Nießbrauchsrecht eingeräumt wurde. Zum einen kam ein solches Vorgehen mit dem Ziel, Vermögensverschleuderungen zu vermeiden, allenfalls nach Eintritt des Vorsorgefalles in Betracht; dann aber war eine Übertragung des Grundstücks durch Frau Hxxx, zumindest falls sie zugleich geschäftsunfähig war, schon aus rechtlichen Gründen nicht mehr möglich. Zum anderen bestand, sollte der Vorsorgefall eingetreten gewesen sein, jedenfalls die Möglichkeit, zum Schutz der Mutter eine Betreuung, ggf. mit Einwilligungsvorbehalt nach § 1903 BGB, anzuordnen, was einen Entzug von Vermögensgegenständen entbehrlich gemacht hätte. Dass die erfolgte Grundstücksübertragung für Frau Hxxx nicht nachteilig gewesen sei, trifft entgegen der Auffassung der Berufung schon deshalb nicht zu, weil ihr dadurch die Möglichkeit genommen war, über das Grundstück von Todes wegen zu verfügen.

(3) Ein in der schenkweisen Übertragung liegender Verstoß gegen das Innenverhältnis hätte sich auch auf den Bestand der Vollmacht ausgewirkt, weil darin ein Missbrauch der Vertretungsmacht gelegen hätte. Hierfür ist auf Seiten des Vertreters lediglich eine objektive Zuwiderhandlung gegen die Pflichtbindung im Innenverhältnis erforderlich, auf subjektive Voraussetzungen, insbesondere auf Vorsatz, Kenntnis, fahrlässige Unkenntnis des Vertreters, oder Evidenz des Verstoßes gegen das Innenverhältnis kommt es nicht an (vgl. BGH, NJW 2006, 2776; OLG Stuttgart, NZG 1999, 1009, 1010 m. Anm. Michalski/Arends, NZG 1999, 1011; Staudinger/Schilken, a.a.O., § 167 Rn. 95). Entsprechendes gilt für die Vornahme eines Insichgeschäfts (§ 181 BGB), an dem allein der oder die Vertreter, nicht aber außenstehende Partner des Rechtsgeschäfts beteiligt sind, und für das folglich ein Verkehrsschutz ausscheidet (vgl. auch BGH, NJW 2002, 1488; Staudinger/Schilken, a.a.O., § 167 Rn. 93). Ob für die Klägerin oder ihren Sohn erkennbar war, dass sie wider das bestehende Auftragsverhältnis handelten, ob sie insbesondere davon ausgehen durften, der Vorsorgefall sei zum Zeitpunkt der Grundstücksübertragung eingetreten gewesen, war hier demnach unerheblich.

bb) Die erfolgte Grundstücksübertragung war rechtlich jedoch selbst für den Fall nicht auf Dauer beständig, dass Schenkung und Übereignung des Grundstücks wirksam gewesen sein sollten. Die Übertragung löste vielmehr jedenfalls schuldrechtliche Rückübertragungsansprüche von Frau Hxxx gegen die Klägerin und deren Sohn aus. Da die Vollmachtnehmer aufgrund ihrer

Pflichtbindung aus dem Auftragsverhältnis zum Gebrauch der Vollmacht lediglich im wohlverstandenen Interesse der Vollmachtgeberin befugt waren, durften sie das Grundstück nicht endgültig wirtschaftlich in ihr Vermögen überführen, sondern waren zur Übertragung allenfalls unter Wahrung einer treuhänderischen Bindung gegenüber Frau Hxxx befugt, die dieser auf Dauer die Befugnis erhielt, über das Grundstück uneingeschränkt wirtschaftlich zu disponieren. Dass die Bevollmächtigten hier diesen Maßgaben entsprachen, trägt die Klägerin unwidersprochen vor, wenn sie geltend macht, Schenkung und Übereignung seien nicht aus eigennützigen Motiven erfolgt, sondern allein um die Mutter vor dem Verlust ihres Hauses, vor vermögensschädigenden eigenen Handlungen zu bewahren. Demnach stand die Transaktion unter einem zusätzlichen Rechtsgrund in Form eines Fürsorgeverhältnisses, aufgrund dessen Frau Hxxx, auch wenn das Grundstück nicht mehr in ihrem Eigentum gestanden haben sollte, auf Dauer die wirtschaftliche Verfügungsmöglichkeit darüber eingeräumt war. Aus diesem Rechtsverhältnis waren die Klägerin und ihr Sohn insbesondere schuldrechtlichen Rückübertragungsansprüchen der Vollmachtgeberin ausgesetzt, sollte diese vor Eintritt des Vorsorgefalles den Rückerhalt des Eigentums verlangen; nach Eintritt des Vorsorgefalles konnte solche Ansprüche u. U. ein etwa trotz § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB bestellter Betreuer verfolgen. Falls im Übrigen entgegen dem von der Beklagten nicht in Zweifel gezogenen Vorbringen der Klägerin die Grundstücksübertragung ohne die genannte Beschränkung erfolgt sein sollte, läge schon darin eine Verletzung der Pflichten aus dem Auftragsverhältnis und wäre - sollte diese Verletzung nicht schon zur Unwirksamkeit von Schenkung und Übereignung geführt haben - zumindest ein schuldrechtlicher Rückübertragungsanspruch aus Schadensersatz begründet gewesen.

b) Die Beklagte war vertraglich verpflichtet, die Klägerin über die dargelegten Risiken aufzuklären und zu beraten.

aa) Ein Rechtsanwalt ist grundsätzlich zur allgemeinen, umfassenden und möglichst erschöpfenden Belehrung des Auftraggebers verpflichtet. Unkundige muss er über die Folgen ihrer Erklärungen belehren und vor Irrtümern bewahren. In den Grenzen des Mandats hat er dem Mandanten diejenigen Schritte anzuraten, die zu dem erstrebten Ziel zu führen geeignet sind, und Nachteile für den Auftraggeber zu verhindern, soweit solche vorsehbar und vermeidbar sind. Dazu hat er dem Auftraggeber den sichersten und gefahrlosesten Weg vorzuschlagen und ihn über mögliche Risiken aufzuklären, damit der Mandant zu einer sachgerechten Entscheidung in der Lage ist (vgl. BGH, NJW-RR 2008, 1235, 1236; NJW 2008, 2041, jew. m.w.N.).

bb) Über die geschilderten rechtlichen Risiken der Grundstücksübertragung hatte die Beklagte aufgrund des ihr im August 2005 erteilten Mandats aufzuklären.

(1) Unstreitig trat die Klägerin an die Beklagte heran, um sich - allgemein - im Hinblick darauf beraten zu lassen, dass Frau Hxxx - möglicherweise im Zustand der Geschäftsunfähigkeit - im Begriff sei, ihr Vermögen zu verschleudern. Demnach war die Klägerin nach dem Inhalt des Mandats umfassend über Möglichkeiten zu beraten, wie vermögensschädigende Handlungen ihrer möglicherweise betreuungsbedürftigen bzw. geschäftsunfähigen Mutter verhindert werden konnten. Nachdem auf den Vorschlag des Notars hin in diesem Zusammenhang auch die schenkweise Übereignung des Grundstücks erwogen worden war, musste die Beklagte die Klägerin auch insoweit rechtlich beraten. Dieser weiten Fassung des Auftrags entsprach die Durchführung des Mandats. Die Beklagte erlangte am 11.08.2005 Kenntnis vom Vorschlag des Notars, das Grundstück schenkweise unter Gebrauch der Vollmacht zu übertragen, woraufhin sie am 12.08.2005 ein Telefongespräch mit der Klägerin führte, in dem die Parteien diesen Vorschlag besprachen. Dass die Beklagte bereits mit Kostenvote vom 08.08.2005 die Betreuungsanregung abgerechnet hatte, führte weder zur Beendigung der Mandatsbeziehung noch rechtfertigt es die Annahme, der Beklagten sei nur ein auf die Betreuungsanregung beschränktes Mandat erteilt gewesen.

(2) Die hier entscheidenden vertraglichen Pflichten bestanden für die Beklagte unabhängig davon, ob ihr ein Entwurf des ge-

planten Schenkungsvertrags ausgehändigt wurde oder ob sie zumindest vorab von der geplanten Beurkundung informiert war bzw. von dieser sogleich erfuhr, nachdem sie erfolgt war. Für die ihr obliegende Risikoaufklärung bedurfte es nicht der Kenntnis der genauen Vertragsinhalte, hatte sie doch lediglich auf Bedenken hinzuweisen, die in rechtlicher Hinsicht gegen die Übertragung des Grundstücks sprachen. Diese sind im hier entscheidenden wesentlichen Kern unabhängig von dem genauen Inhalt des letztlich beurkundeten Vertrags.

cc) Erst recht war die Beklagte zur Aufklärung und Beratung über die bestehenden rechtlichen Risiken aufgrund der ihr übertragenen Vertretung der Klägerin in dem von Frau Hxxx angestregten Rechtsstreit um die Rückübertragung des Grundstücks verpflichtet. Dies galt umso mehr, als sich zu diesem Zeitpunkt herausgestellt hatte, dass Frau Hxxx gewillt war, die ihr gegenüber der Klägerin und ihrem Enkel zustehenden Rechte tatsächlich gerichtlich durchzusetzen.

c) Die Beklagte ist diesen vertraglichen Pflichten nicht ausreichend nachgekommen.

aa) Sie hat unstreitig die Klägerin im August 2005 auf die dargelegten rechtlichen Risiken der Grundstücksübertragung nicht hingewiesen. Zudem hat sie schon nach ihrem eigenen Vortrag die Klägerin auch bei deren Vertretung im Prozess um die Rückübertragung des Grundstücks nicht vollständig und zutreffend über die rechtliche Lage aufgeklärt; im Gegenteil riet sie nach eigenem Bekunden stets davon ab, den Anspruch anzuerkennen, und sie vertrat auch im vorliegenden Rechtsstreit die Auffassung, die von Frau Hxxx erhobene Klage sei unbegründet gewesen.

bb) Insbesondere hat sie ihre Vertragspflichten im August 2005 nicht dadurch erfüllt, dass sie nach ihrer - bestrittenen - Behauptung eine schenkweise Übertragung des Grundstücks für höchst problematisch gehalten und der Klägerin von dieser abgeraten hat, weil es mit Sicherheit zu erheblichen Auseinandersetzungen zwischen der Klägerin und ihrer Mutter kommen werde, sobald diese von der Grundstücksschenkung erfahren würde.

(1) Der konkrete Umfang der anwaltlichen Pflichten richtet sich nach den Umständen des einzelnen Falles. Ziel der anwaltlichen Rechtsberatung ist es, dem Mandanten eigenverantwortliche, sachgerechte Grundentscheidungen („Weichenstellungen“) in seiner Rechtsangelegenheit zu ermöglichen. Dazu muss sich der Anwalt über die Sach- und Rechtslage klar werden und diese dem Auftraggeber verständlich darstellen. Der Mandant benötigt, insbesondere wenn er juristischer Laie ist, nicht unbedingt eine vollständige rechtliche Analyse, sondern allein die Hinweise, die ihm im Hinblick auf die aktuelle Situation und sein konkretes Anliegen die notwendige Entscheidungsgrundlage liefern. Die Erklärungen des rechtlichen Beraters müssen dem Mandanten, der verlässlich über bestimmte Rechtsfolgen unterrichtet werden will, um darauf seine Entscheidung gründen zu können, eine annähernd zutreffende Vorstellung von den Handlungsmöglichkeiten und deren Vor- und Nachteilen vermitteln. Allerdings kann nach Art und Umfang des Mandats eine eingeschränkte Belehrung ausreichend sein. Eine in jeder Hinsicht lückenlose Aufklärung über alle rechtlichen Zusammenhänge und Folgen trägt vor allem bei schwieriger Sach- und Rechtslage die Gefahr in sich, den Mandanten zu überfordern und ihm so den Blick auf die für die Entscheidung wichtigen Gesichtspunkte zu verstellen. Dies würde dem Sinn und Zweck der geschuldeten Beratung zuwiderlaufen. Der Rechtsanwalt hat dem Auftraggeber daher nur die Hinweise zu erteilen, die ihm die für seine Entscheidung notwendigen Informationen liefern (s. zum Ganzen BGH, NJW 2007, 2485, 2486). Zudem ist es nicht Aufgabe des Beraters, dem Mandanten grundlegende Entschlüsse in dessen Angelegenheiten abzunehmen (vgl. BGH, NJW 2008, 2041 m. w. N.).

(2) Die Beklagte musste der Klägerin demnach - zumindest in groben Zügen und für sie verständlich - gerade die rechtlichen Risiken der Grundstückstransaktion vor Augen führen. Es genügte jedenfalls nicht, die Klägerin lediglich auf das - ihr ohnehin bekannte - Risiko etwa bevorstehender Streitigkeiten mit ihrer Mutter hinzuweisen. Um zu entscheiden, ob und inwieweit sie drohende Auseinandersetzungen in Kauf zu nehmen bereit war, waren die damit verbundenen persönlichen Belastungen gegen

das Risiko abzuwägen, die Mutter könne das Grundstück verschleudern. Hierzu war allein die Klägerin selbst in der Lage und hierzu bedurfte sie auch keines Rechtsrats. Zu unterrichten war sie vielmehr über etwaige zusätzliche mit dem erwogenen Geschäft verbundene rechtliche Risiken, um sie in die Lage zu versetzen, auch diese in ihre Abwägung einbeziehen zu können. Diese Unterrichtung hat die Beklagte versäumt.

2.

Umstände, aufgrund derer die Beklagte die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hätte, sind weder ersichtlich noch von ihr dargelegt (vgl. § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB). Dass der Zurechnungszusammenhang nicht durch das Verhalten des Notars unterbrochen wurde, ist im angefochtenen Urteil zutreffend ausgeführt. Die Berufung wendet sich dagegen nicht.

3.

Aus der Pflichtverletzung ist der Klägerin der geltend gemachte, der Höhe nach unstrittige Schaden in Form nutzloser Aufwendungen für die schenkweise Übertragung des Grundstücks sowie der Kosten für den Rückforderungsprozess, zudem der Aufwendungen entstanden, die sie aufgrund ihrer Verpflichtung zur Rückübertragung zu tragen hatte.

a) Die Risiken, über die die Beklagte aufzuklären und zu beraten hatte, haben sich in dem Schaden verwirklicht.

aa) Die Grundstücksübertragung dürfte - abgesehen davon, dass sie möglicherweise von vornherein nicht im wohlverstandenen Interesse von Frau Hxxx lag - schon deshalb unwirksam gewesen sein, weil im Zeitpunkt ihrer Vornahme der Vorsorgefall nicht eingetreten war, die Vollmachtgeberin einen folglich erforderlichen „besonderen Auftrag“ zur Durchführung des Geschäfts jedoch unstrittig nicht erteilt hatte. Die Beklagte stellt zwar in Abrede, dass Frau Hxxx am 12.08.2005 noch geschäftsfähig gewesen sei. Dem im Rechtsstreit über die Rückgewähr des Grundstücks vom Landgericht Stuttgart (26 O 600/05) eingeholten Sachverständigengutachten ist jedoch zu entnehmen, dass Geschäftsfähigkeit zum Zeitpunkt der Gutachtenerstellung im Juni 2006 sowie am 25.10.2005 vorlag. Zudem seien die geistigen Ausfallerscheinungen von Frau Hxxx im Oktober 2005 noch deutlich geringer gewesen als im Juni 2006; der leichte Schlaganfall, den sie im Juni 2005 erlitt, sei bis Ende Juli 2005 weitgehend überwunden gewesen. Das legt den Schluss nahe, die Vollmachtgeberin sei auch im August 2005 geschäftsfähig gewesen, jedenfalls sind gegenteilige Anhaltspunkte nicht ersichtlich.

bb) Zumindest war die Grundstücksübertragung schuldrechtlich nicht beständig. Frau Hxxx war wenigstens ab dem Zeitpunkt der Erhebung ihrer Klage auf Rückübertragung des Grundstücks geschäftsfähig, was sich aus dem Sachverständigengutachten ergibt, dessen Inhalt die Beklagte hier insoweit nicht bestreitet. Die Klage auf Rückübertragung hätte schon deshalb Erfolg gehabt.

b) Die von der Klägerin nach § 287 Abs. 1 ZPO nachzuweisende haftungsausfüllende Kausalität liegt auch im Übrigen vor. Die Klägerin hätte bei pflichtgemäßer Beratung durch die Beklagte von der schenkweisen Grundstücksübertragung abgesehen.

aa) Für das dahin gehende Vorbringen der Klägerin streitet der Anscheinsbeweis.

(1) Dieser gilt, sofern für den Mandanten bei vernünftiger Betrachtungsweise aus damaliger Sicht nur eine Entscheidung nahe gelegen hätte. Die Regeln des Anscheinsbeweises sind hingegen unanwendbar, wenn unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten unterschiedliche Schritte in Betracht kommen und der Anwalt dem Mandanten lediglich die erforderliche Information für eine sachgerechte Entscheidung zu geben hat; dem Mandanten, der einen richtigen Vorschlag des Anwalts ablehnt, kommt die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens nicht zugute (vgl. BGH, NJW 2008, 2041, 2042).

(2) Für die Klägerin hätte bei pflichtgemäßer Beratung vernünftigerweise nur nahe gelegen, den ursprünglich beschrittenen Weg einer Betreuungsanregung zu gehen. Dies hätte die im Gebrauch der Vollmacht liegenden Risiken vermieden. Im Betreuungsverfahren wäre ein Gutachten zu den Betreuungsvoraussetzungen

einzuholen gewesen, das Vormundschaftsgericht bzw. Notariat kritisch hätten würdigen müssen (vgl. § 68 b FGG a. F. sowie Palandt/Diederichsen, BGB, 69. Aufl., Einf. v. § 1896 Rn. 24, § 1896 Rn. 5). Für die Klägerin und ihren Sohn hätte kein Kostenrisiko bestanden, ihre Ziele wären insbesondere durch die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts nach § 1903 BGB zu erreichen gewesen.

(3) Die Klägerin hat auch nicht einen richtigen Vorschlag der Beklagten abgelehnt. Ein solcher lag schon deshalb nicht vor, weil unstrittig keine rechtliche Beratung über die Risiken der Schenkungslösung erfolgt ist. Außerdem ist die bestrittene und in diesem Zusammenhang von ihr zu beweisende (vgl. Fischer, in: Zuehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltschaft, 2. Aufl., Rn. 1006 f.) Behauptung der Beklagten offen geblieben, sie habe wenigstens aus tatsächlichen Gründen, weil sie nämlich Auseinandersetzungen zwischen der Klägerin und ihrer Mutter befürchtete, von der schenkweisen Übertragung abgeraten.

bb) Der Anscheinsbeweis ist nicht durch festgestellte Umstände erschüttert.

(1) Dass die Klägerin bereit war, sich etwaigen Auseinandersetzungen mit ihrer Mutter zu stellen, lässt - selbst wenn sie, was sie bestreitet, einem allein im Hinblick darauf erfolgten Abraten der Beklagten nicht gefolgt sein sollte - keinen Rückschluss darauf zu, dass sie ebenso entschieden hätte, wäre ihr die bestehende rechtliche Problematik der schenkweisen Übereignung des Grundstücks aufgezeigt worden. Es liegt vielmehr nahe, dass sie rechtlich auf der sicheren Seite sein, insbesondere nicht unnützlich Kosten aufwenden wollte.

(2) Die erfolgte Grundstücksübertragung war entgegen der Ansicht der Berufung nicht der für die Klägerin praktisch allein gangbare Weg. Die von der Beklagten zunächst angeregte Anordnung einer Betreuung kam nach den konkreten Umständen trotz erteilter Vorsorgevollmacht in Betracht, schon aufgrund der seit langem bestehenden heftigen innerfamiliären Streitigkeiten (vgl. BayObLG, NJOZ 2004, 2169, 2171). Sie schied auch nicht deshalb aus, weil etwa der zuständige Notar das Betreuungsverfahren unter keinen Umständen hätte einleiten wollen. Bereits aus seinem Schreiben vom 10.08.2005 ergibt sich, dass ihm die etwaige Notwendigkeit einer Auftragserteilung im Innenverhältnis bewusst war; schon deshalb liegt die Annahme fern, dass er an der Schenkungslösung festgehalten hätte, hätten die Beklagte und die von ihr informierte Klägerin Bedenken geäußert, zumal ggf. Rechtsmittel hätten ergriffen werden können.

(3) Abgesehen davon erfolgte die schenkweise Übereignung unstrittig nicht aus eigennützigen Motiven der Klägerin oder ihres Sohnes. Es ist schon deshalb nicht anzunehmen, dass die Klägerin, wäre sie über die rechtliche Lage informiert gewesen, auf der schenkweisen Übereignung beharrt hätte, etwa um ihrer Mutter das Hausgrundstück möglichst schnell zu entziehen. Dagegen spricht auch das Einverständnis der Klägerin damit, dass die Beklagte zunächst die Anordnung einer Betreuung anregte.

(4) Im Hinblick auf die für den Rechtsstreit um die Rückübertragung des Grundstücks entstandenen Kosten ergibt sich keine andere Bewertung daraus, dass die Parteien gemeinsam beschlossen, sich gegen die Klage zu verteidigen, weil sie trotz Kenntnis gewisser Risiken weiterhin davon ausgingen, Frau Hxxx sei geschäftsunfähig. Zum einen liegt ein haftungsbegründendes Verhalten der Beklagten auch insoweit schon in der fehlerhaften Beratung vor Abschluss des Schenkungsvertrags, die auch für die im späteren Rechtsstreit entstandenen Kosten ursächlich war. Zudem beruhte der Entschluss der Klägerin, sich im Rückforderungsprozess zu verteidigen, auf der zu diesem Zeitpunkt noch immer nicht vollständig und zutreffend erfolgten Aufklärung über die Rechtslage; dass sie vollständig informiert ebenso entschieden hätte, ist nicht ersichtlich.

4.

Das Landgericht hat zu Recht nach §§ 280 Abs. 2, 286, 288 Abs. 1, 291 ZPO Zinsen aus der Schadensersatzforderung seit Rechtshängigkeit der Klage sowie außergerichtliche Anwaltskosten in Höhe von 837,52 € zuerkannnt. Die Berufung bringt dagegen nichts vor.



II.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO.

Ein Grund, die Revision zuzulassen, besteht nicht, da die nach § 543 Abs. 2 ZPO erforderlichen Voraussetzungen nicht vorliegen.

Mitgeteilt durch die Veröffentlichungsstelle des OLG Stuttgart

## BGB §§ 2355, 2356

**1. An den Nachweis der formgerechten Errichtung und des Inhalts eines nicht auffindbaren Testaments sind strenge Anforderungen zu stellen.**

**2. Das Beweisangebot von Zeugen, die das Testament nicht gesehen haben, reicht in der Regel nicht aus.**

OLG München, Beschluss vom 22.4.2010 – 31 Wx 011/10, rechtskräftig

### Aus den Gründen:

I.

Der am xxx im Alter von 80 Jahren verstorbene Erblasser war deutscher Staatsangehöriger. Die ersten beiden Ehen des Erblassers wurden geschieden. Seine dritte Ehefrau ist am xxx1998 verstorben. Aus der dritten Ehe gingen die Beteiligten zu 1 und zu 2 hervor. Weitere Kinder hatte der Erblasser nicht. Mit seiner dritten Ehefrau schloss der Erblasser am 18.9.1985 einen Erbvertrag, in dem sich die Eheleute gegenseitig zu Alleinerben und den Beteiligten zu 1 zum Schlusserven einsetzten. Der überlebende Ehegatte sollte zur Änderung der Schlusserbeneinsetzung befugt sein.

Mit handschriftlichem Testament vom 6.5.1998 verfügte der Erblasser, dass der Beteiligte zu 1 die Doppelhaushälfte in P. und die Beteiligte zu 2 ein Appartement auf den Kanarischen Inseln erhalten soll. Das Ferienhaus in Bardolino/Italien sollten die Beteiligten zu 1 und 2 je zur Hälfte erhalten. Mit handschriftlichem Testament vom 2.11.2005 verfügte der Erblasser nochmals, dass die Beteiligten zu 1 und 2 das Anwesen in Bardolino je zur Hälfte erhalten sollen. Das Appartement auf den Kanarischen Inseln wurde 1998 veräußert. Den Verkaufserlös erhielt die Beteiligte zu 2. Ein Miteigentumsanteil der Doppelhaushälfte in P. von ½ wurde 1994 schenkweise auf den Beteiligten zu 1 übertragen. Der Wert des sich noch im Nachlass befindlichen ½-Miteigentumsanteil der Immobilie in P. wird von den Beteiligten übereinstimmend mit 325.000 € und der Wert der Immobilie in Bardolino mit 850.000 € angegeben. Des Weiteren sind noch Bank- und Versicherungsguthaben in Höhe von ca. 23.000 € vorhanden, denen Beerdigungskosten von ca. 10.300 € gegenüberstehen.

Der Beteiligte zu 1 beantragte am 16.9.2009 unter Bezugnahme auf das Schreiben seines Verfahrensbevollmächtigten vom 31.8.2009, eingegangen beim Nachlassgericht am 1.9.2009, die Erteilung eines Erbscheins, welcher ihn als Alleinerben ausweist. Er war der Auffassung, dass die Beteiligte zu 2 nur Vermächtnisnehmerin sei. Das Nachlassgericht wies diesen Antrag mit Beschluss vom 19.10.2009 mit der Begründung zurück, dass auch die Beteiligte zu 2 Miterbin geworden ist. Mit Schriftsatz vom 25.10.2009 beantragte der Beteiligte zu 1 sodann einen Erbschein, der ihn als Miterben zu 63,83/100 und die Beteiligte zu 2 als Miterbin zu 36,17/100 ausweist. Die Beteiligte zu 2 ist diesem Erbscheinsantrag mit der Begründung entgegen getreten, dass der Erblasser nach dem 2.11.2005 noch ein weiteres handschriftliches Testament errichtet habe, in dem er verfügt habe, dass der Beteiligte zu 1 das Anwesen in P. allein und die Beteiligte zu 2 das Anwesen in Bardolino allein erhalten soll. Dieses Testament könne zwar derzeit nicht aufgefunden werden, es sei aber für die Erbfolge maßgeblich. Das Nachlassgericht hat Be-

weis erhoben über die Errichtung eines weiteren Testaments nach dem 2.11.2005 durch Einvernahme des Ehemanns der Beteiligten zu 2 (S.) als Zeugen. Von der Einvernahme der als Zeugin angebotenen K. sah das Gericht ab. Mit Beschluss vom 27.11.2009 bewilligte das Nachlassgericht den vom Beteiligten zu 1 beantragten Erbschein und setzte die sofortige Wirksamkeit des Beschlusses aus. Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 2. Sie ist weiterhin der Auffassung, dass sich die Erbfolge nach dem bisher nicht aufgefundenen Testament bestimmt. Fehlerhaft sei das Nachlassgericht zu dem Ergebnis gekommen, dass ein solches Testament nicht existiere. Auch habe das Nachlassgericht zu Unrecht von der Einvernahme der benannten Zeugin K. abgesehen.

II.

Die zulässige Beschwerde ist nicht begründet.

Die Erbfolge nach dem Erblasser bestimmt sich nach den Testamenten des Erblassers vom 6.5.1998 und 2.11.2005. Danach sind – unter Zugrundelegung des Wertes der den Beteiligten zugewandten Immobilien – der Beteiligte zu 1 Miterbe zu 63,83/100 und die Beteiligte zu 2 Miterbin zu 36,17/100.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist das nach ihrem Vortrag errichtete, jedoch nicht auffindbare Testament des Erblassers für die Bestimmung der Erbquoten nicht heranzuziehen. Auch der erkennende Senat ist nicht mit hinreichender Sicherheit davon überzeugt, dass der Erblasser nach dem 2.11.2005 noch ein weiteres Testament errichtet hat.

1. Gemäß § 2355, § 2356 Abs. 1 Satz 1 BGB ist zum Nachweis eines testamentarischen Erbrechts grundsätzlich die Urschrift der Urkunde vorzulegen, auf die das Erbrecht gestützt wird (vgl. Palandt/Edenhofer BGB 69. Aufl. § 2356 Rn. 9). Ist diese Urkunde nicht auffindbar, kommt der allgemein anerkannte Grundsatz zum Tragen, dass es die Wirksamkeit eines Testaments nicht berührt, wenn die Urkunde ohne Willen und Zutun des Erblassers vernichtet worden, verloren gegangen oder sonst nicht auffindbar ist (BayObLG FamRZ 1986, 1043/1044; FamRZ 1990, 1162/1163; 2005, 138/139). In einem solchen Fall können Errichtung und Inhalt des Testaments mit allen zulässigen Beweismitteln bewiesen werden (BayObLG aaO). An den Nachweis sind strenge Anforderungen zu stellen (BayObLG FamRZ 1990, 1162/1163; FamRZ 2001, 771/772; OLG Zweibrücken FamRZ 2001, 1313/1314; Palandt/Edenhofer § 2255 Rn. 9).

Grundlage dieser hohen Beweisanforderungen ist die für die Errichtung eines Testaments gemäß §§ 2231 ff. BGB geltende Formstrenge. Durch die Formvorschriften für die Testamentserrichtung verfolgt das Gesetz verschiedene Zwecke: Die einzuhaltenden Förmlichkeiten sollen den Erblasser dazu veranlassen, sich selbst klar darüber zu werden, welchen Inhalt seine Verfügung von Todes wegen haben soll, und seinen Willen möglichst deutlich zum Ausdruck zu bringen. Sie sollen außerdem dazu dienen, Vorüberlegungen und Entwürfe von der maßgebenden Verfügung exakt abzugrenzen. Die Eigenhändigkeit eines Testaments soll nach der Wertung des Gesetzes außerdem eine erhöhte Sicherheit vor Verfälschungen des Erblasserwillens bieten. Alle diese Formzwecke sollen in ihrer Gesamtheit dazu beitragen, verantwortliches Testieren zu fördern und Streitigkeiten der Erbprätendenten über den Inhalt letztwilliger Verfügungen hinten zu halten (BGHZ 80, 242/246 = FamRZ 1981, 662; BayObLG FamRZ 2001, 771/772).

2. Unter Zugrundelegung dieses Maßstabes ist der Senat nicht zu der Überzeugung gelangt, dass der Erblasser tatsächlich ein neues Testament im Anschluss an seine letztwillige Verfügung vom 2.11.2005 errichtet hat. a) Die Aussage des im Wege der förmlichen Beweisaufnahme einvernommenen Zeugen S., dass ihm der Erblasser mitgeteilt habe, dass er im September 2008 neu testiert habe und dabei der Beteiligte zu 1 „P.“ und die Beteiligte zu 2 „Italien“ jeweils als Alleinerbe erhalten sollen, ist im Hinblick auf die strengen Anforderungen für einen Nachweis der tatsächlichen Errichtung des Testaments mit dem von der Beteiligten zu 2 behaupteten Inhalt nicht ausreichend.

Der Beweiswert der Aussage des S. erschöpft sich darin, dass der Erblasser diese Aussage getätigt hat. Ob er aber auch tat-

sächlich ein solches Testament mit diesem Inhalt errichtet hat, dafür gibt die Aussage des Zeugen keinen verlässlichen Aufschluss. Zutreffend weist das Nachlassgericht darauf hin, dass die Angaben der Erblasser über angeblich errichtete Testamente oft nicht den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechen. Zudem hat der Zeuge das Testament selbst nicht gesehen. Damit steht auch nicht hinreichend fest, dass das Testament – bei unterstellter Errichtung – auch formgerecht abgefasst worden ist. Alleine die Aussage des Zeugen, dass der Erblasser ihn darüber belehrt habe, wie ein Testament formgerecht zu errichten sei, besagt nicht, dass der Erblasser selbst die Formerfordernisse des § 2247 BGB auch tatsächlich eingehalten hat.

b) Weitere Anhaltspunkte, die jenseits vernünftiger Zweifel den berechtigten Schluss rechtfertigen, dass der Erblasser ein weiteres Testament errichtet hat, sind nicht ersichtlich. Insbesondere ergeben sich solche Anhaltspunkte nicht aus dem sonstigen Beschwerdevorbringen.

aa) Nach dem eigenen Beschwerdevorbringen hat der Erblasser sowohl gegenüber der Beschwerdeführerin selbst wie auch der benannten Zeugin K. in der Vergangenheit zum Ausdruck gebracht, dass er das Testament ändern wolle. Aus diesem Sachvortrag ist jedoch nicht zu entnehmen, dass der Erblasser tatsächlich sein Testament aus dem Jahr 2005 durch formgerechte Neuteilung abgeändert hat. Nicht ausgeschlossen werden kann, dass es bei einer Absichtserklärung des Erblassers geblieben ist, zumal er auch nach dem eigenen Vortrag der Beschwerdeführerin solche Äußerungen bereits mehrfach im Zeitraum von Mai 2007 bis Frühling/Sommer 2008 tätigte. Dem gemäß war auch die Einvernahme der weiteren benannten Zeugen, insbesondere der Zeugin K., weder durch das Nachlassgericht noch durch den Senat selbst veranlasst, zumal keiner der benannten Zeugen das Testament selbst gesehen hat.

bb) Auch dass der Beteiligte zu 1 mittlerweile das Haustürschloss in dem Anwesen in P. ausgetauscht hat, führt entgegen dem Beschwerdevorbringen -auch unter Berücksichtigung der Grundsätze der Beweisvereitelung (Zöller/Greger ZPO 28. Auflage § 286 Rn. 14a) -zu keiner anderen Bewertung. Fraglich ist bereits, ob der Austausch des Türschlosses im Hinblick darauf, dass dem Beteiligte zu 1 gemäß der Teilungsanordnung im Testament vom 6.5.1998 das Anwesen am Ende sowieso zugewiesen ist, ein missbilligenswertes Verhalten des Beteiligten zu 1 darstellt (BGH NJW-RR 1996, 1534; 2008, 982/985) und daher die Grundsätze der Beweisvereitelung überhaupt zum Tragen kommen. Doch selbst wenn dies der Fall wäre, würde der Senat angesichts des Umstandes, dass keiner der benannten Personen das – behauptete – Testament je gesehen hatte, aufgrund der strengen Anforderungen an den Nachweis eines Testaments aus dem Austausch des Türschlosses -auch unter Mitberücksichtigung der Aussage des Zeugen S. – nicht zur Überzeugung gelangen, dass der Erblasser tatsächlich ein weiteres Testament mit dem von der Beteiligten zu 2 behaupteten Inhalt errichtet hat.

c) Dass der Erblasser tatsächlich wie behauptet ein weiteres formgerechtes Testament errichtet hat, bleibt daher im Hinblick darauf, dass niemand das Testament gesehen hat, mit Zweifeln behaftet. Da die Feststellungslast derjenige trägt, der sich auf die Existenz eines Testaments beruft, geht dies zu Lasten der Beteiligten zu 2.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 84 FamFG. Es liegen keine besonderen Umstände vor, die ein Abweichen vom Regelfall rechtfertigen würden. Die Festsetzung des Geschäftswerts stützt sich auf § 131 Abs. 4, § 30 KostO. Der Geschäftswert bestimmt sich nach dem wirtschaftlichen Interesse der Beteiligten zu 2. Dieses liegt in der Differenz aus dem Nachlasswert entsprechend ihrer Erbenstellung aufgrund des von ihr behaupteten Testaments im Nachgang zum 2.11.2005 und der aufgrund des Testaments vom 2.11.2005. Der Unterschied beträgt ½ des Wertes des Anwesens in B.

4. Die Rechtsbeschwerde ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen hierfür nicht vorliegen (§ 70 FamFG).

Mitgeteilt durch Richterin am OLG München Margaretha Förth

## HGB § 25 Abs. 2

**Der Haftungsausschluss nach § 25 Abs. 2 HGB ist im Handelsregister eintragungsfähig, wenn es nicht offensichtlich ist, dass eine Haftung des Nachfolgers nicht in Betracht kommen kann. Bei der Geschäfts- und Firmenfortführung ist aus der Sicht des maßgeblichen Verkehrs die tatsächliche Fortführung entscheidend. Der Erwerb vom Insolvenzverwalter wird zwar nicht als solcher im Sinne des § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB angesehen. Werden jedoch nur einzelne Gegenstände vom Insolvenzverwalter erworben, steht dies der Annahme eines Erwerbs im Sinne von § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB nicht entgegen.**

OLG Stuttgart, Beschluss vom 23.03.2010 – 8 W 139/10

### Aus den Gründen:

1.

Bei dem Antrag auf Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister (Firmenneueintrag) hieß es ursprünglich in der notariellen Urkunde vom 25. September 2009:

Des weiteren wird angemeldet (Haftungsausschluss nach § 25 Abs. 2 HGB):

Möglicherweise wird die neugegründete GmbH einzelne Vermögensgegenstände der bisher im Handelsregister des Amtsgerichts Ulm unter HRB 690 459 eingetragenen Gesellschaft mit beschränkter Haftung unter der Firma ... GmbH Mechanische Werkstatt mit Sitz in ... käuflich erwerben; eine Haftung der neugegründeten Gesellschaft für die im Betrieb der vorgenannten Firma ... GmbH Mechanische Werkstatt begründeten Verbindlichkeiten sowie der Übergang der in dem dort genannten Betrieb begründeten Forderungen auf die neugegründete Gesellschaft ist ausgeschlossen."

Auf die Beanstandung des Registergerichts, dass die Voraussetzungen des § 25 Abs. 1 HGB (Erwerb des Handelsgeschäfts und Firmenfortführung) nicht vorlägen, wurde der Antrag auf Eintragung des Haftungsausschlusses nach § 25 Abs. 2 HGB zurückgenommen.

Mit notarieller Urkunde vom 19. Januar 2010 wurde nunmehr zur Eintragung ins Handelsregister angemeldet:

"Die neu eingetragene Firma ... GmbH mit dem Sitz in ... hat teilweise bewegliche Gegenstände von dem Insolvenzverwalter der Firma ... GmbH Mechanische Werkstatt mit dem Sitz in ... (zuvor eingetragen gewesen im Handelsregister des Amtsgerichts Ulm unter HRB 690 459) erworben.

Darüber hinaus wurden andere Gegenstände von Dritten erworben.

Das neue Unternehmen Firma ... GmbH mit Sitz in ..., HRB 724 318, wird in denselben Räumlichkeiten betrieben.

Zur Eintragung bei diesem Unternehmen wird nach § 25 HGB angemeldet, dass die Haftung für in dem vorherigen Unternehmen (HRB 690 459) begründete Verbindlichkeiten ausgeschlossen ist."

Die Rechtspflegerin hat hierauf mit Schreiben vom 23. Februar 2010 mitgeteilt:

"Die Anmeldung wurde geprüft und ist wie folgt zu beanstanden:

Die Voraussetzungen für die Eintragung eines Haftungsausschlusses gem. § 25 HGB (Fortführung eines erworbenen Handelsgeschäfts und Firmenfortführung) sind nicht gegeben. Der Erwerb i. S. von § 25 Abs. 1 HGB ist nicht der Erwerb vom Insolvenzverwalter (Baumbach/Hopt, Kommentar zum HGB, 34. Aufl., § 25 Rdnr. 4; BAG 6. Senat, Urteil vom 20.9.2006, NJW 2007, 942). Im übrigen wurden nur teilweise bewegliche Gegenstände erworben.

Die Anmeldung ist zurückzunehmen "

Es wurde eine Frist zur Erledigung von vier Wochen gesetzt, eine Rechtsmittelbelehrung erteilt und die Zustellung an die Antragstellerin am 25. Februar 2010 bewirkt.

Diese hat sich durch ihren Verfahrensbevollmächtigten am 11. März 2010 gegen das Schreiben des Registergerichts gewandt und am 18. März 2010 bestätigt, dass es sich hierbei um eine Beschwerde handelt. Zu deren Begründung wird Bezug genommen auf die Schriftsätze des Antragstellervertreeters vom 5. Februar und 11. März 2010.

Die Rechtspflegerin hat mit Beschluss vom 18. März 2010 nicht abgeholfen und die Akte dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt.

2.

a)

Die befristete Beschwerde der Antragstellerin ist gem. §§ 374 Nr. 1, 382 Abs. 4 Satz 2, 58 ff Fam FG i. V. m. Art. 111 Abs. 1 Satz 1, 112 Abs. 1 FGG RG zulässig.

Grundsätzlich findet die Beschwerde nicht gegen verfahrensleitende Anordnungen bzw. Zwischenentscheidungen statt, sondern nur gegen Endentscheidungen (§ 58 Abs. 1 FamFG i. V. m. § 38 Abs. 1 Satz 1 Fam FG).

§ 38 Abs. 1 Satz 2 Fam FG hält jedoch für Registersachen (§ 374 FamFG) als Ausnahme von diesem Grundsatz im Hinblick auf die Besonderheiten des Verfahrensgegenstandes an der anfechtbaren Zwischenverfügung fest (§§ 58 Abs. 1 Halbs. 2, 382 Abs. 4 Satz 2 Fam FG; Meyer-Holz in Keidel, Fam FG, 16. Aufl. 2009, § 38 Rdnr. 6 und 8, § 58 Rdnr. 68).

Ob die Zwischenverfügung in Form eines Beschlusses gem. § 38 Fam FG (Heinemann in Keidel, a. a. O., § 382 Rdnr. 25; a. A.: Meyer-Holz in Keidel, a. a. O., § 38 Rdnr. 8; Krafka in Münchener Kommentar, ZPO, Bd. 4, Fam FG, 3. Aufl. 2010, § 382 Rdnr. 18; Ulrici in Münchener Kommentar, a. a. O., § 38 Rdnr. 3; Gottwald in Bassenge/Roth, Fam FG/RpflG, 12. Aufl. 2009, § 38 Fam FG Rdnr. 3 und 4; je m. w. N.) ergehen muss, ist streitig.

Einigkeit besteht darüber, dass sie gem. § 39 Fam FG mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen und gem. § 41 Abs. 1 Satz 2 Fam FG förmlich zuzustellen ist (Heinemann, a. a. O., § 382 Rdnr. 27 und 28; K. Walter in Bassenge/Roth, a. a. O., § 382 Rdnr. 38; Krafka, a. a. O., § 382 Rdnr. 23; je m. w. N.).

Diesen Anforderungen genügt das Schreiben der Rechtspflegerin vom 23. Februar 2010, sodass die hiergegen gerichtete Beschwerde gem. §§ 382 Abs. 4 Satz 2, 58 Abs. 1 Fam FG statthaft ist.

Das Rechtsmittel ist auch im übrigen zulässig. Die Beschwerdeberechtigung der Antragstellerin ist gem. §§ 59 Abs. 1, 7 Abs. 2 Nr. 1 Fam FG gegeben. Die gesetzliche Frist des § 63 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 Fam FG und die vorgeschriebene Form nach § 64 Abs. 1, Abs. 2 Fam FG sind gewahrt.

Nach neuem Recht ergibt sich die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts als Beschwerdegericht aus § 119 Abs. 1 Nr. 1b GVG n. F. i. V. m. § 23a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 3 GVG n. F..

Der Durchführung einer mündlichen Verhandlung (§ 68 Abs. 3 Satz 2 Fam FG) bedarf es nicht, da ausschließlich die Rechtsproblematik des Haftungsausschlusses nach § 25 Abs. 2 HGB entscheidungserheblich ist.

b)

Die Beschwerde ist begründet.

Wird ein Haftungsausschluss nach § 25 Abs. 2 HGB zur Eintragung im Handelsregister angemeldet, hat das Registergericht als Voraussetzung der Eintragung zu prüfen, ob die Haftungsvoraussetzungen des § 25 Abs. 1 HGB vorliegen bzw. ob eine Haftung nach dieser Vorschrift überhaupt in Betracht kommen kann. Denn nur dann handelt es sich bei dem Haftungsausschluss um eine eintragungsfähige Tatsache. Die Publizitätsfunktion des Handelsregisters schließt es aus, es in das Ermessen des Gerichts oder das Belieben der Beteiligten zu stellen, welche Eintragungen im Handelsregister vorgenommen werden. Bei der Prüfung der Eintragungsfähigkeit sind die tatsächlichen Angaben zu Grunde zu legen, die sich der formgerechten (§ 12 HGB) Anmeldung des Haftungsausschlusses entnehmen lassen.

Nach ständiger obergerichtlicher Rechtsprechung ist ein Haftungsausschluss grundsätzlich einzutragen, wenn eine Haftung nach § 25 Abs. 1 HGB ernsthaft in Betracht kommt (vgl. zur Problematik einschließlich der der Geschäfts- und Firmenfortführung: OLG Hamm NJW-RR 1994, 1119 und NJW-RR 1999, 396; OLG Frankfurt NJW-RR 2001, 1404 und NJW-RR 2005, 1349; BayObLG NJW-RR 2003, 757; OLG Düsseldorf NJW-RR 2003, 1120; OLG Jena NotBZ 2007, 298; OLG München Rpfleger 2008, 494; BGH NJW 1996, 2866, NJW 2001, 1352 und NJW 2010, 236; Hopt in Baumbach/Hopt, HGB, 34. Aufl. 2010, § 25 Rdnr. 13 ff; je m. w. N.).

Die Haftungsvoraussetzungen des § 25 Abs. 1 HGB sind bei der Anmeldung des Haftungsausschlusses nicht immer offenkundig, sondern oft nur unter Heranziehung der zu § 25 Abs. 1 HGB ergangenen Rechtsprechung als Ergebnis der rechtlichen Bewertung eines komplexen Sachverhalts festzustellen. Dem Rechtspfleger kann insoweit keine abschließende Beurteilung der Haftungsfrage auferlegt werden, zumal in Rechtsprechung und Literatur Uneinigkeit über die Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 25 Abs. 1 HGB besteht.

Mit der obergerichtlichen Rechtsprechung sieht deshalb der Senat einen vereinbarten Haftungsausschluss nur dann als nicht eintragungsfähig an, wenn eindeutig und zweifelsfrei eine Haftung nach § 25 Abs. 1 HGB nicht in Betracht kommt. Andernfalls wäre nicht ausgeschlossen, dass sich eine unterschiedliche Beurteilung der Haftungsvoraussetzungen des § 25 Abs. 1 HGB durch die Registergerichte einerseits und die Prozessgerichte andererseits in Bezug auf dasselbe Unternehmen einseitig zum Nachteil des neuen Unternehmensträgers auswirken würde. (Vgl. zur Problematik insgesamt den Beschluss des Senats vom 26. Februar 2010, Az. 8 W 99/10.)

Die Rechtspflegerin hat den Erwerb eines Handelsgeschäfts im Sinne des § 25 Abs. 1 HGB verneint, weil hierunter nicht derjenige vom Insolvenzverwalter falle und im übrigen auch nur teilweise bewegliche Gegenstände erworben worden seien.

§ 25 Abs. 1 Satz 1 HGB knüpft die Haftung des Nachfolgers für im Betrieb des Unternehmens begründete Verbindlichkeiten des Vorgängers an die Kontinuität des Unternehmens. Diese tritt durch die Fortführung des Handelsgeschäfts und der Firma nach außen in Erscheinung, weshalb nach dem Gesetz hierin die Voraussetzungen für die Auslösung der Haftung des Nachfolgers liegen (Hopt, a. a. O., § 25 HGB Rdnr. 1, m. w. N.).

Das Handelsgeschäft muss beim Erwerb bestehen, also bereits effektiv betrieben und noch nicht eingestellt worden sein. Eine vorübergehende Stilllegung beim früheren Inhaber, insbesondere bei Insolvenz steht nicht entgegen, solange die wesentlichen Grundlagen des Handelsgeschäfts (Organisation, Geschäftsbeziehungen) noch fortgeführt werden können. Ebenso muss der Vorgänger bei Erwerb eine Firma führen, die der Erwerber fortführen kann.

Im übrigen ist unter Erwerb jede Unternehmensübertragung und auch Unternehmensüberlassung zu verstehen. Ein rechtsgeschäftlicher derivativer Erwerb ist nicht notwendig (Hopt, a. a. O., § 25 HGB Rdnr. 3 und 4 m. w. N.). Unerheblich ist vielmehr, welche Vereinbarungen der alte und der neue Inhaber zum Zwecke der Fortführung des Unternehmens getroffen haben und ob solche überhaupt wirksam sind. Denn auf eine wirksame rechtsgeschäftliche Übertragung ist nach der obergerichtlichen Rechtsprechung (vgl. die oben zitierte OLG-Rspr.) nicht entscheidend abzustellen, weil die vertraglichen Hintergründe für den Rechtsverkehr nicht offenkundig sind. Die gesetzliche Haftung nach § 25 Abs. 1 HGB hängt allein von den nach außen in Erscheinung tretenden tatsächlichen Umständen ab, weswegen ein Erwerb nicht nur dann angenommen werden kann, wenn der zu Grunde liegende Vertrag nichtig oder anfechtbar ist, sondern auch dann, wenn es an einer rechtsgeschäftlichen Übertragung des Handelsgeschäfts überhaupt fehlt (Hopt, a. a. O., § 25 Rdnr. 5, m. w. N.; OLG Frankfurt NJW-RR 2001, 1404, m. w. N. zur BGH-Rspr.).

Maßgeblich ist danach, ob eine tatsächliche, einverständliche Übernahme des Geschäftsbetriebs in seinem Kern stattgefunden hat und im Rechtsverkehr der Anschein einer Firmen- und Unternehmenskontinuität bewusst geschaffen wurde.

Allerdings besteht Einigkeit, dass ein Erwerb vom Insolvenzverwalter nicht als ein solcher i. S. von § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB anzusehen ist (Hopt, a. a. O., § 25 Rdnr. 4; Zimmer in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl. 2007, § 25 HGB Rdnr. 41 ff; BGH NJW 1988, 1912; BAG NJW 2007, 942; je m. w. N.).

Insoweit wurde in der Handelsregisteranmeldung vom 19. Januar 2010 klargestellt, dass nur teilweise bewegliche Gegenstände von dem Insolvenzverwalter der Vorgängerin, der Firma ... GmbH Mechanische Werkstatt, erworben wurden, andere Gegenstände dagegen von Dritten, wobei das neue Unternehmen, die Firma ... GmbH in denselben Räumlichkeiten der Vorgängerin betrieben wird.

Hieraus kann nicht auf einen Erwerb des Handelsgeschäfts vom Insolvenzverwalter geschlossen werden, der nicht unter § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB fiele. Denn ausschlaggebend für die Nichtanwendbarkeit des § 25 HGB ist, dass die Aufgabe des Insolvenzverwalters, das Unternehmen - im Interesse der Gläubiger an der schnellstmöglichen Verwertung der Masse - im Ganzen zu veräußern, nicht durch eine mögliche Haftung des Erwerbers für die Schulden des bisherigen Unternehmensträgers erschwert werden soll (BGH NJW 1988, 1912; BAG NJW 2007, 942; je m. w. N.).

Diese Erwägungen greifen aber nicht ein, wenn nur einzelne bewegliche Gegenstände vom Insolvenzverwalter erworben wurden.

So hat die Rechtsprechung bereits - einschränkend - entschieden, dass § 25 HGB anwendbar bleibt beim Erwerb eines zahlungsunfähigen und insolventen Unternehmens (nach Auflösung und ohne Insolvenzverfahren, bei Anordnung von Sicherungsmaßnahmen nach §§ 21 ff InsO (wenn kein Insolvenzverfahren folgt), und bei Nichteröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse oder sonstigem Erwerb eines überschuldeten Unternehmens (Hopt, a. a. O., § 25 HGB Rdnr. 4 mit Rechtsprechungsnachweisen).

Im übrigen beanstandet die Rechtspflegerin, dass nur teilweise bewegliche Gegenstände erworben worden seien.

Ob eine Geschäfts- und Firmenfortführung anzunehmen ist, muss aus der Sicht des maßgeblichen Verkehrs beurteilt werden, dem verborgen bleibt, in welchem Umfang Verfügungsgeschäfte zur Betriebsübernahme getätigt wurden.

Es genügt vielmehr die Fortführung des Handelsgeschäfts im wesentlichen Bestand oder Kern, beispielsweise in denselben Räumlichkeiten (Hopt, a. a. O., § 25 HGB Rdnr. 6, m. w. N.) - wie vorliegend.

Als zweites Element der Kontinuität nach außen muss der Erwerber die bisherige Firma fortführen.

Hierbei kommt es für die Sicht des maßgeblichen Verkehrs aber nicht auf die firmenrechtliche Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der alten oder der neuen oder beider Firmen an. Entscheidend ist allein, dass die unter dem bisherigen Geschäftsinhaber tatsächlich geführte und von dem Erwerber weiter geführte Firma eine derart prägende Kraft besitzt, dass der Verkehr sie mit dem Unternehmen gleichsetzt und in dem Verhalten des Erwerbers eine Fortführung der bisherigen Firma sieht (BGH NJW 1992, 911, NJW 2001, 1352, NJW-RR 2009, 820, NJW-RR 2010, 246 und NJW 2010, 236; je m. w. N.).

Bei der Geschäfts- und Firmenfortführung ist deshalb aus der Sicht des Verkehrs jeweils entscheidend die tatsächliche Fortführung (Hopt, a. a. O., § 25 HGB Rdnr. 6 und 7, je m. w. N.).

Die Vorgängerin firmierte (§§ 17 ff HGB) unter der Bezeichnung "... GmbH Mechanische Werkstatt" mit dem Sitz in ..., die Antragstellerin unter "... GmbH" mit dem Sitz in ..., wobei der Name identisch ist mit dem des Geschäftsführers ... sowie des Gesellschafters ... und Gegenstand des Unternehmens die Herstellung und der Vertrieb von Maschinenbauteilen sowie Ausführen von jeglichen damit verbundenen Tätigkeiten ist.

Hierdurch sowie durch die Geschäftsführung in denselben Räumlichkeiten ist es aus der Sicht des maßgeblichen Verkehrs nahe liegend, dass in der Gesamtschau eine Geschäfts- und Firmenfortführung anzunehmen ist, durch die zumindest die Möglichkeit der Inanspruchnahme der Antragstellerin für im Betrieb des Geschäfts begründete Verbindlichkeiten des früheren (insolventen) Inhabers nach § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB nicht ausgeschlossen werden kann.

Damit ist aber nicht offensichtlich, dass eine Haftung der Antragstellerin nach § 25 Abs. 1 HGB nicht in Betracht kommen kann, sodass die Eintragung des Haftungsausschlusses nach § 25 Abs. 2 HGB durch das Registergericht mit dem Hinweis auf den Erwerb vom Insolvenzverwalter sowie die fehlende Geschäfts- und Firmenfortführung nicht abgelehnt werden kann.

Demgemäß war die Zwischenverfügung des Registergerichts Ulm aufzuheben und die Sache an dieses zurückzugeben zur Behandlung und Entscheidung in eigener Zuständigkeit über die Handelsregisteranmeldung vom 19. Januar 2010 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats.

c)

Die Entscheidung ergeht gerichtsgebührenfrei (§ 131 Abs. 3 KostO n. F.). Anlass für die Anordnung einer Kostenerstattung (§ 81 Fam FG) besteht nicht.

Die Rechtsbeschwerde ist gem. § 70 Abs. 1 und 2 Fam FG nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen hierfür nicht vorliegen

Mitgeteilt durch die Veröffentlichungsstelle des OLG Stuttgart

## Buchbesprechungen

**Saenger. Zivilprozessordnung. Handkommentar. Herausgegeben von Prof. Dr. Ingo Saenger. Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 3. Aufl. 2009; 3088 Seiten, 89,00 €.**

Der „Saenger“ als ZPO-Handkommentar wurde wegen vieler Gesetzesnovellen überarbeitet und aktualisiert. Besondere Berücksichtigung fand das FGG-RG, durch das zum 1.9.2009 das FGG und das sechste und neunte Buch der ZPO außer Kraft traten. Um das Verfahrensrecht auch in Familiensachen im bisherigen Umfang zu dokumentieren, werden die einschlägigen Regelungen des ersten und zweiten Buches des FamFG nunmehr im Anschluss an die ZPO kommentiert. Die immer bedeutsameren europäischen Materien sind in der Kommentierung vollständig berücksichtigt, insbesondere wurde die Verordnung Nr. 44/2001 des Rats vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen mit Erläuterungen versehen, insbesondere zur möglichen Sicherungsvollstreckung nach § 720a ZPO durch Eintragung einer Zwangshypothek. Die Neuauflage bietet der Praxis auf dem Wege der fortschreitenden Konsolidierung des reformierten Zivilprozessrechts eine umfassende und zuverlässige Hilfestellung. Selbstverständlich ist die obergerichtliche Rechtsprechung umfassend dargestellt, so z. B. zur Teilrechtsfähigkeit und Grundbuchfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft (§ 750 Rn. 4 und § 867 Rn. 15). Dort und an vielen anderen Stellen werden praxisnahe Lösungsvorschläge gemacht. Das Werk enthält eine Vielzahl von Antrags- und Tenorierungsmustern und hat damit die Unterstützung des Praktikers im Blick. Das Werk besticht durch seine Aktualität und seinen hervorragenden Praxisbezug.

Prof. Walter Böhringer, Notar a.D., Heidenheim/Brenz

**Timme; Wohnungseigentumsgesetz: WEG; Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht; Kommentar; 2010. XIII, 1160 S. In Leinen; 98 Euro; Verlag C. H. Beck; ISBN 978-3-406-60452-2**

Ausweislich der dem Rezensionsexemplar beigefügten Programminformation bzw. der Angaben auf der Homepage von „beck-shop.de“ erläutert der neu konzipierte Kommentar alle Bestimmungen des Wohnungseigentumsgesetzes – von der Abrechnung bis zur Zwangsvollstreckung. Außerdem sind die jeweiligen Bezüge zu anderen Gebieten, wie dem Gesellschafts-, Grundbuch- und Baurecht sowie zahlreiche zivilprozessuale Aspekte, ausführlich dargestellt.

Mit Stand 15. Februar 2010 berücksichtigt der Kommentar bereits die Auswirkungen der FGG-Reform auf das WEG sowie zahlreiche wichtige neue Urteile, etwa zur nachträglichen richtigen Bezeichnung der Klagegegner.

Adressaten dieses in 1. Auflage erschienenen Werks sind Notare, Rechtsanwälte, insbesondere Fachanwälte für Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Richter, WEG-Verwalter und Rechtspfleger sowie Banken und andere mit dem Wohnungseigentumsrecht befassete Institutionen.

Neben dem Herausgeber, Prof. Dr. Michael Timme, Professor an der University of Applied Sciences Aachen, Richter am LG, schreiben zehn weitere, häufig auch aus anderen Publikationen bekannte Autoren an diesem Werk mit. Um nur wenige zu nennen: Dr. Christian Kessler, Notar, Dr. Johannes Hogenschurz, Richter am Landgericht, der insbesondere mit dem ebenfalls im Beck-Verlag erschienenen Buch „Das Sondernutzungsrecht nach WEG“ ein ganz vorzügliches Werk geschaffen hat.

Aber auch Dr. Oliver Elzer, Richter am Kammergericht als auch Dr. Jörg Munzig, Notar, um noch wenige weitere Namen zu nennen, bearbeiten das nunmehr zu besprechende Werk.

Das Werk hat an sich den Anspruch, durch strukturierten Aufbau und verständliche Erläuterungen für mehr Übersicht im WEG zu sorgen. Zusätzliche Hilfe bietet das ausführliche und gut gegliederte Sachregister.

Ja, dieser Anspruch wird voll erfüllt! Die einzelnen Bearbeitungen erfolgen an der Stelle, an die sie nach der Systematik zu verorten sind. Jede Norm wird grundsätzlich mit einem Überblick dargestellt, an den sich sodann die Übersicht anschließt, die die einzelnen Absätze der Norm, jeweils nochmals übersichtlich untergliedert, darstellt.

Bereits hier hebt sich das Werk von vielen Mitbewerbern positiv ab.

In § 15 etwa fassen die Ausführungen 355 (!) Randnummern, in § 21 494 (!).

Der klare Aufbau jedoch bietet Gewähr dafür, dass die Antwort zielsicher und rasch gefunden wird.

Konkrete Auszüge:

In § 3 Rdnr. 48 wird hinsichtlich der bis heute nicht abschließend geklärten Problematik bezüglich der Stellplätze festgestellt, dass solche im Freien nicht Gegenstand eigener Sondereigentumsseinheiten sein können. Es fehle hierbei am Gebäudebezug. Der Kommentar bejaht – wohl zurecht – die Sondereigentumsfähigkeit von Stellplätzen auf dem offenen Oberdeck eines Parkhausgebäudes, jedenfalls dann, wenn es sich gegenüber dem sonstigen Terrain abhebt und abgegrenzt ist.

Und obwohl in allen Kommentierungen die Fundstellennachweise nicht in Fußnoten verwiesen wurden, leidet die Lesbarkeit nicht. Ich bin geneigt zu sagen: im Gegenteil, man bleibt blicklich eben dort, wo man bereits ist wo es nach dem „studieren“ der ausnahmslos aktuellen Fundstellen weiter geht.

Die Rechtsprechungs- und sonstigen Literaturnachweise bedienen sich aus einem großen Spektrum, darunter auch DNotZ und MittBayNot. Aber auch der Notarschaft möglicherweise etwas weniger gängige Literatur (etwa ZMR) wird zur Nachweisung verwendet.

In § 5 Rdnr. 43 wird die Sondereigentumsfähigkeit von Rollläden und Markisen untersucht. Man muss mit dem Kommentar nicht an jeder Stelle übereinstimmen. Eines jedoch ist einzuräumen – und das ist gut und wichtig: die gefundenen Ergebnisse sind nachvollziehbar und keine rein wissenschaftlich „neue Wege“, sondern praxistaugliche und auch anderswo vertretene Rechtsansichten.

Ganz vorzüglich sind die Ausführungen zu den Vereinbarungen zwischen den Wohnungseigentümern einerseits und den Öffnungsklauseln (die mehreren Arten werden umfassend dargestellt) andererseits. Der Kommentar glänzt hier nachhaltig mit seiner Aktualität. Er stellt die Ansichten in Rechtsprechung und Literatur umfassend (!) dar und geht die verschiedenen eingeschlagenen Wege bis zum Ende. Vorzüge bestimmter Ansätze werden ebenso wie etwaige Schwächen dargestellt.

Bezüglich der Eintragungsfähigkeit der Öffnungsklausel als solcher vertritt der Kommentar in Rdnr. 246 zu § 15, dass diese entsprechend der h. M. ohne Zustimmung von Drittberechtigten in das Grundbuch eingetragen werden kann. Zugleich wird jedoch darauf hingewiesen, dass die Eintragung der Klausel letztlich der einzige Zeitpunkt sei, in dem eine „Kontrolle“ (gemeint sein dürfte die rechtliche Beteiligung) durch Drittberechtigte überhaupt noch möglich ist. Über viele Seiten hinweg wird diese Problematik anschaulich und sorgsam abwägend dargestellt.

Das, was aufgrund einer Öffnungsklausel beschlossen werde, sei Beschluss im Sinne des Gesetzes, jedoch ohne Zustimmung betroffener Drittberechtigter wahrscheinlich nur schwebend unwirksam.

Es überrascht mithin, dass die für eine Erstauflage typischen „Kinderkrankheiten“ bei diesem Werk offensichtlich nicht vor-

handen sind. Gewiss, ich habe nicht das gesamte Werk von A-Z durchgelesen. Doch das Gelesene überzeugt ohne Einschränkung.

Der Verlag nimmt es auf seiner Homepage bereits vorweg: „Die neue Größe im WEG“.

Achim Brenner, Amtsverwalter, Schwäbisch Gmünd

### **Groll (Hrsg.) Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung**

**Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 3. Auflage 2010, 2451 Seiten, € 149,--**

Der Herausgeber Klaus Michael Groll trifft den Punkt, wenn er in seinem Vorwort meint:

„Noch nie stand das Erbrecht so sehr im Mittelpunkt wie in den Jahren seit der Voraufgabe dieses Handbuchs.“

Im Gegensatz zu vielen anderen Rechtsgebieten war das Erbrecht immer so etwas wie der ruhende Pol. Änderungen gab es praktisch keine oder allenfalls geringe Anpassungen (z.B. beim Erbrecht nichtehelicher Kinder). Nunmehr sind das materielle Erbrecht (Reform Erb- und Verjährungsrechts mit Auswirkungen vor allem im Pflichtteilsrecht), das Verfahrensrecht (Gesetz zur Reform des familiengerichtlichen Verfahrens und der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, FamFG), das Erbschaftsteuerrecht und das Recht zur Patientenverfügung geändert worden.

Positiv ist dabei zu vermerken, dass im Gegensatz zu anderen Werken im vorliegenden Handbuch die Rechtsänderungen wie versprochen auch umfassend und kompetent eingearbeitet worden sind. So ist das FamFG in seiner ganzen Breite einschließlich der Veränderungen des § 2369 BGB kommentiert und praxisnah aufgearbeitet. Die Reform des Erb- und Verjährungsrechts ist vor allem beim Abschnitt des Pflichtteilsrechts mit vielen Nachweisen vollständig eingearbeitet.

Das neue Erbschaftssteuerrecht ist nicht nur als solches, sondern vor allem auch mit vielen Beispielen und Berechnungen (z.B. Ausschlagung steuerrechtlich sinnvoll: ja oder nein?) nicht nur in einem einzelnen Kapitel, sondern im ganzen Handbuch berücksichtigt.

Schließlich wurde auch das neue Recht der Patientenverfügung mit einem eigenen Abschnitt bedacht. Im darin enthaltenen Muster der Vorsorgevollmacht ist aber als Bedingung für die Vollmacht der Verlust des Selbstbestimmungsrechts vorgesehen. Dies dürfte vor allem bei Vermögensangelegenheiten dazu führen, dass die Vollmacht in der Rechtspraxis nicht verwendbar ist.

Natürlich sind auch die seit der letzten Auflage ergangenen Gerichtsentscheidungen einschließlich einschlägiger Literatur sowie weitere Gesetzesänderungen (z.B. Rechtsdienstleistungsgesetz) eingearbeitet worden. Dies jeweils mit umfassenden Nachweisen, trotzdem ist das Handbuch angenehm lesbar.

Bearbeiter des Handbuch sind allesamt namhafte Autoren, zum meist Rechtsanwälte oder Universitätsprofessoren, aber auch der Notar Dr. Hans-Frieder Krauß.

Das Handbuch selbst ist auf die Bedürfnisse der (anwaltlichen) Berater in Erbschaftsangelegenheiten zugeschnitten: Die einzelnen Kapitel gehen von praxistypischen Beratungssituationen aus, anhand derer systematisch Lösungs- und Gestaltungsvorschläge entwickelt werden.

Zahlreiche Beraterhinweise und Formulierungsvorschläge, Checklisten und Berechnungsbeispiele (insbesondere zum Erbschaftsteuerrecht und zum Pflichtteilsrecht) ergänzen die Darstellung.

Aufgeteilt ist das Handbuch in sechs Kapitel, nach „Grundüberlegungen zur Vermögens- und Nachfolgeplanung in der Beratung“ (Kapitel A) folgen dann die beiden Hauptkapitel B und C „Das Mandat vor dem Erbfall – Gestaltung letztwilliger Verfügungen“ und „Das Mandat nach dem Erbfall“. Schließlich wird in Kapitel D das Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht behandelt und in Kapitel E und F wird das Handbuch durch „Neue Bundesländer und Erbrecht“ und „Der Erbfall mit Auslandsberührung“ abgerundet.

Gerade in den vorerwähnten Hauptkapiteln B und C ist das Erbrecht in seiner ganzen Breite einschließlich Nebengebieten (z.B. leibzeitige Vermögensübertragung, Patientenverfügung) behandelt.

So finden sich Ausführungen zur Form von Testamenten, zu den einzelnen möglichen Rechtsinstituten, aber auch zu Sonderproblemen wie Behindertentestament, Unternehmensnachfolge, Stiftung und Trust, Schiedsgerichtsklausel und landwirtschaftliches Sondererbrecht. Schließlich wird in Kapitel C z.B. auch behandelt Ausschlagung, Pflichtteil, Nachlasspflegschaft, Auskunftsansprüche, Erbschein, Erbschafts- und Erbteilskauf und last but not least auch die Durchsetzung prozessualer Ansprüche.

Das vorliegende Handbuch ist zwar in erster Linie für den im Erbrecht beratenden Rechtsanwalt geschrieben worden, trotzdem kann auch jeder Notar großen Gewinn aus diesem Handbuch ziehen, da das Erbrecht sehr kompetent und umfassend dargestellt wird und somit automatisch auch die in der notariellen Praxis vorkommenden Probleme behandelt werden. Dies gilt umso mehr für die Notare in Baden-Württemberg als Nachlassrichter, weil auch der verfahrensrechtliche Teil z.B. zur Ausschlagung und zum Erbscheinsverfahren sehr gelungen ist und auch nachlassgerichtliche Spezialprobleme wie die Formwirksamkeit von privatschriftlichen Testamenten oder die Testierfähigkeit sehr gut behandelt werden.

Hierbei gelingt den Autoren der Spagat zwischen Praxisnähe und wissenschaftlicher Aufarbeitung.

Einerseits ist das Handbuch für den Praktiker geschrieben, der sich dann auch schnell zurecht findet und viele Tipps erhält, andererseits ist das Erbrecht wissenschaftlich fundiert mit vielen Fundstellen aufgearbeitet.

Bei der Überprüfung meiner aktuellen Praxisprobleme konnte ich jeweils eine sehr umfassende und detaillierte Antwort finden.

Abschließend kann das Handbuch in dieser Auflage zur Anschaffung für jeden im Erbrecht und im Nachlassverfahren tätigen Berater und Praktiker uneingeschränkt empfohlen werden. Dies gilt umso mehr, als gerade die zuletzt ergangenen vielen Gesetzesänderungen vorzüglich eingearbeitet wurden.

Frank Grigas, Notarvertreter, Balingen

# Aktuelles aus dem Steuerrecht

(von Sebastian Mensch, Diplom Finanzwirt (FH), Notaranwärter, Stuttgart  
& Jan Haubold, Notarvertreter, Nürtingen)

## I. Aktuelles aus der Verwaltung

### 1. Wiederkehrende Leistungen bei Vermögensübertragungen

Das Bundesministerium der Finanzen hat mit Schreiben vom 11. März 2010<sup>1</sup> das bisher gültige BMF-Schreiben vom 16. September 2004<sup>2</sup> zur Behandlung und Anerkennung von widerkehrenden Leistungen bei Vermögensübertragungen novelliert. Neben umfassenden steuerlichen Definitionen enthält das Schreiben Auskünfte zur Behandlung begünstigter Vertragsgegenstände<sup>3</sup>. Es wird die Übergabe von Mitunternehmeranteilen, Betrieben und Teilbetrieben, Anteilen an Kapitalgesellschaften, sowie sonstigen begünstigten Vermögen dargestellt.

Das neue BMF-Schreiben trägt damit der veränderten Gesetzeslage Rechnung, wonach die Anzahl steuerlich begünstigter Vermögensübertragungen eingeschränkt wurde<sup>4</sup>. Des Weiteren sind Ausführungen zur Übergabe gegen Nießbrauch, sowie zur Missbrauchsregelung und den Folgen nachträglicher Änderungen beim Vertragsgegenstand enthalten.

In den Randnummern 59ff. werden die Anforderungen für eine steuerliche Anerkennung beziffert. So muss der Übergabevertrag u.A. die Rechte und Pflichten eindeutig benennen<sup>5-6</sup> und die Leistungen tatsächlich erbracht werden. Eine nachträgliche Übereinkunft zur Erbringung von Versorgungsleistungen wird weiterhin nicht anerkannt. Änderungen können steuerwirksam nur für die Zukunft vereinbart werden.

Leistungen die nicht durch den Ertrag des Übergabegenstandes gedeckt werden können sind steuerrechtlich als freiwillige Leistungen einzuordnen. Die Nichtbeachtung einer vereinbarten Wertsicherungsklausel ist für die korrespondierende steuerliche Anerkennung unerheblich<sup>7</sup>. Sollten die Versorgungsleistungen zeitweise willkürlich ausgesetzt werden, kann dies bei Wiederaufnahme in der Folgezeit eine Aberkennung der steuerlichen Abzugsmöglichkeit bedeuten.

### 2. Vorläufige Festsetzung der Grunderwerbsteuer

Mit dem Erbschaftsteuerreformgesetz vom 24.12.2008<sup>8</sup> hat der Gesetzgeber die Konsequenzen aus der für verfassungswidrig<sup>9</sup> erklärten Bewertung mit Grundbesitzwerten gezogen.

Ungeklärt war, inwieweit die Bewertung mit Grundbesitzwerten, sofern noch gesetzlich vorgesehen ebenfalls geändert werden muss. Der Bundesfinanzhof hatte diesbezüglich das Bundesministerium der Finanzen aufgefordert Stellung zu

beziehen<sup>10</sup>. Im BMF wird weiterhin die Ansicht vertreten, dass die noch vorgesehene Bewertung mit Grundbesitzwerten gemäß § 8 Abs. 2 i.V.m. § 17 Abs. 3a GrEStG nicht verfassungswidrig ist. Mit Erlass vom 01. April 2010<sup>11</sup> haben die obersten Finanzbehörden der Länder dennoch die Bewertung mit Grundbesitzwerten für vorläufig erklärt. Einsprüche zur Wahrung von Rechtsinteressen sind nicht mehr erforderlich.

### 3. BMF-Schreiben zum neuen Versorgungsausgleichsgesetz

Mit Inkrafttreten<sup>12</sup> des Versorgungsausgleichsgesetzes<sup>13</sup> erfuhr der bisherige Versorgungsausgleich eine grundlegende Neustrukturierung. Der neue Versorgungsausgleich sieht eine interne Teilung als Grundsatz für alle Bereiche der betrieblichen und privaten Altersvorsorge vor. Bei der internen Teilung wird für jeden Ehegatten innerhalb des Altersvorsorgesystems geteilt. Kommt es in Ausnahmefällen<sup>14</sup> zu einer externen Teilung, bestimmt der Ausgleichsberechtigte in welches System der Ausgleichswert zu transferieren ist.

Durch BMF-Schreiben vom 31. März 2010<sup>15</sup> wird klargestellt, dass die Übertragung von Ausgleichsansprüchen im Rahmen der internen oder externen Teilung steuerbefreit ist<sup>16</sup>. Die nachgelagerte Besteuerung erfolgt gemäß der, auch ohne Übertragung, zugrundeliegenden Einkunftsart.

Kommt es im Rahmen einer Versorgungsausgleichsvereinbarung zu schuldrechtlichen Ausgleichszahlungen können diese unter engen Voraussetzungen als Sonderausgaben abzugsfähig sein. In Betracht kommt ein Abzug zum Beispiel bei Zahlungen durch den Hinterbliebenen des Ausgleichsverpflichteten für ein bestehendes aber noch nicht ausgeglichenes Anrecht bei einem ausländischen Versorgungsträger<sup>17</sup>. Das BMF hat mit Schreiben vom 09. April 2010<sup>18</sup> über die steuerliche Behandlung von Ausgleichszahlungen im Rahmen des Versorgungsausgleichs Anwendungsbeispiele zusammengefasst. Grundsätzlich ist eine Ausgleichszahlung nicht begünstigt, wenn ein Anrecht nach § 23 VersAusglG abgefunden wird.

Sollte in Einzelfällen weder eine interne noch externe Teilung in Betracht kommen, da das Anrecht im Zeitpunkt des Versorgungsausgleichs noch nicht ausgleichsreif<sup>19</sup> oder im Sinne des BetrAVG noch verfallbar ist, gilt weiterhin kumulativ das Schreiben vom 30. Januar 2008<sup>20</sup>.

<sup>1</sup> DStR 2010, 545

<sup>2</sup> DStR 2004, 1696

<sup>3</sup> RdNr. 7 ff.

<sup>4</sup> JStG 2008 vom 20.12.2007; BGBl. I 2007, S. 3150

<sup>5</sup> § 10 Abs. 1 Nr. 1a EStG

<sup>6</sup> So bereits BFH DStR 1992, 1508

<sup>7</sup> Siehe auch BFH NJW 2004, 2297

<sup>8</sup> BGBl. I 2008 S. 3018

<sup>9</sup> BVerfG NJW 2007, 573

<sup>10</sup> Mensch/Haubold BWNtZ 2009, 217

<sup>11</sup> FinMin Baden-Württemberg DStR 2010, 1239

<sup>12</sup> Gesetz vom 03.04.2009; in Kraft ab 01.04.2010

<sup>13</sup> BGBl. I 2009, S. 700

<sup>14</sup> §§ 14 bis 17 VersAusglG

<sup>15</sup> Schreiben betr. steuerliche Förderung der privaten Altersvorsorge und betrieblichen Altersvorsorge BStBl. I 2010, S. 270; BMF IV C 3 - S 2222/09/10041; IV C 5 - S 2333/09/10005

<sup>16</sup> § 3 Nr. 55a und 55b EStG

<sup>17</sup> § 26 VersAusglG

<sup>18</sup> DStR 2010, 754

<sup>19</sup> § 19 VersAusglG

<sup>20</sup> BStBl. I 2008, S. 390

#### 4. Sanierungsklausel ausgesetzt

Werden innerhalb von 5 Jahren mittelbar oder unmittelbar mehr als 25 % oder mehr als 50 % des gezeichneten Kapitals einer Körperschaft an einen Erwerber oder ihm nahestehende Personen übertragen, so hat dies den anteiligen bzw. vollständigen Verlust des verbleibenden körperschaftsteuerlichen und gewerbsteuerlichen Verlustabzuges zur Folge<sup>21</sup>.

Sofern mit dem Beteiligungserwerb der Versuch einer Sanierung verknüpft ist, kommt es nicht zum Verlustuntergang<sup>22</sup>. Eine Sanierung liegt dann vor, wenn die Maßnahme, darauf gerichtet ist, die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung zu verhindern oder zu beseitigen und zugleich die wesentlichen Betriebsstrukturen zu erhalten. Um in den Genuss dieser sog. Sanierungsklausel zu gelangen muss die Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung drohen oder bereits eingetreten sein. Des Weiteren müssen die angestrebten Maßnahmen nach Beteiligungserwerb für eine Sanierung objektiv geeignet sein. Den Nachweis hat die sanierungsbedürftige Gesellschaft zu führen.

Die Europäische Kommission hat ein förmliches Prüfverfahren gem. Art. 108 Abs. 2 AEUV eingeleitet<sup>23</sup>. Gegenstand des Verfahrens ist ein angenommener Verstoß gegen die Beihilfebestimmungen der Europäischen Union, insbesondere Art. 107 AEUV. Mit Schreiben vom 30. April 2010<sup>24</sup> hat das Bundesministerium der Finanzen als Reaktion auf das Prüfverfahren die Aussetzung der Sanierungsklausel bestimmt. In der Folge werden Veranlagungen unter Vorbehalt der Nachprüfung ergehen.

#### 5. Anpassungen von Gewinnabführungsverträgen

##### a) Höchstbetragsanpassung in § 301 AktG

Im Rahmen eines Gewinnabführungsvertrages kann nicht mehr Gewinn abgeführt werden, als höchstens der ohne die Gewinnabführung entstehende Jahresüberschuss, vermindert um einen Verlustvortrag aus dem Vorjahr, um den Betrag, der nach § 300 in die gesetzlichen Rücklagen einzustellen ist, und den nach § 268 Abs. 8 des HGB ausschüttungsgesperrten Betrag<sup>25</sup>. Für eine steuerliche Anerkennung ist gemäß § 17 Satz 2 Nr. 1 KStG eine vollständige Abführung notwendig. Durch das BilMoG<sup>26</sup> wurde § 301 AktG um den Verweis auf § 268 Abs. 8 HGB ergänzt. Fraglich ist nun, ob hieraus eine Anpassung bestehender Gewinnabführungsverträge notwendig ist.

Die Neuregelungen sind nach einem BMF-Schreiben vom 14.01.2010<sup>27</sup> unabhängig von anderslautenden vertraglichen Vereinbarungen zwingend.

Sofern die Novellierung von § 301 AktG tatsächlich beachtet wird kommt es nicht zum Wegfall der steuerlichen Organshaft. Eine Anpassung der Gewinnabführungsverträge ist insoweit fakultativ.

##### b) Ausgleichzahlung an außenstehenden Aktionär

Ein Gewinnabführungsvertrag muss für außenstehende Aktionäre des beherrschten Unternehmens einen angemessenen Ausgleich in Form einer wiederkehrenden Leistung fest-

legen. Der BFH hatte mit Urteil vom 04. März 2009<sup>28</sup> festgestellt, dass einem Ergebnisabführungsvertrag die steuerliche Anerkennung zu versagen ist, sofern neben einem Festbetrag noch ein variabler Gewinnanteil in den Ausgleichsbetrag einfließt<sup>29</sup>.

Der Bundesfinanzhof argumentiert mit der nicht vollständigen Gewinnabführung, wenn neben einem bestimmten Festbetrag ein zusätzlicher Ausgleich in jener Höhe vereinbart wird, um die der hypothetische Gewinnanspruch des Außenstehenden ohne die Gewinnabführung den Festbetrag übersteigen würde.

Das BMF hält im Wege eines Nichtanwendungserlasses<sup>30</sup> an seiner bisherigen Rechtsauffassung fest. Demnach weiß § 304 AktG nur einen Mindestbetrag für den Ausgleich aus. Einer vertraglichen Vereinbarung weiterer fester oder variabler Zahlungen steht weder das Steuerrecht noch das Aktienrecht entgegen.

#### 6. Neue Mustersatzung für Vereine

In Ergänzung zur letzten Ausgabe von „Aktuelles aus dem Steuerrecht“<sup>31</sup> wird darauf hingewiesen, dass durch das Bayerische Landesamt für Steuern am 02. Juli 2010 eine neue Mustersatzung für Vereine veröffentlicht und zum Herunterladen bereit gestellt wurde<sup>32</sup>.

## II. Gesetzliche Neuregelungen

### EU- Vorgaben- Umsetzungsgesetz tritt in Kraft<sup>33</sup>

Das EU- Vorgaben Umsetzungsgesetz<sup>34</sup> ist ein Sammelgesetz und versucht wichtige Anpassungen innerhalb des deutschen Steuerrechts an die Europäische Rechtssetzung zu vollziehen. Neben interessanten aber hier nicht näher zu erläuternden Änderungen bei degressiver Gebäudeabschreibung und beim Leistungsempfänger von Grundstücksvermietungsleistungen erfolgte, als eine von weiteren zahlreichen Änderungen, eine Anpassung der begünstigten Auslandsspendenempfänger<sup>35</sup>. Künftig sind Zuwendungen zur Förderung gemeinnütziger, mildtätiger oder kirchlicher Zwecke an eine im Inland weder beschränkt noch unbeschränkt steuerpflichtige Körperschaft unter bestimmten Voraussetzungen als Sonderausgaben abzugsfähig.

Zu diesen Voraussetzungen zählen, dass es sich um eine in einem EU- Mitgliedsstaat oder einem EWR- Staat ansässige Körperschaft handelt, die bei einem fiktiven Sitz in Deutschland steuerbefreit wäre. Des Weiteren muss zwischen dem Heimatstaat und Deutschland ein Abkommen zum Informationsaustausch bestehen, welches eine Prüfung ermöglicht, ob die Spenden einen Inlandsbezug aufweisen.

<sup>21</sup> § 8c KStG

<sup>22</sup> Mensch/Haubold BWNNotZ 2009, 217

<sup>23</sup> Schreiben vom 24. Februar 2010

<sup>24</sup> DStR 2010, 929

<sup>25</sup> § 301 AktG i.V.m. § 249 HGB

<sup>26</sup> BGBl. I 2009, S. 1102

<sup>27</sup> DStR 2010, 113

<sup>28</sup> DStR 2009, 1749

<sup>29</sup> So bereits schon BFH Urt. v. 31.03.1976; BStBl. II 1976, S. 510

<sup>30</sup> DStR 2010, 873

<sup>31</sup> Mensch/Haubold BWNNotZ 2010, 89

<sup>32</sup> [www.finanzamt.bayern.de/Informationen/Aktuelles](http://www.finanzamt.bayern.de/Informationen/Aktuelles)

<sup>33</sup> In Kraft ab 01.07.2010

<sup>34</sup> BGBl. I 2010, S. 386

<sup>35</sup> §§ 52 bis 54 Abgabenordnung



### III. Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs

#### III. 1. Erbschafts- und Schenkungsteuer

##### 1. Erwerb eines weiteren Kommanditanteils unter Nießbrauchsvorbehalt

An einer GmbH & Co. KG waren die Klägerin, ihre Mutter und 4 weitere Personen als Kommanditisten beteiligt. Bei der Komplementär-GmbH waren die gleichen Personen in einem anderen Verhältnis Gesellschafter. Die Mutter -nachfolgend Schenkerin genannt- übertrug ihren Kommanditanteil, sowie den Anteil an der Komplementär-GmbH und ihre Bezugsrechte und Forderungen aus Rücklagen und Gesellschafterdarlehenskonten an die Klägerin. Als Gegenleistung wurde ein lebenslanger Vorbehaltsnießbrauch vereinbart. Dieser war dergestalt geregelt, dass die Schenkerin die Ergebnisanteile aus der übertragenden Kommanditbeteiligung nebst den Zinsen auf die Darlehensforderung, sowie die anteiligen Gewinnausschüttungen der GmbH erhalten sollte. Des Weiteren behielt die Schenkerin sich alle aus den übertragenden Beteiligungen resultierenden Stimm- und sonstigen Verwaltungsrechte vor. Der Nießbrauch war so ausgestaltet, dass er sich am Erlös einer späteren Anteilsveräußerung bis hin zum Wiederanlagegut fortsetzen sollte.

Die Klägerin begehrte den Freibetrag in Höhe von 256.000 Euro nach § 13a Abs. 1 ErbStG a.F. im vollem Umfang. Das Finanzamt sah die Voraussetzungen für die Freibetragsgewährung als nicht erfüllt an, da es der Klägerin bezüglich des erworbenen Mitunternehmeranteils an Mitunternehmerinitiative fehle. Bedingt durch die Vereinbarung des Vorbehaltsnießbrauchs könne die Klägerin nicht ein Mindestmaß von Mitunternehmerinitiative ausüben. Bezüglich des ebenfalls notwendigen Mitunternehmerrisikos wurde anerkannt, dass die Klägerin das Verlustrisiko des Mitunternehmeranteils zu tragen hat.

Hiergegen wehrte sich die Klägerin mit der Begründung, dass sie bereits vor der Schenkung Mitunternehmerin gewesen ist und sich ihre Mitunternehmerstellung folglich ebenfalls auf den hinzuerworbenen Anteil erstreckt. Des Weiteren kann der Nießbraucher sein Stimmrecht nur für laufende Geschäfte ausüben. Demnach verbleibt der Klägerin die Mitunternehmerinitiative bei sog. Grundlagengeschäften.

Der Bundesfinanzhof hat in seinem Urteil vom 23. Februar 2010<sup>36</sup> die Bedeutung der Mitunternehmerstellung für die Inanspruchnahme des Freibetrags betont und die Klage abgewiesen.

Die Steuervergünstigung nach § 13a Abs. 1 a.F. ErbStG war an die Voraussetzung geknüpft, dass der geschenkte Mitunternehmeranteil sowohl beim Schenker, als auch beim Beschenkten Betriebsvermögen darstellt<sup>37</sup>. Dies setzt für den Schenker und den Beschenkten jeweils das Bestehen von Mitunternehmerinitiative und Mitunternehmerisiko voraus<sup>38</sup>. Bezüglich der Schenkerin liegen die Voraussetzungen unzweifelhaft vor. Fraglich ist, wie sich der Nießbrauch auf die Mitunternehmerinitiative der Klägerin auswirkt.

Der BFH untersucht zunächst, ob durch den weiteren Erwerb eines Mitunternehmeranteils eine Vereinigung der Anteile eintritt. Nach einer Ansicht<sup>39</sup> bleibt derjenige, der Mitunternehmer

vor dem Hinzuerwerb war, auch Mitunternehmer nach dem Erwerb. Es kommt zu einer einheitlichen Mitgliedschaft und damit zu einer einheitlichen Beteiligung. Der BFH lässt in seinem Urteil erkennen, dass er durchaus einer anderen Ansicht<sup>40</sup> näher steht, wonach sofern an dem hinzuerworbenen Anteil dingliche Rechte bestehen, es zu keiner Vereinigung kommt.

In Bezug auf den Erwerb von Todes wegen mit Testamentsvollstreckung ist dies durch den BGH bereits bestätigt worden<sup>41</sup>. Nach der durch die Verfasser vertretenen Meinung kann es, soweit ein dingliches Recht wirksam am Anteil begründet wurde, zu keiner Vereinigung kommen, die in der Folge die Ausübung des Rechtes verhindert.

Letztlich hat der Bundesfinanzhof diese Streitfrage offengelassen. Für die Gewährung der steuerlichen Vergünstigung kommt es allein auf den Gegenstand der Anteilsabtretung an. Unberücksichtigt bleibt demnach der bereits bestehende Gesellschaftsanteil. Isoliert betrachtet fehlt es der Klägerin für den erworbenen Anteil an Mitunternehmerinitiative. Dabei ist die Vereinbarung eines Nießbrauchs nicht per se schädlich.

Durch den BFH wird klargestellt, dass ein Vorbehaltsnießbrauch, der sich am Gesetzeswortlaut anlehnt der Mitunternehmerinitiative nicht entgegensteht.

In dem hier entschiedenen Fall hat sich die Schenkerin einen vollumfänglichen Nießbrauch vorbehalten. Damit steht der Schenkerin, nach Ansicht des BFH, auch das Stimmrecht bei Grundlagenbeschlüssen zu. Gegen diese Schlussfolgerung werden Bedenken in der Jurisprudenz geäußert<sup>42</sup>. Denen begegnet der BFH mit der Feststellung, dass gemäß § 41 Abs. 1 AO unabhängig von dem rechtlich zulässigen, steuerrechtlich das tatsächlich umgesetzte Verfahren berücksichtigt werden muss.

Dieses Urteil zeigt die Notwendigkeit einer sorgfältigen Ausgestaltung von Mitunternehmerinitiative bei einer Anteilsabtretung. Zwar ist das Urteil noch zur alten Rechtslage ergangen, allerdings knüpfen auch die Vergünstigungen des neuen § 13a ErbStG an die Eigenschaft als Mitunternehmer.

##### 2. Keine Schenkung bei disquotaler Kapitalerhöhung

Dem Bundesfinanzhof wurde zur Entscheidung der nachfolgende Sachverhalt vorgelegt. An einer GmbH waren unter Anderem Eheleute beteiligt. Mit notariell beurkundetem Beschluss wurde die Kapitalerhöhung der Gesellschaft beschlossen. Die Kapitalerhöhung sollte durch Einbringung der Anteile an einer anderen Gesellschaft erfolgen. An der einzubringenden Gesellschaft waren der Ehemann und eine weitere Person beteiligt. In der Folge wurden diese Beiden auch zur Übernahme der neuen Gesellschaftsanteile zugelassen.

Mit der Einbringung der Gesellschaft ohne weitere Gegenleistung erhöhte sich der Wert der Beteiligung der Ehefrau. Das Finanzamt setzte nach Abzug der entsprechenden Freibeträge Schenkungsteuer fest.

Gegen diese Festsetzung erhoben die Eheleute Klage mit der Begründung es fehle an einer freigiebigen Zuwendung des Ehemannes an die Ehefrau. Der BFH gab der Klage statt und hob die Schenkungsteuerfestsetzung auf<sup>43</sup>.

<sup>36</sup> ZEV 2010, 320

<sup>37</sup> § 13a Abs. 4 ErbStG a.F.

<sup>38</sup> Mensch/Haubold BWNNotZ 2009, 157

<sup>39</sup> Jülicher DStR 1998, 1977

<sup>40</sup> K. Schmidt Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 45 I. 2.

<sup>41</sup> ZEV 1996, 110

<sup>42</sup> K. Schmidt MüKo HGB, 2. Aufl., Bd. 3, vor § 230 Rdnr. 21

<sup>43</sup> Urt. v. 09.12.2009 ZEV 2010, 319

Der Schenkungsteuer unterliegt jede freigiebige Zuwendung. Eine solche setzt eine Vermögensverschiebung zwischen Schenker und Beschenkten voraus. Es liegt eine Vermögensminderung beim Schenker vor und eine wirtschaftliche Vermögensmehrung beim Beschenkten. Für die Frage der freigiebigen Zuwendung kommt es auf die Zivilrechtslage an. Diese bestimmt sowohl den Schenkungsgegenstand, als auch den Beschenkten selbst. Einzig der GmbH wird in diesem Fall Vermögen zugewandt. Diese besitzt eine eigene Rechtspersönlichkeit. Es fehlt an der Vermögensverschiebung zwischen den Gesellschaftern<sup>44</sup>.

### III: 2. Gewerbesteuer

Eine GmbH & Co. KG -nachfolgend Klägerin genannt- hatte im Wesentlichen als Unternehmensgegenstand die Herstellung von Antriebstechnik. Diesen Geschäftsbereich veräußerte die Klägerin an eine andere GmbH. Nicht mit übertragen wurden das Produktionsbetriebsgrundstück, sowie die Gesellschafterdarlehen und Steuerrückstellungen. In der Folgezeit vermietete die Klägerin das Betriebsgrundstück an die Erwerberin und hatte selbst keinen eigenen Produktionsbetrieb mehr.

Das Finanzamt setzte entgegen der Erklärung der Klägerin den Veräußerungserlös bei der Gewerbesteuer als laufenden Gewerbeertrag an. Die Klägerin begehrte eine Begünstigung und begründete dies mit dem Objektsteuercharakter der Gewerbesteuer. Die Gewerbesteuer soll nur den durch den laufenden Betrieb entstehenden Gewinn eines Gewerbebetriebs erfassen.

Mit seinem Urteil vom 17. März 2010<sup>45</sup> gab der BFH der Finanzverwaltung recht. Der laufende Gewerbeertrag wird auf der Basis von Einkommensteuer- oder Körperschaftsteuerrecht ermittelt. Der laufende Ertrag ist dabei um solche Bestandteile zu bereinigen, die nicht auf dem tätigen Gewerbebetrieb beruhen. Für natürliche Personen und Personengesellschaften ist anerkannt, dass die Veräußerung oder die Aufgabe eines Betriebs oder Teilbetriebs i.S.v. §§ 16 Abs. 1 und 34 EStG<sup>46</sup> nicht der Gewerbesteuer unterliegt<sup>47</sup>. Voraussetzung für diese Steuervergünstigung ist die Aufgabe der gewerblichen Tätigkeit. Eine Personengesellschaft muss hierzu nicht aufgelöst werden. Sie kann mehrere Betriebe führen. Ausreichend ist es, wenn nach der allgemeinen Ver-

kehrsanschauung und im Sinne einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise keine Identität zwischen dem aufgegebenen und dem aktuellen Betrieb besteht. Die Gewerbesteuerpflicht des aufgegebenen bzw. veräußerten Betriebes muss erlöschen. Gegen eine solche Betriebsverschiedenheit spricht hier, dass eine wesentliche Betriebsgrundlage nicht mit veräußert wurde. Das Betriebsgrundstück diente der Produktion der Antriebstechnik und war daher unzweifelhaft wesentliche Betriebsgrundlage. Der Betrieb der Klägerin wurde nicht vollständig aufgegeben und eine Steuerbegünstigung kann nicht erlangt werden.

Die Tatsache, dass die Klägerin nach Veräußerung der Antriebstechnik ausschließlich vermögensverwaltend aktiv ist, vermag am Ergebnis nichts zu ändern. Für die persönliche Steuerpflicht nach § 5 GewStG ist es ohne Bedeutung, ob die Klägerin originär ein Gewerbe führt oder auf Grund der Fiktion in § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG.

Eine Versteuerung hätte in diesem Fall verhindert werden können, indem das Betriebsgrundstück entweder mit veräußert worden wäre oder in das Betriebsvermögen einer atypischen stillen Beteiligung an der Klägerin überführt worden wäre. Im letzten Fall erlischt die persönliche Steuerpflicht des Betriebes der Klägerin. Der atypisch still Beteiligte ist anders als der Inhaber des Handelsgeschäfts nicht gewerbesteuerpflichtig.

### IV. Bundesfinanzhof Kompakt

1. -Abzugsfähigkeit von Erbauseinandersetzungskosten- Die abzugsfähigen Kosten einer Erbauseinandersetzung i.S.v. § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG umfassen auch Aufwendungen für die Bewertung der im Nachlass befindlichen Grundstücke<sup>48</sup>.
2. -Steuerklassen und Adoption- Die Steuerklassen I und II gemäß § 15 ErbStG gelten nicht, wenn das Annahmeverhältnis vor dem Erbfall beendet wird<sup>49</sup>.
3. -Atypisch stille Gesellschaft bei Mitarbeiterbeteiligung- Eine Kapitalbeteiligung von Mitarbeitern über eine GbR ist entgegen der vertraglichen Vereinbarung nur eine typisch stille Beteiligung, wenn es an Mitunternehmerisiko- und initiative fehlt<sup>50</sup>.

<sup>44</sup> Anders noch R 18 Abs. 3 ErbStR; bisher ist kein Nichtanwendungserlass ergangen

<sup>45</sup> DStR 2010, 922

<sup>46</sup> Zu den Voraussetzungen siehe auch Mensch BWNNotZ 2007, 140; ders. NotBZ 2009, 123

<sup>47</sup> § 7 GewStG

<sup>48</sup> ZEV 2010, 325

<sup>49</sup> NJW-RR 2010, 881

<sup>50</sup> Beschluss vom 21.01.2010 - IV B 128/08

### Impressum

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e. V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e. V., Karlsruhe. Schriftleiter: Notarvertreter Daniel Schaal, Archivstraße 15A/B, 70031 Stuttgart (Tel. 0711/2123856). verantwortlich für Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Notar Dr. Oliver Fröhler, Franz-Schubert-Weg 3, 79822 Titisee-Neustadt (Tel. 07651/203214), verantwortlich für Sparte Rechtsprechung. Die BWNNotZ erscheint jährlich sechsmal. Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e.V. in 70174 Stuttgart, Kronenstraße 34 (Tel. 0711/2237951. Fax 0711/2237956. E-Mail: wuertt.NotV@t-online.de) zu richten.

Der Bezugspreis beträgt jährlich € 45,- einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31.05. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt: Einzelhefte € 7,- einschließlich USt zuzüglich Versandkosten. Einzelhefte können nur von den letzten 5 Jahrgängen einschließlich des laufenden Jahrgangs bezogen werden.

Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderjahres erfolgen.

Gesamtherstellung: Gaiser Print Media GmbH, Im Spagen 5, 73527 Schwäbisch Gmünd (Tel. 07171/9702-0, Fax 07171/9702-30).

# Einladung

zur Festveranstaltung 150 Jahre Württembergischer Notarverein e.V. und zur ordentlichen Mitgliederversammlung des Württembergischen Notarverein e.V. am

**Samstag, den 25. September 2010, 10.00 Uhr**

in das Konzert- und Kongresszentrum Harmonie in Heilbronn.

**Die Tagesordnung für die Mitgliederversammlung sieht folgendes vor:**

- 1. Begrüßung und Grußworte**
- 2. Festvortrag von Prof. Stürner, Freiburg:  
Württ. Notariat – Tradition und Reform**
- 3. Bericht des Vorstandes**
- 4. Aussprache**
- 5. Entlastung des Vorstandes und der Geschäftsführung**
- 6. Erhöhung der Mitgliedsbeiträge\***
- 7. Verschiedenes**

\*zu Ziffer 6.:

Vorstand und Beirat stellen den Antrag, die Mitgliederversammlung möge folgendes beschließen:

Die Mitgliedsbeiträge werden ab dem Vereinsjahr 2011 wie folgt erhöht:

- Amtsnotare: um 40 € auf 390 €
- Notare im Hauptberuf: um 40 € auf 270 €
- Notarvertreter: um 20 € auf 190 €
- Württ. Notariatsassessoren bei öffentlichen Notaren oder im Justizdienst, sowie Kolleginnen und Kollegen, welche zur ordentlichen Mitgliedschaft optiert haben: um 20 € auf 140 €
- Kolleginnen und Kollegen außerhalb der Justizverwaltung und sonstige außerordentliche Mitglieder: um 20 € auf 90 €
- Notare i.R., sonstige Rentner, ohne Bezüge beurlaubte Kolleginnen und Kollegen, Notaranwärter: um 5 € auf 50 €.

Der Vorstand:

Kuhn, Oelgray, Stock, Mücke, Neubert

