Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

– BWNotZ –

Herausgeber:
Württ. Notarverein e. V., Stuttgart
in Verbindung mit dem
Bad. Notarverein e. V., Karlsruhe

Inhalt Seite

Das Ventôse-Gesetz von 1803 165
Auslandsvermögen und Pflichtteilsrecht 166
Rechtsprechung 185

8/2002
Dezember

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg BWNotZ

Herausgeber:
Württ. Notarverein e. V., Stuttgart, in Verbindung mit dem Bad. Notarverein e. V., Karlsruhe

Dezember 68. Band Nr. 8/2002

In memoriam: Das Ventôse-Gesetz von 1803 – Aufbruch in ein modernes Notariat

Notar Professor Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Der Beruf des Notars ist ein Urberuf. Ein weiter Bogen spannt sich von den Notariatsformen der Antike über das Mittelalter zu dem Notariat der Gegenwart. Ein bedeutender Markstein in der Entwicklung des Notarstandes ist das Ventôse-Gesetz[1], das am 16. März 2003 seinen 200. Jahrestag feiert. Dieses französische Notariatsgesetz hat weltweit das moderne Notarrecht maßgeblich beeinflusst und bildet auch heute noch die gemeinsame Grundlage der in der Union des Lateinischen Notariats zusammen geschlossenen Notare in aller Welt. Viele Vorschriften des Ventôse-Gesetzes reichen bis in die Neuzeit hinein.

1. Lange Entwicklungszeit

Notare gab es in Deutschland schon seit vielen Jahrhunderten[2]. Aber erst die Reichsnotariatsordnung von Kaiser Maximilian I. vom 8. 10. 1512 stellte einen ersten neuzeitlichen Versuch dar, das Notariatswesen legislatorisch zu fassen, nicht zuletzt unter dem Einfluss der Rezeption. Erstmals wurde eine einheitliche Rechtsgrundlage für das Notariat im gesamten damaligen Reichsgebiet geschaffen. Doch deren Wirkung war als Folge des Verfalls der Reichsautorität und der wachsenden Macht der Fürsten gering geblieben. Auch dem eigentlichen Übel des gemeinrechtlichen Notariats, nämlich der Unwissenheit und Unerfahrenheit der Notare, war mit der Reichsnotariatsordnung von 1512 keineswegs Rechnung getragen. So verstummten auch danach nicht die Klagen über untaugliche Notare[3].

2. Ventôse-Gesetz im Geiste der Zeit

In den letzten beiden Jahrhunderten des alten Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation stellten sich im kaiserliche Notariat immer mehr Missstände ein, die einer Ablösung des maroden Notariatssystems Vorschub leisteten. Wegweisend für ein modernes Notariat war dabei Frankreich. Die napoleonische Gesetzgebung schuf am 16. 3. 1803 das Ventôse-Gesetz. Auf der Grundlage dieses Gesetzes entsprach das französische Notariat dem fortschrittlichen und freien Geiste des 19. Jahrhunderts. Das Ventôse-Gesetz belebte nunmehr wieder die im klassisch-oberitalienischen Notariat entwickelten Grundgedanken, die einst Vorbild auch für das nördlich der Alpen wirksame Reichsnotariat waren.

3. Grundsätze des Ventôse-Gesetzes

Der Zeitgeist zu Beginn des 19. Jahrhunderts verlangte eine moderne Ausprägung des Notariats. Nach dem Ventôse-Gesetz wurden die verschiedenen Arten der Urkundspersonen (Notare, Tabellionen) zu Gunsten des Amtes der öffentlichen Notare (notaires publics) beseitigt. Die Ernennung der Notare oblag der staatlichen Justizverwaltung. Die Anzahl der Notarstellen wurde von der Justizverwaltung bestimmt. Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit gewährleisten die Unabhängigkeit gegenüber dem Notaramt. Wichtig ist die Statuierung der Unvereinbarkeit des Notaramts mit anderen öffentlichen Ämtern, nämlich mit dem Amte eines Richters, Regierungskommissars bei den Tribunalen, eines Advokaten oder Prokurators, Gerichtsschreibers, Vollstreckungsbeamten u. a. Der französische Gesetzgeber schuf das Amt des öffentlichen Notars als eine selbstständige Einrichtung der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die mit den Aufgaben anderer staatlicher Ämter unvereinbar war. Damit war eine klare Trennung zwischen freiwilliger und streitiger Gerichtsbarkeit gezogen. Strenge Verfahrens- und Haftungsbestimmungen gewährleisten den Schutz des Rechtssuchenden. Alle notariellen Akte genießen öffentlichen Glauben. Die freiberufliche Amtsausübung mit dem Recht, Gebühren nach gesetzlich geregelten Tarifen zu erheben, gab dem Notar die notwendige Bewegungsfreiheit. Das Ventôse-Gesetz schaffte den Verkauf und die Vererbung der notariellen Urkundensammlung und des Aktenbestandes ab.

Das Ventôse-Gesetz enthielt zugleich die Zulassungsbeschränkungen zum Notariat und schuf die Grundlage der dem französischen Notariat eigentümlichen und in der historischen Entwicklung des italienisch-französischen Notariats wurzelnden Einrichtung der Notarkammern (chambres de notaires). Die Kammern waren Selbstverwaltungsorgane des Notarstandes und beaufsichtigten die Notare. Gerade das Fehlen von Notarkammern (Notariatskollegien) im alten Reich war mit ein Grund dafür, dass die guten Absichten der Reichsnotariatsordnung von 1512 unverwirklicht blieben.

4. Aufnahme in Deutschland

Bald nach der von Napoleon verursachten Auflösung des alten Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation – als der österreichische Kaiser Franz II. am 6. August 1806 die deutsche Kaiserkrone niederlegte – fanden die im Ventôse-Gesetz niedergelegten Grundsätze des neuzeitlichen Notariats auch in Deutschland Eingang. Für die deutschen Länder bestand nach dem Wegfall der kaiserlichen Gewalt nun die Möglichkeit, das bisher dem Kaiser offiziell unterstehende Notariatswesen endlich in die eigene Zuständigkeit zu bekommen. Mit dem französischen Notariat wurde eine Einrichtung übernommen, die im Nachbarland besser die geschichtlichen Überlieferungen des klassischen italienischen Notariats bewahrt hatte als in Deutschland. Viele deutsche Länder ordneten nun ihre Notariatsverfassungen nach den Prinzipien des Ventôse-Gesetzes neu. Größtenteils

1 Gesetz vom 25. Ventôse des Jahres XI (16. März 1803) nach der Zeitrechnung der französischen Revolution – Loi contenant organisation du notariat du 25 Ventôse an XI.
2 Böhringer, BWNotZ 1989, 25.
3 So berichtet Hans Jakob Christoph von Grimmelshausen in „Der Abenteuerliche Simplicissimus Teutsch" im V. Buch IX. Kapitel von einem sonderbaren „Notarium". Auch im XXIII. und XXIV. Kapitel ist von Notaren die Rede – eindrucksvoll wird die damalige Situation der Notare geschildert.

trat in den deutschen Ländern das reine Notariat (Nur-Notariat) dem im Norddeutschland, insbesondere in Preußen, herrschenden Anwaltsnotariat und den süddeutschen Formen des Behörden- und Richternotariates gegenüber. In Baden und Württemberg wurden zwar Bestandteile des französischen Amtssystems der Idee nach übernommen, ein reines Beurkundungsnotariat aber abgelehnt. Das Amtsnotariat in Baden-Württemberg in Bezug auf die Übertragung der Grundbuchführung, der Vormundschafts- und Nachlassgerichtsbarkeit erklärte sich aus süddeutschen Überlieferungen.

Zur Zeit der Reichsgründung 1871 waren die Unterschiede des Notariatsrechts der größeren deutschen Bundesstaaten[4] gleichwohl groß, obwohl das französische Recht zum Aufschwung des Notariats in Deutschland außerordentlich viel beigetragen hatte. Auch im Deutschen Reich Bismarcks und in der Weimarer Republik blieb die Notariatsverfassung der einzelnen deutschen Staaten unterschiedlich.

1937 wurde im Zuge der Überleitung der Rechtspflege auf das Reich eine Vereinheitlichung der Notariatsverfassungen angestrebt. Die am 13. Februar 1937 neu geschaffene Reichsnotarordnung[5] sah – unter Aufrechterhaltung der besonderen Notariatsverfassung in Baden und Württemberg – die Einführung des freiberuflichen Nurnotariats für ganz Deutschland vor, ließ aber vorläufig die Gebiete des Anwaltsnotariats bestehen. Mit dem Zusammenbruch des Deutschen Reiches im Jahre 1945 und der ihm folgenden Aufteilung Deutschlands in vier Besatzungszonen entwickelten sich die Notariatsverfassungen in den verschiedenen Gebieten allerdings nicht einheitlich. Erst die Bundesnotarordnung[6] vom 24. Februar 1961 knüpfte wieder an frühere Entwicklungen an und goss Bewährtes und Erprobtes im Wesentlichen lediglich in neue Formen; sie führte zu einer organisierten Weiterentwicklung des deutschen Notariats.

5. Vorbild für viele Staaten der Welt

Die Grundsätze des Ventôse-Gesetzes hatten in den letzten 200 Jahren eine ungeheure Ausstrahlungskraft. Sie gelten heute in vielen europäischen Staaten – auch in den osteuropäischen Reformstaaten –, in Süd- und Mittelamerika, auch in manchen asiatischen Ländern. Das so genannte „Lateinische Notariat"[7] ist in Wirklichkeit das französische Notariat der „Loi de Ventôse". Die Bundesrepublik Deutschland[8] dürfte allerdings heute das einzige Land der Welt sein, in dem sämtliche denkbaren Formen einer Notariatsverfassung nebeneinander bestehen (Nurnotariat, Anwaltsnotariat, Behördennotariat).

6. Schlussbetrachtung

Wenn man das Bild des Notars in den letzten zwei Hundert Jahren Revue passieren lässt, so entwickelte sich auf dem Fundament des Ventôse-Gesetzes ein Notarstand, der heute – auch im Blick auf das Medienzeitalter – voll auf der Höhe des Geschehens ist. Alle Notarinnen und Notare können stolz auf die Tradition ihres Berufsstandes sein. Ihr Beruf ist überall hoch angesehen, in der Bevölkerung fest verankert und geschätzt. Im Ventôse-Gesetz kristallisiert sich noch heute das Beste der abendländischen Notartradition.

4 Schrifttum: Altenstetter, Die Wurzeln des badischen Notariats, BWNotZ 1983, 1; Bockemühl, Gedanken über Wege und Aufgaben weiterer Erforschung der Geschichte des Notariats, DNotZ 1964, 479; Böhringer, Die geschichtlichen Wurzeln des Notariats in Deutschland von der Antike bis zur Neuzeit, BWNotZ 1989, 25; Conrad, Die geschichtliche Grundlage des modernen Notariats in Deutschland, DNotZ 1960, 3; Luijten, Das Notariat in den Niederlanden, DNotZ 1965, 12; Muhle, Die Entwicklung des Notariats in Hamburg seit dem Inkrafttreten der Reichsnotarordnung, DNotZ 1951, 162; Saage, Zur Notariatsverfassung der Bundesrepublik, BB 1962, 693; Schmidt-Thomé, Vom Notarsignet zum Notarsiegel. Ein Beitrag zur Geschichte des Notariats und der Notariatsurkunden, DNotZ 1964, 455; Schultze-v.Lasaulx, Zur Entwicklung des Notariats in Hamburg, DNotZ 1961, 286; ders., Geschichte des Hamburgischen Notariats seit dem Ausgang des 18. Jahrhunderts, DNotZ 1962, 247; Seidl, Die Entwicklung des Notariats in Deutschland, DRiZ 1959, 313; Struckmann, Beurkundungsrecht von Behörden in den früher preußischen Gebieten, DNotZ 1962, 378.

5 RGBl. I, 191.

6 BGBl. I, 98.

7 Vgl. Internationale Union des Lateinischen Notariats.

8 Zur Notariatsverfassung in der Bundesrepublik Saage, DB 1962, 693.

Auslandsvermögen und seine Auswirkungen auf Pflichtteils- und Noterbrechte

von Oberjustizrat Lutz Milzer
Notariat Mosbach

A. Einleitung

„Arbeiter, die SPD will Euch Eure Villen im Tessin wegnehmen", so titelte der Heidelberger Grafiker Klaus Staeck vor rund 30 Jahren eines seines bekanntesten Plakate.

Die Aussage hat zwischenzeitlich erheblich an satirischer Schärfe verloren. Ein Blick in die Immobilienanzeigen der bekannten überregionalen Tageszeitungen lehrt, dass der Erwerb von Auslandsimmobilien (wenn auch nicht gerade der zitierten Villen im Tessin) längst nicht mehr das Privileg einer überschaubaren Gruppe aus Angehörigen der High Society und des Unternehmertums ist. Das Eigentum, etwa an einer Ferienwohnung in Spanien ist heute auch bei Angehörigen der Mittelschicht keinesfalls eine krasse Ausnahme. Der Wunsch nach gesichertem Immobilienbesitz im sonnigen Süden dürfte sogar ein Massenphänomen sein, das durch die „Erfindung" des Teilzeitwohnrechts und die aufgrund der insoweit bestehenden Auswüchse erforderlich werdenden EU-weiten Reglementierung dieses Rechtsgebiets mehr als hinreichend belegt wird[1].

Dass Auslandsimmobilien, aber auch anderes Auslandsvermögen deutscher Staatsbürger erbrechtliche Fragestellungen nach sich ziehen können liegt auf der Hand. Der hierdurch zum Ausdruck kommenden Globalisierung der Erbfolge steht nach wie vor eine bemerkenswerte Zersplitterung der nationalen Erbrechte gegenüber, die für die erbrechtliche Gestaltung Risiken mit sich bringen kann, aber durchaus auch Chancen eröffnet[2].

1 EG Richtlinie vom 26. 10. 1994 (94/47/EG), in deutsches Recht umgesetzt durch das Teilzeit-Wohnrechtsgesetz, nunmehr §§ 481 ff BGB.

2 Die Atomisierung der Erbrechte geht dabei über die nationalstaatlichen Grenzen weit hinaus, nachdem nicht nur in Bundesstaaten mit unterschiedlichen Zivilrechtsordnungen wie den USA und Mexiko, sondern auch in Bundesstaaten mit einem ansonsten vereinheitlichten Zivilrecht für einzelne Regionen unterschiedliche Erbrechte gelten. Vergleiche etwa zu Großbritannien Flick/Piltz Der Internationale Erbfall Rdnr. 555 ff; für Spanien a.a.O. Rdnr. 882 ff. In der notariellen und nachlassgerichtlichen Praxis im besonderen Maße relevant ist die Erbrechtszersplitterung in den autonom gewordenen Teilrepubliken der ehemaligen Bundesrepublik Jugoslawien, in der seit jeher kein einheitliches Erbrecht bestand.

Auslandsvermögen deutscher Staatsangehöriger und damit einhergehende Probleme stellen jedoch nur eine Facette der angesprochenen Globalisierung der Erbfälle dar. Für die notarielle Praxis gerade auch der deutschen Notare nicht minder relevant sind Fragestellungen und etwaige Gestaltungsmöglichkeiten, die im Zusammenhang mit dem Inlandsvermögen ausländischer Staatsangehöriger in der Bundesrepublik Deutschland stehen.

Im Rahmen der nachfolgenden Abhandlung soll aus beiden Perspektiven der Frage nachgegangen werden, welche Effekte derartige transnationale Erbfälle auf Pflichtteilsansprüche (insbesondere bei deutschen Staatsangehörigen) und Noterbrechte (bei ausländischen Staatsangehörigen) haben können.

B.
Grundlagen des internationalen Erbrechts

Bei den in der Einleitung angeführten Fällen des deutschen Staatsangehörigen mit Auslandsvermögen und des ausländischen Staatsangehörigen mit Inlandsvermögen in der Bundesrepublik Deutschland entstehen erbrechtlich relevante Sachverhalte mit Auslandsberührung bzw. Auslandssachverhalte[3]. Die Rechtsnormen, die auf einen derartigen erbrechtlichen Sachverhalt anzuwenden sind, bestimmt das internationale Privatrecht derjenigen Rechtsordnung, dessen Behörden oder Gerichte zu einer Entscheidung im Zusammenhang mit dem Erb- oder Nachlassfall berufen sind. Die insoweit anwendbaren Bestimmungen des internationalen Privatrechts, die Kollisionsnormen, sind Bestandteil der jeweiligen nationalen Rechtsordnungen. Es gibt kein völkerrechtliches IPR[4]. Der Ausgang von Rechtsstreitigkeiten in Erb- und Nachlassfällen kann daher im Einzelfall sehr stark differieren, je nachdem welche Gerichte und Behörden aus welcher Rechtsordnung im Einzelfall zu entscheiden haben[5]. Bei der Bestimmung des im Einzelfall anwendbaren Rechts ist jeweils von der lex fori, also dem internationalen Privatrecht der Rechtsordnung des angerufenen Gerichts, auszugehen[6].

Die für deutsche Gerichte und Behörden maßgeblichen Bestimmungen des internationalen Erbrechts finden sich in Art. 25 und 26 EGBGB. Das anwendbare Erbrecht richtet sich damit prinzipiell nach der Nationalität des Verstorbenen. Für in der Bundesrepublik Deutschland befindliche Immobilien ist gem. Art. 25 Abs. 2 EGBGB in der Form einer Verfügung von Todes wegen deutsches Recht wählbar.

Aus laienhafter Perspektive scheint die hier aufgeworfene Problematik damit auf die Frage der nicht immer einfachen Feststellung der entscheidungserheblichen Details der anwendbaren ausländischen Pflichtteils- bzw. Noterbrechte reduziert. Wie allein schon die schiere Seitenstärke der Kommentierungen zum internationalen Privatrecht dokumentiert[7], ist dieser Schein trügerisch. Als Gründe hierfür sind auszumachen:

- Die Verweisung auf eine ausländische Rechtsordnung ist gem. Art. 4 Abs. 1 EGBGB im Zweifel als Gesamtverweisung zu verstehen; sie umfasst daher auch die Bestimmungen des ausländischen internationalen Privatrechts und ermöglicht damit die **Rückverweisung (renvoi)** auf deutsches Recht[8].
- Die Anwendbarkeit der Kollisionsnormen knüpft an Rechtsbegriffen an, die in unterschiedlichen Rechtsnormen unterschiedliche Inhalte haben können (Problem der **Qualifikation** des Anknüpfungsgegenstandes, beispielsweise güterrechtliche oder erbrechtliche Qualifikation der Bestimmung des § 1371 BGB)[9] oder deren Wirksamkeit bzw. deren Bestand (z.B. Fortbestand einer Ehe) von unterschiedlichen Rechtsordnungen verschieden beurteilt wird (**Vorfragen**)[10].
- Die Anwendbarkeit unterschiedlicher Kollisionsnormen (Statuten) auf einen Lebenssachverhalt kann zu einem Nebeneinander und Gegeneinander anwendbarer Rechtsnormen aus unterschiedlichen Rechtsordnungen führen, das im Einzelfall zu mit dem Gerechtigkeitsgefühl kaum vereinbarenden Ergebnissen führt. Diese „Dissonanzen" können im Einzelfall durch **Anpassung** auf das Niveau einer Rechtsordnung bzw. den „größten gemeinsamen Nenner beider Rechtsordnungen" auszugleichen sein[11].
- Die Anwendbarkeit ausländischen Rechts durch inländische Gerichte verbietet sich gem. Art. 6 EGBGB, wenn Rechtsfolgen entstehen, die mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts (**ordre public**), insbesondere wegen Verstoßes gegen Grundrechte nicht vereinbar sind (Musterbeispiel Mehrehe).

Alle genannten Aspekte spielen auch für die Beurteilung der Pflichtteilsproblematik bei Erbrechtsfällen mit Auslandsberührung eine Rolle. Besondere Unsicherheiten bei der Bestimmung des im Einzelnen anwendbaren materiellen Erbrechts resultieren jedoch aus der durch **Art. 4 EGBGB vorgenommenen Gesamtverweisung**, da die erbrechtlichen Anknüpfungsnormen sowohl innerhalb, als auch außerhalb Europas in erheblichem Maße differieren.

Allgemein wird unterschieden zwischen Rechtsordnungen mit **Nachlasseinheit** (erbrechtliche Rechtsnachfolge in Mobilien und Immobilien wird einheitlich angeknüpft) und Rechtsordnungen mit **Nachlassspaltung** (erbrechtliche Rechtsnachfolge in Immobilien wird nach Belegenheit angeknüpft – **lex rei sitae**[12].)

Abgesehen von der Belegenheit bei Immobilien in Rechtsordnungen mit Nachlassspaltung sind weltweit als Anknüpfungspunkte für erbrechtliche Kollisionsnormen festzustellen:

- Das **Heimatrecht** des Erblassers, also die Staatsangehörigkeit zum Zeitpunkt des Erbfalls,
- Der **Wohnsitz bzw. das Domizil** des Erblassers zum Zeitpunkt des Erbfalls.

Das Domizilprinzip ist insbesondere Common-Law-Ländern, aber auch in denjenigen Ländern verbreitet, deren Zivilrechtsordnung auf dem Code Civil beruht, etwa Frankreich, Belgien und Luxemburg. Die Annahme eines Domizils im Sinne der Anknüpfungsnorm geht im Einzelfall über das hinaus was im deutschen Recht unter dem Begriff des Wohnsitzes subsumiert wird[13].

3 Vgl. Kegel/Schurig Internationales Privatrecht 8. Auflage S. 59 ff; Nieder in Handbuch der Testamentsgestaltung 2. Auflage Rdnr. 392; Schotten Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis Rdnr. 1.
4 Kegel/Schurig S. 8 m.w.N..
5 Vgl. Flick/Piltz Der Internationale Erbfall Rdnr. 5 ff.
6 Palandt – Heldrich 61. Auflage Rdnr. 29 ff; Flick/Piltz a.a.O. Rdnr. 98.
7 Allein die Kommentierung von Dörner in Staudinger 2000 zu Artikeln 25, 26 EGBGB umfasst über 500 Seiten.
8 Palandt-Heldrich Artikel 4 EGBGB Rdnrn.. 1 ff; Nieder a.a.O. Rdnr. 393 m.w.N. Schotten a.a.O. Rdnr. 17 ff.
9 Vgl. Schotten a.a.O., Rdnr. 48, Flick/Piltz a.a.O. Rdnr. 100, Nieder a.a.O. Rdnr. 392; Allgemein: Kegel/Schurig S. 278 ff.; Palandt-Heldrich Einl. vor Artikel 3 EGBGB Rdnr. 27.
10 Flick/Piltz Rdnr. 98 ff. m.w.N.; Palandt-Heldrich Einl. vor Artikel 3 EGBGB Rdnr. 29, grundsätzlich, aber nicht immer sind Vorfragen und Qualifikationen nach Maßgabe der lex fori zu entscheiden, Palandt-Heldrich a.a.O.
11 Palandt-Heldrich a.a.O. Rdnr. 32; Flick/Piltz Rdnr. 108; Schotten Rdnr. 50; Kegel/Schurig S. 306 ff.
12 Nieder a.a.O. Rdnr. 395 Flick/Piltz Rdnr. 115 f. m.w.N..
13 Zum Teil wird eine Mindestaufenthaltsdauer am Wohnsitz gefordert. Besondere Schwierigkeiten macht die Bestimmung des Begriffs Domicile in Common-Law-Ländern, vgl. Flick/Piltz a.a.O. Rdnr. 1019.

Konsequenz dieser Anknüpfungsvielfalt in Verbindung mit der Gesamtverweisung in Art. 4 EGBGB ist beispielsweise, dass der französische Koch, der in Mosbach arbeitet und lebt und der englische Berufsmusiker, der seinen Wohnsitz in Karlsruhe haben mag, trotz der Verweisung des deutschen IPR auf das jeweilige Heimatrecht wegen des renvoi auf das Recht des jeweiligen Wohnsitzes hinsichtlich ihres gesamten beweglichen Vermögen und hinsichtlich der in Deutschland gelegenen Immobilien nach deutschem Erbrecht beerbt werden.

Bei einem deutschen Schriftsteller, der in der Provence lebt und arbeitet, aber auch Vermögenswerte in der Bundesrepublik Deutschland (Bankguthaben, Urheberrechte) hat, tritt keine Nachlassspaltung hinsichtlich des beweglichen und unbeweglichen Nachlasses, wohl aber eine Konkurrenz der nationalen Erbrechtsordnungen ein, da sowohl das französische Recht als Domizilrecht, als auch das deutsche Recht als Heimatrecht des Schriftstellers beweglichen wie unbeweglichen Nachlass erfasst. Diese Konkurrenz wird durch **Art. 3 Abs. 3 EGBGB** dahingehend gelöst, dass das deutsche Erbrecht auf Gegenstände die sich in dem fremden Staat befinden keine Anwendung findet. Dementsprechend tritt daher auch im Schriftstellerbeispiel Nachlassspaltung ein und zwar dergestalt, dass lediglich das deutsche Vermögen des Schriftstellers nach deutschem Erbrecht, und das übrige bewegliche wie unbewegliche Vermögen nach französischem Erbrecht vererbt wird.

Dieser, für den international-privatrechtlich nicht so versierten Juristen oft verwirrend anmutenden Fragestellung nach einem möglicherweise durch Rückverweisung und Weiterverweisung modifizierten Erbstatut ist jedoch die Frage vorgeschaltet, ob die (vermeintlich) erbrechtliche Fragestellung überhaupt unter das Erbstatut des Art. 25 EGBGB fällt. Damit ist die oben schon als besonders problematisch eingestufte Frage nach der Qualifikation des zur Rechtsanwendung anstehenden Sachverhalts aufgeworfen, eine Frage, die mit Recht als das am meisten umstrittene Gebiet des internationalen Privatrechts bezeichnet wird, da in diesem Bereich „alles umstritten ist, was umstritten sein kann"[14].

Vermeintlich gilt jedoch dieser Befund für den hier zu untersuchenden Bereich der Pflichtteilsrechte nur in sehr eingeschränktem Umfange, nachdem der Bundesgerichtshof sowohl Pflichtteils-, als auch Pflichtteilsergänzungsansprüche in eindeutiger Form dem Erbstatut des Art. 25 EGBGB zugeordnet hat[15]. Dass das Erbstatut, wenn es für den schuldrechtlichen Pflichtteilsanspruch Anwendung findet, erst recht für erbrechtlich-dinglich wirkende Noterbrechte nach ausländischem Erbrecht maßgeblich sein muss, versteht sich sowohl für die deutsche, als auch für ausländische internationale Privatrechtsordnungen vor diesem Hintergrund von selbst[16].

Dessen ungeachtet bleiben auch im Problemfeld der international-privatrechtlichen Qualifikation des Pflichtteilsrechts Zweifelsfragen.

Im Anwendungsbereich deutschen Rechts sind solche im Wesentlichen auf die ambivalente Stellung der Pflichtteilserhöhung gem. § 1371 BGB an der Schnittstelle zwischen Erbrecht und ehelichem Güterrecht zurückzuführen. Diese Streitfrage ist im Schrifttum nach wie vor nicht unumstritten[17].

Die Rechtsprechung hat bisher jedoch die mit einer erbrechtlichen Qualifikation verbundene Konsequenz, dass die Pauschalierung des § 1371 Abs. 1 BGB nur dem deutschen, nicht aber dem ausländischen Ehepartner zugute kommen kann, gescheut und mit ganz wenigen Ausnahmen die Bestimmung des § 1371 Abs. 1 BGB entsprechend seiner systematischen Stellung im Gesetz als ehegüterrechtlich gem. Art. 15 EGBGB, und nicht als erbrechtlich gem. Art. 25 EGBGB qualifiziert[18]. Die vereinzelt vertretene Auffassung, eine Anwendung des § 1371 Abs. 1 BGB setze sowohl die Anwendbarkeit des deutschen Güterrechtsstatuts, als auch die Anwendbarkeit deutschen Erbstatuts voraus[19], hat in der Instanzrechtsprechung und dem Schrifttum wenig Gegenliebe gefunden, was damit begründet wird, dass jedenfalls dann kaum vertretbar sei, auf die äußerst praktische Pauschalierung des § 1371 Abs. 1 BGB zu verzichten, wenn nach allgemeinen Substitutionsregeln des internationalen Privatrechts die fremde Rechtserscheinung der inländischen Sachnorm funktionell gleichwertig sei[20].

Ein weiteres Problemfeld in Zusammenhang mit der international-privatrechtlichen Begriffsqualifikation neben der Abgrenzung zwischen Erb- und Güterrechtsstatut ist die hoch umstrittene Bestimmung des für die lex rei sitae maßgeblichen Anknüpfungsbegriffes der unbeweglichen Sache.

Schon die zu der Auslegung des Art. 25 Abs. 2 EGBGB in den führenden Kommentaren vertretenen Auffassungen liegen in einem Varationsfeld zwischen der Annahme, die Rechtswahlmöglichkeit sei eine eng auszulegende Ausnahmeregelung und der Auffassung, dass das Ordnungs- und Verkehrsinteresse an der Anwendbarkeit inländischen Rechts ein großzügiges Verständnis des Begriffs unbewegliche Sache gebiete[21]. Für das deutsche internationale Privatrecht unumstritten ist lediglich, dass der Begriff des unbeweglichen Vermögens Grundstücke samt ihren Bestandteilen sowie Wohnungs-, Stockwerkseigentum und Erbbaurechte umfasst. Schon die Einordnung von im Grundbuch durchaus eintragungsfähigen dinglichen Rechten, die von der herrschenden Meinung unter Art. 25 Abs. 2 EGBGB subsumiert werden, ist im Einzelnen umstritten[22].

Immerhin dürfte nach der jüngeren Rechtssprechung des Bundesgerichtshofs nunmehr gesichert sein, dass Gesellschafts- oder Miterbenanteile nicht als unbewegliches Vermögen im Sinne des Art. 25 Abs. 2 EGBGB einzustufen sind[23]. Dem widersprechende gegenteilige Auffassungen sind aber sowohl in der obergerichtlichen Rechtsprechung, als auch im Schrifttum noch in jüngerer Zeit vertreten worden[24]. Einzelne Autoren halten selbst eine Rechtswahlmöglichkeit hinsichtlich obligatorischer Ansprüche auf Übertragung des Grundstückseigentums, wie etwa den Anspruch auf Erfüllung eines Grundstückskaufvertrages, für möglich[25]. Dieser Auffassung dürfte freilich durch eine zu § 3 Abs. 1 Vermögensgesetz ergangene Entscheidung des Bundesgerichtshofs nunmehr der Boden entzogen sein[26].

14 Schotten a.a.O. Rdnr. 48.
15 BGH NJW 1993, 1921 ff. Dem folgt die von keiner Seite in Frage gestellte einhellige Auffassung im Schrifttum, vgl. Palandt-Heldrich a.a.O. Artikel 25 Rdnr. 10, m.w.N., Staudinger-Dörner BGB 2000 Rdnr. 184 zu Artikel 25 EGBGB, Nieder a.a.O. Rdnr. 392; Kegel/Schurig S. 859, Werkmüller ZEV 1999, 474. Pflichtteilsergänzungsansprüche richten sich bei Nachlassspaltung nach dem Recht, das für die Masse gälte, wenn die Schenkung unterblieben wäre, Süß ZNotP 2001,183.
16 Palandt-Heldrich a.a.O.; Staudinger-Dörner a.a.O., jeweils m.w.N.
17 Vgl. die Nachweise bei Staudinger-Dörner a.a.O. Rdnrn.. 32 ff.
18 OLG Karlsruhe NJW 1990, 1421; BGHZ 40, 34 f (inzidenter); BayObLG Z 1975, 155; LG Mosbach ZEV 1998, 490. Aus französischer Sicht ist § 1371 BGB aber wohl als erbrechtlich zu qualifizieren, vgl. Derstadt Iprax 2001, 84 ff.
19 OLG Düsseldorf IPRspr 1987 Nr. 105; Staudinger-Dörner a.a.O. Rdnr. 33 m.w.N.
20 LG Mosbach a.a.O.; Staudinger-Dörner Rdnr. 34 m.w.N. In der Kautelarjurisprudenz sind auch Überlegungen angestellt worden, wie ein Gleichlauf von Erb- und Güterstatut durch auf den Tod eines Ehepartners bedingte ehegüterrechtliche Rechtswahl des Rechts des Erbstatuts mit Rückwirkungsanordnung realisiert werden kann, vgl. Mankowski/Osthaus DNotZ 1997, 10 ff.
21 Einerseits Münchener Kommentar-Birk 3. Auflage Artikel 25 Rdnr. 65; andererseits Staudinger-Dörner BGB 2000 Artikel 25 Rdnr. 481.
22 Vgl. Süß ZNotP 2001 Seite 175 f mit ausführlichen Nachweisen; Lange DNotZ 2000, 338; für die herrschende Meinung Palandt-Heldrich BGB 61. Auflage Artikel 25 Rdnr. 7 n.w.N.
23 BGH Fam RZ 2001, 622, Beinhart BW NotZ 1987, 101; Palandt-Heldrich a.a.O.
24 KGFG Prax 2000, 245; Dörner DNotZ 1988, 95; Döbereiner MittBayNot 2001, 264.
25 Dörner DNotZ 1988, 95.
26 BGHZ 154, 254.

Das für das inländische IPR variationsreiche Meinungsspektrum wird auf der für die tatsächliche Rechtsanwendung nicht minder wichtigen internationalen Ebene noch buntscheckiger[27].

Festzuhalten ist jedenfalls, dass auch durch die Unschärfe des für die Rechtsanwendung maßgeblichen Qualifikationsmaßstabes erheblich Unwägbarkeiten bei der Gestaltung und Auslegung letztwilliger Verfügungen in Fällen mit Auslandsberührung begründet werden.

C. Internationale Konzeptionen zur Sicherung einer Mindestbeteiligung am Nachlass

Grundsätzlich lassen sich weltweit vier Wege unterscheiden, mit den Ehepartnern, Abkömmlingen und teilweise auch sonstigen engen Verwandten eine Mindestbeteiligung am Nachlass eines Verstorbenen gesichert wird. Diese sind:

- **Materielle Noterbrechte**, die den Verwandten eine bestimmte Erbquote dinglich sichern und die Testierfreiheit des Erblassers auf die verbleibende Erbquote unmittelbar reduzieren, z.B. in Griechenland oder der Tschechischen Republik[28].
- **Materielle Noterbrechte**, bei denen die Beteiligung am Nachlass jedoch nicht ipso iure eintritt, sondern durch **Herabsetzungsklage** geltend gemacht werden muss, wie z.B. in Frankreich, der Schweiz und Italien.
- **Schuldrechtliche Pflichtteilsrechte**, teilweise terminologisch verwirrend als Noterbrechte bezeichnet, bei denen den Verwandten ein Abfindungsanspruch gegen die eingesetzten Erben zusteht, wie z.B. in der Bundesrepublik Deutschland, Österreich und Polen.
- **Keinerlei Pflichtteils- oder Noterbrechte**, wie z.B. in verschiedenen Nuancierungen in den meisten Common-Law-Staaten.

Unterzieht man die in der diesem Aufsatz beigefügten Aufstellung umrissenen unterschiedlichen Pflichtteilssysteme[29] einer näheren Untersuchung, lässt sich aus der Sicht eines um Pflichtteilsreduzierung bemühten Erblassers konstatieren, dass es einerseits **Pflichtteilsoasen, wie z.B. die USA und Großbritannien**[30], andererseits aber **Pflichtteilswüsten** wie jedenfalls hinsichtlich der Kinderpflichtteile die **meisten Mittelmeeranrainerstaaten** gibt.

Die für Pflichtteils- und Noterbrechte herrschende Rechtslage in für die tägliche Berufpraxis wichtigen Staaten, insbesondere allen EU-Mitgliedsstaaten ist in der nachfolgenden tabellarischen Aufstellung umrisshaft dargestellt:[31].

Land	IPR a) Mobilien b) Immobilien	Pflichtteils-ausgestaltung	Ehegatten-pflichtteil	Kinder-pflichtteil	Verwandten-pflichtteil	Zulässigkeit von a) Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten b) Pflichtteils-verzicht	Bemerkungen Testaments-form und Sonstiges
Australien	a) Domizil b) Belegenheit Mehrrechtsstaat	Keine Pflicht-teilsrechte, u.U. Unterhalts-ansprüche von Kindern und Ehepartner gegen den Nachlass in einzelnen Bundes-staaten	Nein	Nein	Nein	a) und b) wohl zulässig. Erbverträge aber nicht üblich	Haager Testaments-übereinkommen
Belgien	a) Domizil b) Belegenheit	Noterbrecht mit Herabsetzungs-klage	Nießbrauch an halbem Nachlass und Ehewohnung, Art. 915 bis CC	1/2 bei 1 Kind 1/3 bei zwei Kindern 1/4 bei mehr Kindern Art. 913 f CC	Keiner Art. 915 Abs. 2 CC	a) Nein b) Nein	Haager Testaments-abkommen

27 Vgl. Flick/Piltz Rdnr. 205.
28 Zum tschechischen Erbrecht vgl. Rombach MittBayNot 2000, S. 403 f.
29 Vgl. dazu auch Henrich DNotZ 2001, 441 ff. 447 ff.
30 Zum britischen Erbrecht vgl. auch Kopp MittBayNot 2001, 291 ff.
31 Die Tabelle wurde kompiliert aus den entsprechenden Länderbeiträgen in Ferid-Firsching Stand der 43. Ergänzungslieferung, den Einzelstaat-Darstellungen in Flick-Piltz Der Internationale Erbfall, den Ausführungen bei Staudinger-Dörner a.a.O. Anhang zu Art. 25, dem Gutachten DNotI Report 2001, 97 ff für die Rechtslage in Kroatien, sowie der besonders instruktiven, aber hinsichtlich der ausgewählten Staaten etwas willkürlich anmutenden Übersicht bei Mauch, BWNotZ 2001, 25 ff. Die Neuregelung des französischen Erbrechts ist dargestellt bei Frank RNotZ 2002, 270 ff. Die Neuregelungen des niederländischen Erbrechts wurden eingearbeitet nach Maßgabe der Darstellung in Mincke, Einführung in das niederländische Recht Rdnrn. 344 ff.

Land	IPR a) Mobilien b) Immobilien	Pflichtteils-ausgestaltung	Ehegatten-pflichtteil	Kinder-pflichtteil	Verwandten-pflichtteil	Zulässigkeit von a) Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten b) Pflichtteils-verzicht	Bemerkungen Testaments-form und Sonstiges
Bosnien	Heimatrecht, Art. 30 IPRG	Noterbrecht mit Herabsetzungsklage, Art. 30 ff, 39 i.V.m. Art. 45 ErbG	1/2 gesetzlicher Erbteil (gesetzlich erben Ehegatte und Kinder zu gleichen Teilen, neben Eltern erbt Ehegatte gesetzlich 1/2) Erbteile können bei Bedürftigkeit durch Gericht herauf- oder herabgesetzt werden, Art. 31 ErbG	1/2 gesetzlicher Erbteil (gesetzlich erben Ehegatte und Kinder zu gleichen Teilen, neben Eltern erbt Ehegatte gesetzlich 1/2) Erbteile können bei Bedürftigkeit durch Gericht herauf- oder herabgesetzt werden, Art. 31 ErbG	1/3 gesetzlicher Erbteil (neben kinderlosem Ehepartner)	a) und b) grds. nein, Art. 108-110 ErbG, gemäß Art. 140 Abs. 2 ErbG u.U. im Verhältnis der Abkömmlinge zu den Vorfahren vorweggenommene Ausschlagung in notarieller Form möglich	Haager Testaments-übereinkommen
Dänemark	a) Domizil b) Domizil Art. 25 f ErbG	Noterbrecht	zusammen mit Kindern 1/2	zusammen mit Ehepartner 1/2	Nein	a) als Verpflichtung zur Errichtung eines Testaments oder Erbverzicht: ja b) Ja §§ 31, 67 ErbG	Haager Testaments-abkommen Gesetzliches Erbrecht des gleichgeschlechtlichen Partners
Finnland	a) und b) Heimatrecht kraft Gewohnheitsrecht, Sonderrecht für Skandinavier wie in Schweden	Noterbrecht mit Herabsetzungsklage, 7. Kap. § 5 ErbG	Nein	1/2 des gesetzlichen Erbteils (Kinder erben gesetzlich allein). 7. Kap. § 1 ErbG	Nein	a) Nein, 17. Kapitel § 1 ErbG Ja, bei Abkömmlingen nach Maßgabe 17. Kap. § 2 ErbG	Haager Testaments-übereinkommen
Frankreich	a) Domizil b) Belegenheit	Noterbrecht mit Herabsetzungsklage Art. 913 CC	Nicht neben Abkömmlingen oder Vorfahren, wohl aber 1/4 neben Seitenverwandten nach neuem Recht Art. 914-1, 916	1/2 bei 1 Kind 1/3 bei zwei Kindern 1/4 bei mehr Kindern	Eltern bei Kinderlosen je 1/4, dann aber Verfügungen zu Gunsten des Ehepartners möglich	a) Grds. nein b) Nein Art. 968, 1130 Abs. 2 CC	Haager Testaments-abkommen
Griechenland	a) Heimatrecht b) Heimatrecht Art. 28 ZGB	Noterbrecht Art. 1825 ff ZGB	1/8 neben Kindern 1/4 neben Eltern/Geschwistern, Hausratsvermächtnis	1/2 des gesetzlichen Erbteils von 3/4 für alle Kinder	Eltern 1/2 gesetzlicher Erbteil (jedes Eltern- und Geschwisterteil zusammen 1/2)	a) Nein, Art. 1717 ZGB b) Nein	Haager Testaments-abkommen
Großbritannien	c) Domizil d) Belegenheit Mehrrechtsstaat!	Keine Pflichtteilsrechte, u.U. Unterhaltsansprüche von Kindern und Ehepartner gegen den Nachlass	Nein, in Schottland pflichtteilsähnliche schuldrechtliche Verpflichtung der Erben (legal rights des Ehegatten)	Nein	Nein	a) und b) wohl zulässig. Erbverträge aber nicht üblich	Haager Testaments-übereinkommen

Land	**IPR** **a) Mobilien** **b) Immobilien**	**Pflichtteils-ausgestaltung**	**Ehegatten-pflichtteil**	**Kinder-pflichtteil**	**Verwandten-pflichtteil**	**Zulässigkeit von** **a) Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten** **b) Pflichtteils-verzicht**	**Bemerkungen Testaments-form und Sonstiges**
Irland	e) Domizil f) Belegenheit	Keine Pflicht-teilsrechte , u.U. Unterhaltsan-sprüche von Kindern und Ehepartner gegen den Nachlass	Nein	Nein	Nein	a) und b) wohl zulässig. Erbverträge aber nicht üblich	Haager Testaments-übereinkommen
Italien	a) und b) Heimatrecht Art. 30 IPRG Wahlmöglichkeit für Wohnsitz-staat, aber nicht zu Lasten italie-nischer Pflicht-teilsberechtigter	Noterbrecht mit Herabsetzungs-klage Art. 536 ff CC	1/3 neben 1 Kind 1/4 neben mehreren Kindern	1/3 bei einem Kind insgesamt 1/2 bei mehreren Kindern	Bei kinderlosen Erblassern	a) Nein b) Nein Art. 589, 458 CC	Ortsform genügt gemäß Art. 48 IPRG
BR Jugoslawien	Heimatrecht, Art. 30 IPRG Mehrrechts-staat: Serbien und Montenegro	Serbien: Schuldrecht-licher Anspruch, Montenegro: Noterbrecht mit Herabsetzungs-klage	1/2 gesetzlicher Erbteil (gesetz-lich erben Ehe-gatte und Kin-der zu gleichen Teilen, neben Eltern erbt Ehe-gatte gesetzlich 1/2) Erbteile können bei Bedürftigkeit durch Gericht herauf- oder herabgesetzt werden.	1/2 gesetzlicher Erbteil (gesetz-lich erben Ehe-gatte und Kin-der zu gleichen Teilen, neben Eltern erbt Ehe-gatte gesetzlich 1/2) Erbteile können bei Bedürftigkeit durch Gericht herauf- oder herabgesetzt werden.	1/3 gesetzlicher Erbteil (neben kinderlosem Ehepartner)	a) und b) nein	Haager Testaments-übereinkommen
Kanada	g) Domizil h) Belegenheit Mehrrechtsstaat	Keine Pflicht-teilsrechte, u.U. Unterhaltsan-sprüche des Ehepartners, gilt auch für Québec (pre-ferential share, personal shat-tel).	Nein. Unter-haltsansprüche	Nein	Nein	a) und b) wohl zulässig. Erbverträge aber nicht üblich	Ortsform
Kroatien	Heimatrecht, Art. 30 IPRG	Noterbrecht mit Herabsetzungs-klage, Art. 30 ff, 39 i.V.m. Art. 45 ErbG	1/2 gesetzlicher Erbteil (gesetz-lich erben Ehe-gatte und Kin-der zu gleichen Teilen, neben Eltern erbt Ehe-gatte gesetzlich 1/2) Erbteile können bei Bedürftigkeit durch Gericht herauf- oder herabgesetzt werden, Art. 31 ErbG	1/2 gesetzlicher Erbteil (gesetz-lich erben Ehe-gatte und Kin-der zu gleichen Teilen, neben Eltern erbt Ehe-gatte gesetzlich 1/2) Erbteile können bei Bedürftigkeit durch Gericht herauf- oder herabgesetzt werden, Art. 31 ErbG	1/3 gesetzlicher Erbteil (neben kinderlosem Ehepartner)	a) und b) grds. nein, Art. 108-110 ErbG, gemäß Art. 140 Abs. 2 ErbG u.U. im Verhältnis der Abkömmlinge zu den Vorfah-ren vorweg-genommene Ausschlagung in notarieller Form möglich	Haager Testaments-übereinkommen

Land	IPR a) Mobilien b) Immobilien	Pflichtteils-ausgestaltung	Ehegatten-pflichtteil	Kinder-pflichtteil	Verwandten-pflichtteil	Zulässigkeit von a) Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten b) Pflichtteils-verzicht	Bemerkungen Testaments-form und Sonstiges
Luxemburg	a) Domizil b) Belegenheit	Noterbrecht mit Herabsetzungs-klage Art. 913 ff CC	Nein	1/2 bei 1 Kind 1/3 bei zwei Kindern 1/4 bei mehr Kindern	Eltern bei Kinderlosen je 1/4, dann aber Verfügungen zu Gunsten des Ehepartners möglich	a) Grds. nein b) Nein Art. 968, 1130 Abs. 2 CC	Haager Testaments-abkommen
Niederlande	a) und b) Domizil von mindestens 5 Jahren, Wahlrecht zwischen Domizil und Heimatrecht Art. 3 Gesetz über das Kollisionsrecht der Erbfolge	Noterbrecht mit Herabsetzungs-klage Art. 961 ff BW, mit Einführung des neuen Erbrechts im Jahr 2002 schuldrechtlicher Pflichtteils-anspruch Art. 4.3.3.11 BW neu	Keiner, nach neuem Recht Nießbrauchsrecht an der Wohnung, im Versorgungsfall u.U. auch an weiteren Nachlassgegenständen	1/2 gesetzlicher Erbteil, d.h. neben Ehepartner je Kind: 1/4 bei 1 Kind, 1/6 bei 2 Kindern, 1/8 bei 3 Kindern, 3/32 bei 4 Kindern nach neuem Recht erbt Ehepartner bei gesetzlicher Erbfolge gleich wie Kinder, mindestens aber 1/4. Art. 4.2.3 BW neu	Keiner	a) und b): Nein b) Art. 977, 921 BW	Haager Übereinkommen Gesetzliches Erbrecht des gleichgeschlechtlichen Partners Neuregelung des Erbrecht mit Wirkung ab 2002.
Österreich	a) und b) §§ 28 i.V.m. 9 AGBGB Heimatrecht, nur für die Art des Erwerbs bei Immobilien-Direkterwerb oder „Einantwortung" Belegenheitsrecht	Schuldrechtlicher Pflichtteils-anspruch wie in Deutschland §§ 762 ff AGBGB	1/6 neben Kindern, ansonsten 1/3, außerdem Hausrat und Wohnrecht an Ehewohnung	1/2 gesetzlicher Erbteil, d.h. neben Ehepartner je Kind 1/3 bei 1 Kind, 1/6 bei 2 Kindern, 1/9 bei 3 Kindern	Eltern bzw. Großeltern neben Ehepartner je 1/18	a) und b): Ja b) zu b: § 551 AGBGB	Haager Testaments-übereinkommen
Polen	Heimatrecht, § 34 IPRG	Schuldrechtlicher Pflichtteilsanspruch wie in Deutschland Art. 991 ZGB	2/3 des gesetzlichen Erbteils. Dieser berechnet sich wie folgt: gleicher Teil neben Kindern, mindestens 1/4, 1/2 ohne Kinder	2/3 des gesetzlichen Erbteils. Dieser berechnet sich wie folgt: gleicher Teil neben Ehepartner, der mindestens 1/4 behält.	2/3 des gesetzlichen Erbteils. Dieser berechnet sich wie folgt: I neben Ehepartner 1/8 für jedes Elternteil, 1/4 zusammen für Geschwister	a) nein b) ja Art. 941 f ZGB	Haager Testaments-übereinkommen
Portugal	Heimatrecht, Art. 62 i.V.m. Art. 31 Abs. 1 CC	Noterbrecht mit Herabsetzungs-klage	Ja, abhängig von Konstellation	Ja, abhängig von Konstellation Bei Alleinerbeneinsetzung des Ehegatten Eltern und Abkömmlinge zusammen 2/3	Ja, abhängig von Konstellation Bei Alleinerbeneinsetzung des Ehegatten Eltern und Abkömmlinge zusammen 2/3	a) und b): Nein	Kein Vertragsstaat des Haager Testamentsabkommens Ortsform genügt nur bei „feierlichen Testamenten". Das deutsche notarielle Testament soll dieser Form nicht genügen

Land	**IPR a) Mobilien b) Immobilien**	**Pflichtteils-ausgestaltung**	**Ehegatten-pflichtteil**	**Kinder-pflichtteil**	**Verwandten-pflichtteil**	**Zulässigkeit von a) Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten b) Pflichtteils-verzicht**	**Bemerkungen Testaments-form und Sonstiges**
Rumänien	a) Heimatrecht b) Belegenheits-recht Rechtswahl möglich nach Art. 68 Abs. 1 IPRG	Noterbrecht mit Herabsetzungs-klage Art. 841 ff CC	Neben Kindern 1/8, neben Eltern 1/6	1/2 bei 1 Kind, 1/3 je Kind bei 2 Kindern, 1/4 je Kind bei drei Kindern	Bei Kinderlosen jeder Elternteil 1/4	a) und b): Nein Art. 857, 938, 965 CC	Ortsform genügt gemäß Art. 68 Abs. 3 IPRG
Schweden	a) Heimatrecht b) Belegenheit §§ 1 und 2 Gesetz betreffend internationale Verhältnisse in Nachlasssachen, für Skandinavier bei mindestens fünfjährigem Aufenthalt in Schweden Domizilrecht	Für Kinder Noterbrecht mit Herabsetzungsklage, 7. Kapitel, §§ 1 ff ErbG, für Ehegatten Noterbrecht ohne Herabsetzungsklage	In Höhe eines „Versorgungsgrundbetrages" unter Anrechnung des güterrechtlich Erhaltenen ohne Herabsetzungsklage, 3. Kapitel, § 1 ErbG	je Kind 1/2 Nachlass geteilt durch die Zahl der Kinder.	Nein	a) Nein, 17. Kapitel § 1 ErbG b) Ja, bei Abkömmlingen nach Maßgabe 17. Kapitel § 2 ErbG	Ortsform genügt gem. § 4 Gesetz betreffend internationale Verhältnisse in Nachlasssachen Der Ehegatte ist auch bei Vorhandensein von Kindern alleiniger gesetzl. (Vor)Erbe, 3. Kap. ErbG
Schweiz	a) und b): Domizil, Schweizer mit Wohnsitz im Ausland kann Schweizer Recht, Ausländer in der Schweiz kann Heimatrecht wählen	Noterbrecht mit Herabsetzungsklage	1/4 neben Kindern, 3/8 neben Eltern, Art. 457, 458 und 462 Nr. 2 ZGB	3/4 des gesetzlichen Erbteils (dieser beträgt 1/2 für alle Kinder zusammen)	1/2 des gesetzlichen Erbteils, also neben Ehepartner je 1/16	a) Eheverträge ja, gemeinschaftliche Testamente nein b) Ja	Haager Testamentsübereinkommen
Slowenien	a) und b) Heimatrecht	Noterbrecht mit Herabsetzungsklage, Art. 25 Erbgesetz	1/2 gesetzlicher Erbteil (gesetzlich erben Ehegatte und Kinder zu gleichen Teilen, Art. 10 ErbG, Herabsetzung auf Antrag möglich, neben Eltern erbt Ehegatte gesetzlich 1/2 mit möglicher Heraufsetzung)	1/2 gesetzlicher Erbteil (gesetzliche erben Ehegatte und Kinder zu gleichen Teilen)	Eltern 1/2 gesetzlicher Erbteil, Großeltern bei Bedürftigkeit 1/3 gesetzlicher Erbteil	a) nein, Art. 103 ErbG, b) nein,	Haager Testamentsübereinkommen Gesetzliches Erbrecht (wohl auch Pflichtteilsrecht) des unehelichen Lebenspartners. Sonderregelung für Vererbung landwirtschaftlicher Grundstücke
Spanien	a) und b) Heimatrecht	Noterbrecht mit Herabsetzungsklage, Art. 817 ff CC	Nießbrauchsrecht an 1/3 neben Kindern, 1/2 neben Verwandten, 2/3 im Übrigen, Art. 834 ff CC	Insgesamt 2/3, davon kann aber 1/3 als Aufbesserung unter den Abkömmlingen frei verteilt werden, Art. 808, 823 ff CC	1/2, neben Ehegatten 1/3 Art. 809 CC	a) und b) grundsätzlich nein Art. 669, 733, 1271, 816 CC, aber Abweichungen in Einzelstaaten, etwa auch in Katalonien	Haager Testamentsübereinkommen. Mehrrechtsstaat

Land	**IPR** **a) Mobilien** **b) Immobilien**	**Pflichtteils-ausgestaltung**	**Ehegatten-pflichtteil**	**Kinder-pflichtteil**	**Verwandten-pflichtteil**	**Zulässigkeit von** **a) Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten** **b) Pflichtteils-verzicht**	**Bemerkungen Testaments-form und Sonstiges**
Tschechische Republik	a) Heimatrecht b) Heimatrecht §§ 17, 18 IPRG	Noterbrecht § 479 ZGB	Nein	minderjährige Kinder wie gesetzlicher Erbteil (gleiche Anteile mit Ehepartner und anderen Kindern), Volljährige 1/2 gesetzlicher Erbteil	Nein	a) und b): Nein, § 476 ZGB	Haager Testaments-übereinkommen
Türkei	a) Heimatrecht, § 14 Nachlass-abkommen, b) Belegenheit, § 16 Nachlass-abkommen	Noterbrecht mit Herabsetzungs-klage, Art. 452, 502, 513 ZGB	3/4 des gesetzlichen Erbteils (neben Ehepartner 3/4 für alle Kinder zusammen)	1/4 neben Kindern, 1/2 neben Eltern, Art. 444 ZGB	Eltern 1/2, Geschwister 1/4 des gesetzlichen Erbteils	a) Erbvertrag ja, gem. Testament: nein b) Ja §§ 655-658 ZGB	Haager Testaments-übereinkommen Mit Deutschland gilt Nachlass-abkommen von 1929
Ungarn	a) und b) Heimatrecht, § 36 i.V.m. § 11 IPR VO	Schuldrechtlicher Anspruch wie in Deutschland	Neben Kindern nur Nießbrauch, § 615 ZGB gekürzt auf Bedürfnissicherung, ohne Kinder 1/2 Nachlasswert (berechnet ohne das von Aszendenten ererbte oder geschenkte Vermögen)	1/2 gesetzlicher Erbteil (Kinder sind alleinige gesetzliche Erben)	Eltern 1/2 gesetzlicher Erbteil, neben Ehegatten 1/2 des von Aszendenten ererbten oder geschenkten Vermögen	a) Erbvertrag mit behördlicher Genehmigung: ja, gem. Testament: nein, b) Ja, §§ 603-605 ZGB	Ortsform, § 36 Abs. 2 Satz 2 IPR VO
USA	a) Domizil b) Belegenheit	Grds. keinerlei Pflichtteils- oder Noterbrechte	Meist Nießbrauchsrecht auf Lebenszeit, insbesondere am Familienheim („dower bzw. curtesy"), auch „elective share", d.h. der Ehegatte kann unabhängig vom Inhalt eines Testaments seinen gesetzlichen Erbteil geltend machen (an sich an Stelle des ihm im Testament Zugedachten.)	Nur in Puerto Rico und Louisiana	Nein	a) Erbvertrag nein, gemeinschaftliches Testament ja mit Ausnahme Louisianas b) Kein Kinderpflichtteil, Verzicht auf Ehegattenrechte möglich	Testamentsform für bewegliches Vermögen Domizil, für unbewegliches Vermögen Belegenheit

D.
Deutscher Staatsangehöriger mit Auslandsvermögen in einer Pflichtteilsoase

I. Kinderpflichtteil

Hier ist zunächst anzumerken, dass der Umstand, dass eine ausländische Rechtsordnung möglicherweise keine oder vom Umfang her geringere Pflichtteilsansprüche bzw. Noterbrechte vorsieht als das deutsche Recht sich nur dann für den deutschen Erblasser auswirkt, wenn gem. Art. 3 Abs. 3 EGBGB insoweit ausländisches Recht anwendbar ist, weil

- entweder das ausländische Sachrecht allein wegen der Belegenheit des (unbeweglichen) Vermögens nach dem maßgeblichen ausländischen IPR Anwendung findet (Erblasser wohnt in Mannheim, hat aber ein Ferienhaus in Florida) oder
- der deutsche Erblasser im Ausland wohnt, nach dem ausländischen IPR der Wohnsitz bzw. das Domizil maßgeblich ist und sich die Vermögenswerte im Ausland befinden (deutscher Schriftsteller wohnt und arbeitet im eigenen Landhaus in der Provence).

Aus der tabellarischen Übersicht ist zu entnehmen, dass die deutsche Rechtsordnung hinsichtlich des Kinderpflichtteils selbst eher den Pflichtteilsoasen zuzurechnen ist. Von Interesse sind in diesem Zusammenhang daher lediglich Erblasser mit Vermögen in Common-Law-Staaten wie den USA (praktisch alle Bundesstaaten), Australien und Großbritannien, die Pflichtteilsrechte für Abkömmlinge nicht kennen.

Eine strikte Anwendung der eingangs skizzierten Grundsätze des deutschen internationalen Privatrecht führte im Fall des Mannheimers mit dem Immobilienvermögen in Florida gem. Art. 25 Abs. 1 EGBGB in Verbindung mit Art. 3 Abs. 3 EGBGB zu der Konsequenz, dass wegen der in den USA gelegenen Immobilie Nachlassspaltung eintritt und die Abkömmlinge ihre Pflichtteilsrechte in Konsequenz hieraus nur aus dem in der Bundesrepublik Deutschland belegenen Vermögen berechnen können[32]. Verfügt unser Mannheimer Beispielserblasser im Inland lediglich über eine Mietwohnung und durch Verluste am Neuen Markt auf eine überschaubare Größe von 50.000,– € geschrumpfte Bankguthaben, wären Pflichtteilsansprüche für enterbte Abkömmlinge allenfalls in Höhe von insgesamt 12.500,– € zu befürchten, während die zur Alleinerbin eingesetzte (zweite) Ehefrau ihren Lebensabend in der millionenschweren Villa in Miami ungestört von finanziellen Forderungen der Abkömmlinge aus erster Ehe genießen könnte[33].

Diese pflichtteilsfeindliche Konsequenz der (teilweisen) Anwendbarkeit ausländischen Erbrechts und die sich damit für den Testamentsgestalter eröffnenden Möglichkeiten zur Pflichtteilsreduzierung bei „ungeliebten" und/oder nichtehelichen Abkömmlingen sind im Schrifttum auf wenig Sympathie gestoßen und werden weitgehend skeptisch beurteilt.

So soll jedenfalls die gezielte Verlagerung von Vermögenswerten gegen den **ordre public gem. Art. 6 EGBGB** verstoßen bzw. als Gesetzesumgehung (**fraus legis**) unwirksam sein, wenn die Vermögensverlagerung ins Ausland lediglich durch das Bestreben nach einer Pflichtteilsreduzierung motiviert werde und/oder zu einer Bedürftigkeit des enterbten Abkömmlings führe[34].

Die deutsche Rechtsprechung, insbesondere die des Bundesgerichtshofs, ist diesen pflichtteilsfreundlichen Ansätzen in Schrifttum jedenfalls bisher nicht gefolgt[35].

Die Skepsis des Schrifttums gegenüber dieser Rechtsprechung mag wegen denkbarer Verstöße gegen das Gerechtigkeitsempfinden im Einzelfall durchaus verständlich sein, überzeugt aber nicht.

Zunächst ist anzumerken, dass die argumentative Grundlage für die Anwendung des Art. 6 EGBGB bzw. der Grundsätze der fraus legis, nämlich die Herleitung des Pflichtteilsrechts aus der Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG bzw. durch Art. 6 GG gewährleisteten Schutz der Familie[36] unter verfassungsrechtlichen Vorzeichen in die Diskussion geraten ist und keinesfalls mehr ohne weiteres als selbstverständlich unterstellt werden kann[37].

Auch unabhängig vom Standpunkt der Rechtsprechung können die zitierten pflichtteilsfreundlichen Stellungnahmen im Schrifttum nicht überzeugen, auch wenn sie im Einzelfall sicher dem Gerechtigkeitsgefühl entsprechende Lösungen zu bieten vermögen.

Gegenargumente sind dabei vor allem unter dem Gesichtspunkt der angenommenen Rechtsfolgen herzuleiten. Der von Klingelhöffer[38] erwogenen entsprechende Anwendung des § 2325 BGB steht schon der allgemeine methodische Grundsatz entgegen, dass Pflichtteilsergänzungsansprüche als Ausnahme von dem Grundsatz der Pflichtteilsneutralität lebzeitiger Verfügungen nach allgemeinen Grundsätzen grundsätzlich nicht im Wege der Analogie verallgemeinerungsfähig sind[39].

Dementsprechend erscheint auch fragwürdig, im Wege der Analogie zur Schließung durch die Anwendung ausländischen Rechts entstandener Lücken genau die Bestimmungen heranzuziehen, die nach dem maßgeblichen internationalen Privatrecht von der Anwendung ausgeschlossen sein sollen[40].

Das entscheidende Argument gegen die pflichtteilsfreundliche Linie des Schrifttums ist jedoch aus dem Umstand abzuleiten, dass sie an die durch die Nachlassspaltung gezogenen nationalen Grenzen stößt.

Im Falle des Beispielsmannheimers wäre der Pflichtteilsanspruch, der aufgrund Verstoßes gegen den ordre public oder im Sinne der Überlegungen von Klingelhöffer nach Maßgabe

32 Vgl. BGH NJW 1993, 1920, 1921.

33 Vgl. das Beispiel bei Gruber ZEV 2001, 464, der in diesem Zusammenhang unter Hinweis auf eine entsprechende Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs in Wien -IPRax 1988, 35- sehr instruktiv als weitere Imponderabilie möglicher Erbrechtsgestaltungen unter Ausnutzung der Möglichkeiten internationalen Privatrechts anführt, dass es beileibe nicht selbstverständlich sein muss, dass ein wegen Pflichtteilsansprüchen angerufenes Gericht – wie der BGH nach seiner insoweit eindeutigen Rechtsprechung – das nach einer ausländischen Rechtsordnung vererbte Vermögen für die Berechnung des schuldrechtliche Pflichtteilsanspruchs unberücksichtigt lässt. Zur Entscheidung des OGH vgl. auch die Anmerkungen von Schwind in Iprax 1988, 45 ff und Zemen in ZfRV 1988, 283 ff.

34 Vgl. Staudinger-Dörner Artikel 25 EGBGB Rdnr. 695; Münchener Kommentar -, Birk BGB 3. Auflage Rdnr. 111; Klingelhöffer ZEV 1996, 259; Dörner ZEV 1994, 362 ff; Pentz ZEV 1998, 449 ff; vgl. auch Groll-Rösler Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung Rdnr. 328 ff.; Sudhoff-Scherer Unternehmensnachfolge 4. Auflage Rdnr. 59 n.w.N.; Flick/Piltz Der internationale Erbfall Rdnrn.. 120 f. Differenzierend dahingehend, dass ein ordre public-Verstoß nur vorliegen soll, wenn das ausländische Recht im konkreten Fall zu einem nicht mehr hinnehmbaren Ergebnis führt Gruber ZEV 2001, 468. Skeptisch auch Jülicher ZEV 1999, 468.

35 BGH NJW 1993, 1920 f. mit der lakonischen Feststellung, dass aufgrund der eingetretenen Nachlassspaltung für die Berechnung des Pflichtteilsanspruchs nur Vermögensgegenstände in Betracht kommen, die entweder in Deutschland belegen sind oder die durch den Vorrang des Einzelstatuts nach Artikel 3 Abs. 3 EGBGB nicht erfasst werden; OLG Köln Fam RZ 1976, 172; vgl. schon RGJW 1912, 22, ebenso Kegel/Schurig S. 859.

36 Vgl. nur Staudinger – Dörner Artikel 25 Rdnr. 695.

37 Palandt-Edenhofer BGB 61. Auflage Rdnr. 2 vor § 2303 BGB unter Hinweis auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in NJW 2001, 1040, aus der Abschließendes noch nicht abgeleitet werden kann; Haas, ZEV 2000, 249. Festgehalten werden kann jedenfalls, dass ein Primat der Mindestbeteiligung der Abkömmlinge am Nachlass vor der Testierfreiheit des Erblassers sicher nicht dem verfassungsrechtlichen Zeitgeist entspricht. Die gestiegene Bedeutung der Partnerbeziehung gegenüber dem Erbrecht der Abkömmlinge betont Henrich in DNotZ 2001, 442.

38 ZEV a.a.O.

39 Vgl. BGH NJW 1989, 460; Palandt-Heinrichs a.a.O. Einl. vor § 1 Rdnr. 40 m.w.N.

40 In diesem Sinne wohl auch Steiner, Testamentsgestaltung bei kollisionsrechtlicher Nachlaßspaltung, Köln 2002, Seite 151.

des § 2325 BGB analog auch aus dem Auslandsvermögen zu berechnen wäre, **in voller Höhe von einem möglicherweise hinsichtlich des bescheidenen Inlandsnachlasses eingesetzten Erben allein zu erfüllen**. Die ebenfalls erwähnte Witwe aus zweiter Ehe könnte dessen ungeachtet ihren Lebensabend in der im Erbgang erworbenen Immobilie in Florida genießen, ohne Pflichtteilsansprüchen der Abkömmlinge des Beispiels Mannheimers ausgesetzt zu sein[41].

Gleichwohl ist der im Erbrecht tätige Kautelarjurist davor zu warnen, eine Vermögensverlagerung ins Ausland voreilig als Mittel zur Beschränkung von Pflichtteilsansprüchen zu empfehlen. Abgesehen von der unten noch darzustellenden erbschaftssteuerrechtlichen Problematik sollte nach dem Vorsichtigkeitsprinzip noch abgewartet werden, ob die Rechtsprechung auch in besonders gelagerten, mit dem Gerechtigkeitsgefühl schwer zu vereinbarenden Fallgestaltungen an der bisherigen Linie festhält.

Abgesehen davon bietet die vorstehend beschriebene Rechtslage nicht nur Gestaltungschancen, sondern vor allem auch erhebliche Gestaltungsfallen. Namentlich kann eine vom Erblasser beabsichtigte Gleichbehandlung zweier Abkömmlinge durch die Geltendmachung nach deutschem Recht begründeter Pflichtteilsansprüche scheitern, wenn einem Abkömmling lediglich Immobilien in einer Pflichtteilsoase zugewiesen sind.

Beispiel:

Unser Mannheimer verstirbt unverheiratet und hinterlässt in der Bundesrepublik Deutschland Bankguthaben in Höhe von € 500.000,– und in Florida eine Immobilie im Wert von € 500.000,–. Würde er in einem Testament seine Tochter zur Alleinerbin seines (unbeweglichen) Vermögens in den USA und seinen Sohn zum Alleinerben seines Vermögens in der Bundesrepublik Deutschland bestimmen, so wäre die Tochter nicht daran gehindert, gegen ihren Bruder einen Pflichtteilsanspruch in Höhe von € 125.000,– geltend zu machen[42].

Zur Lösung dieses insoweit klar umrissenen Gerechtigkeitsproblems werden im Schrifttum verschiedene Möglichkeiten diskutiert, die im Wesentlichen darauf hinauslaufen, den deutschen Pflichtteilsanspruch im Wege der internationalprivatrechtlichen **Anpassung** in dem Umfang zu kürzen, in dem der Erblasser den Pflichtteilsberechtigten an einer anderen Nachlassmasse beteiligt hat[43].

Dieser Lösungsansatz erscheint vom Grundsatz her in der Tat überzeugend, nachdem kaum bestritten werden kann, dass hier ein Normenwiderspruch vorliegt und die Anpassung bzw. Angleichung grundsätzlich und unbeschadet der vielfältigen Nuancierungen der im Detail hierzu vertretenen Auffassungen ein anerkanntes Vehikel ist, um derartige Normenwidersprüche aufzulösen[44].

Der Kautelarjurist kann jedoch nicht an der Tatsache vorbeigehen, dass die Zulässigkeit einer Anpassung selbst in diesen Fällen nicht unbestritten ist, bzw. von weiteren Voraussetzungen wie etwa der Verfügung über beide Vermögensmassen in einem einheitlichen Testament abhängig gemacht wird[45].

Es empfiehlt sich daher, vorsorglich die Empfehlung von Klingelhöffer und Gruber[46] aufzugreifen und durch entsprechende Bestimmungen im notariellen Testament Vorsorge zu treffen. Diese Bestimmungen könnten den folgenden Inhalt haben:

Formulierungsvorschlag

Zu meinen Erben setze ich meine Tochter Tamara und meinen Sohn Siegfried ein. Meinen Sohn Siegfried bestimme ich zum Alleinerben meines in der Bundesrepublik Deutschland belegenen Vermögens, meine Tochter Tamara bestimme ich zur Alleinerbin meines in den Vereinigten Staaten von Amerika (Bundesstaat Florida) belegenen Vermögens, das ausschließlich aus einer Immobilie (Bungalow in Fort Lauderdale) besteht. Die Erbeinsetzung zu Gunsten meiner Tochter Tamara stelle ich gem. bzw. entsprechend § 2075 BGB unter die auflösende Bedingung, dass Tamara gegen ihren Bruder Siegfried keinerlei Pflichtteilsansprüche geltend macht.

Diese Formulierung mag allerdings dann problematisch sein, wenn das zur Anwendung berufene ausländische Recht eine auflösend bedingte Erbeinsetzung nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen akzeptiert. Eine größere Gestaltungssicherheit verspricht daher die Erbeinsetzung des Sohnes mit dem Vermächtnis zur Übertragung der US-Immobilie an seine Schwester oder die von einer Testamentsvollstreckung flankierte Erbeinsetzung beider Kinder unter Formulierung entsprechender Vorausvermächtnisse. Insoweit wäre wie folgt zu formulieren:

Formulierungsvorschlag

Ich setze meine Kinder Tamara und Siegfried zu gleichen Teilen zu meinen Erben ein. Ich beschwere die Erben mit folgenden Vorausvermächtnissen:

1. meine Tochter Tamara erhält mein gesamtes, in den Vereinigten Staaten von Amerika (Bundesstaat Florida) belegenes Vermögen, das ausschließlich aus meinem Bungalow in Fort Lauderdale besteht,

2. mein Sohn Siegfried erhält mein gesamtes in der Bundesrepublik Deutschland belegenes Vermögen.

Das Vorausvermächtnis zu Gunsten meiner Tochter Tamara ist zu erfüllen Zug um Zug gegen Verzicht auf etwaige, der Tochter zustehende Pflichtteilsansprüche hinsichtlich meines in Deutschland belegenen Vermögens.
Ich ordne Testamentsvollstreckung an. Zum Testamentsvollstrecker bestimme ich .....

Ob diese Lösung gegenüber der bedingten Erbeinsetzung eine größere Gestaltungssicherheit verspricht, ist allerdings durchaus nicht unzweifelhaft. Insbesondere besteht die nicht von der Hand zu weisende Gefahr dass durch das ausländische Erbschaftsteuerrecht angesichts der Erbeneinsetzung der durch das Vorausvermächtnis bewirkte wirtschaftliche Verlust des Auslandsvermögens beim Inlandserben ignoriert wird.

Auch diese Lösung darf daher nur nach sorgfältiger Prüfung der erbrechtliche und erbschaftssteuerrechtlichen Situation im Ausland als realisierbar erwogen werden.

II. Ehegattenpflichtteil

Anders als beim Kinderpflichtteil, bei dem lediglich in den Common-Law-Ländern ein über die Möglichkeiten in der Bundesrepublik Deutschland hinausgehender Freiraum für

41 Dementsprechend will Schwind in seiner Anmerkung zur zitierten Entscheidung des OGH (IPRax 1988, 45) auf Fälle beschränken, in denen Inland- und Auslandserbe identisch sind.
42 Vgl. Groll-Rösler in Praxis-Handbuch Erbschaftsberatung C VI Rz. 330; Sudhoff-Scherer a.a.O. S. 226.
43 Staudinger-Dörner Artikel 25 Rdnr. 742; Klingelhöffer ZEV 1996, 259; Gruber ZEV 2001, 467 m.w.N, Steiner, Testamentsgestaltung bei kollisionsrechtlicher Nachlaßspaltung, Köln 2002, Seite 151 f, Henle, Kollisionsrechtliche Nachlassspaltung im deutsch-französischen Rechtsverkehr, Diss. München 1975, S.146 ff.
44 Vgl. Kegel/Schurig 8. Auflage Internationales Privatrecht S. 307 ff.; Staudinger-Dörner BGB 2000 Artikel 25 EGBGB Rdnr. 708 ff.
45 Vgl. nur Münchener Kommentar -Birk BGB 3. Auflage Artikel 25 Rdnr. 138.
46 ZEV 1996, 260 bzw. ZEV 2001, 467.

den Testierer besteht, gestehen neben den Common-Law-Staaten auch die Mehrzahl der europäischen Rechtsordnungen dem überlebenden Ehepartner einen im Vergleich zur Bundesrepublik Deutschland geringeren Pflichtteilsanspruch zu.

Wichtige Nachbarstaaten wie Frankreich, die Benelux-Staaten und Großbritannien kennen keinen Pflichtteilsanspruch des überlebenden Ehegatten bzw. allenfalls Nießbrauchsrechte.

Da Großbritannien und jedenfalls diejenigen Zivilrechtsordnungen, in denen in mehr oder weniger veränderter Form der französische Code Civil gilt, also Frankreich, Belgien und Luxemburg bei Immobilien international-privatrechtlich an die Belegenheit anknüpfen, scheinen sich auch hier aufgrund der durch Art. 3 Abs. 3 EGBGB durch das deutsche internationale Privatrecht eröffneten Anwendbarkeit ausländischen Sachrechts im Wesentlichen ähnliche Gestaltungsmöglichkeiten und -probleme wie bei den Kinderpflichtteilen zu ergeben.

Bei der Bewertung des insoweit anwendbaren ausländischen Noterbrechts darf jedoch nicht aus dem Auge verloren werden, dass gerade die genannten Rechtsordnungen des Code Civil die Versorgung des überlebenden Ehepartners güterrechtlich absichern, nachdem in Frankreich, Belgien und Luxemburg, aber auch in den meisten sonstigen Rechtsordnungen des Mittelmeerraums als gesetzlicher Güterstand Güter- bzw. Errungenschaftsgemeinschaft gilt und dem überlebenden Ehepartner damit meistens (aber bei Zweitehen beileibe nicht immer) von vornherein annähernd die Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens zugeordnet ist[47].

Die durch denkbare Antinomien zwischen Güterrecht und Erbrecht sich ergebenden Wertungswidersprüche wurden bereits im ersten Teil dieses Aufsatzes mit Blick auf die Qualifikation des § 1371 BGB erörtert. Charakteristisch für dieses Problemfeld ist dabei, dass die Versagung von Ansprüchen an den überlebenden Ehegatten nicht – wie beim Kinderpflichtteil – darin begründet ist, dass **eine der Rechtsordnungen** eine obligatorische Beteiligung der Abkömmlinge am Nachlass generell versagt, sondern ausschließlich seine Ursache darin findet, dass der überlebende Ehegatte aus rein formalrechtlichen Gründen das Nachsehen hat, weil er durch die unterschiedliche Abgrenzung von Güterrechts- und Erbrechtsstatut gewissermaßen in ein **„Loch zwischen beiden Rechtsordnungen"** fällt.

Damit liegt ein Fall **Normenmangels** (Pflichtteilsrecht und Güterrecht geben dem überlebenden Ehepartner weniger als jede Rechtsordnung für sich genommen) vor, der genau wie der Fall der **Normenhäufung** (Pflichtteilsrecht und Güterrecht geben dem Ehegatten mehr als jede Rechtsordnung für sich genommen, etwa in Hinblick auf § 1371 BGB) nach der im Ausgangspunkt weitgehend einhelligen Meinung im Schrifttum und der untergerichtlichen Rechtsprechung eine Korrektur derartiger Dissonanzen der beteiligten Rechtsordnungen durch materiell-rechtliche Anpassung dahingehend rechtfertigen soll, dass das dem überlebenden Ehegatten zuzuordnende Vermögen bei **Normenmangel auf das Niveau der ungünstigeren** der beiden Rechtsordnungen anzuheben und **bei Normenhäufung auf das Niveau der günstigeren** der beiden Rechtsordnungen herabzusetzen ist[48].

47 Vgl. die Aufstellung von Mauch BWNotZ 2001, 25 ff.
48 Staudinger-Dörner BGB 2000 Rdnr. 715 ff. Palandt-Heldrich BGB 61. Auflage Artikel 15 EGBGB Rdnr. 26 m.w.N.; vgl. auch Kegel-Schurig Internationales Privatrecht 8. Auflage S. 309 f; Münchener Kommentar – Birk BGB 3. Auflage Artikel 25 Rdnr. 165 , LG Mosbach ZEV 1998, 490, Österreichischer OGH ZfRv 1990, 306 ff.

Bei abstrakter Betrachtung mag die Folgerichtigkeit dieser Überlegungen schwerlich in Frage zu stellen sein.

Höchst fraglich erscheint jedoch, ob der beklagte Normenmangel als Auslösemoment einer materiell-rechtlichen Anpassung bei Ehegatten von Erblassern, die nach deutschem Güterrecht verheiratet waren, überhaupt gegeben ist.

Im Verhältnis zu Common-Law-Staaten wie etwa Großbritannien, die abgesehen von Unterhaltsansprüchen dem überlebenden Ehepartner eine Mindestbeteiligung am Nachlass vollständig versagen[49], stellt sich die Situation genau so dar wie im Falle der Anwendbarkeit einer Rechtsordnung, die Pflichtteilsrechte für Abkömmlinge nicht kennt. Hier kommt eine Anpassung schon aus dogmatischen Gründen nicht in Betracht, da es an dem Erfordernis eines **Wertungswiderspruchs im Verhältnis zu beiden Rechtsordnungen** fehlt[50]. Insoweit stellt sich allenfalls – wie beim Kinderpflichtteil – die Frage, ob eine mit den Gerechtigkeitsvorstellungen der deutschen lex fori schwer vereinbare ausländische Erbrechtsnorm aufgrund von Billigkeitsüberlegungen unter dem Gesichtspunkt des ordre public gemäß Art. 6 EGBGB oder der fraus legis im konkreten Fall nicht anwendbar sein soll[51]. Dass dies regelmäßig nicht gerechtfertigt ist, wurde oben ausführlich dargelegt.

Aber auch im Verhältnis zu den Staaten des Code Civil kann schwerlich angenommen werden, dass die güterrechtliche Versorgung eines im deutschen gesetzlichen Güterstandes gem. §§ 1363 ff BGB verheiratet gewesenen, hinterbliebenen und enterbeten Ehepartners qualitativ wesentlich hinter der Versorgung eines Ausländers zurückbleibt, der im Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft verheiratet war.

Im Falle der Errungenschaftsgemeinschaft mag zwar dem hinterbliebenen Ehegatten von vorn herein die Hälfte des während der Ehezeit erworbenen Vermögens dinglich zugeordnet sein. Allein dies vermag jedoch keinesfalls ein zur Anpassung bzw. Ausgleichung zwingendes Gerechtigkeitsdefizit zu begründen, nachdem dem hinterbliebenen Ehepartner im deutschen gesetzlichen Güterstand (unabhängig von der Frage des Bestehens oder Nichtbestehens eines Pflichtteilsanspruchs aus dem gesetzlichen Erbteil von 1/4) der schuldrechtliche Anspruch auf Ausgleich des Zugewinns gegen den Erben als Nachlassverbindlichkeit zusteht, den er bei einer nach Maßgabe des Art. 25 EGBGB entstandenen Nachlassspaltung nach seiner Wahl sowohl gegen den Inlandsnachlass, als auch gegen den Auslandsnachlass in voller Höhe geltend machen kann[52], da ja bei Nachlassspaltung beide Nachlassteile so zu behandeln sind, als ob sie der gesamte Nachlass wären[53]. Auch die im deutschen gesetzlichen Güterstand bestehenden rechtlichen Zufälligkeiten bei der Berechnung eines Zugewinnausgleichsanspruchs, namentlich etwa die Nichtberücksichtigung eines negativen Anfangsvermögen gem. § 1374 Abs. 1 BGB rechtfertigen im Verhältnis zu ausländischen Güterständen keinen Anpassungsbedarf im Bereich des Erbrechts, da auch bei der Errungenschaftsgemeinschaft ein dinglich beiden Ehepartnern zuzuordnendes Gesamtgut wirtschaftlich erst entstehen kann, nachdem etwaige bei Eingehung der Ehe bestehende Verbindlichkeiten beglichen sind.

49 Vgl. etwa Ferid-Firsching-Henrich Großbritannien Rdnr. 231; Flick/Piltz Rdnr. 579.
50 Vgl. Staudinger-Dörner a.a.O. Rdnr. 708 f; Palandt-Heldrich a.a.O. Einl. vor Art. 3 EGBGB Rdnr. 32; Kegel-Schurig a.a.O. S. 308 ff.
51 Vgl. Staudinger-Dörner Artikel 25 EGBGB Rdnr. 695; Münchener Kommentar – Birk BGB 3. Auflage Rdnr. 111; Klingelhöffer ZEV 1996, 259; vgl. auch Groll-Rösler Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung Rdnr. 328 ff.; Sudhoff-Scherer Unternehmensnachfolge 4. Auflage Rdnr. 59 n.w.N.; Flick/Piltz Der Internationale Erbfall Rdnrn.. 120 f.
52 Palandt-Heldrich BGB 61. Auflage Artikel 25 Rdnr. 9 m.w.N.
53 BGHZ 24, 355; Palandt-Heldrich a.a.O. m.w.N.

Nachdem die auch in anderen Rechtsordnungen bestehende Möglichkeit, einen güterrechtlichen Vermögensausgleich durch Abschluss von Eheverträgen auszuschließen ebenfalls nicht zu einem im Sinne der hier interessierenden Frage relevanten Gerechtigkeitsgefälle zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen führen kann, sollte auch beim Ehegattenpflichtteil – wie beim Kinderpflichtteil – der Umstand, dass der **Inlandserbe** bei einer Anpassung durch wertmäßige Zusammenrechnung von Auslands- und Inlandsnachlass die **Pflichtteilslast allein zu tragen hätte**, den Ausschlag gegen die Berechtigung einer Anpassung in diesem Sinne geben.

Diese Überlegung gilt natürlich erst recht, wenn die Ehepartner in Gütertrennung verheiratet waren.

Beispiel:

Ein Heidelberger hat eine US-Immobilie im Wert von € 200.000,– an seine Tochter und Inlandsvermögen ebenfalls im Wert von € 200.000,– an seinen Sohn vererbt. Der Pflichtteilsanspruch der enterbten Ehefrau in Höhe von € 50.000,– wären aber allein von dem Sohn zu tragen.

Dessen ungeachtet ist die Beurteilung der Frage, ob Anpassungsbedarf besteht und wie eine Anpassung durchzuführen ist, letztendlich immer in erheblichem Umfang von den subjektiven Wertungen des Rechtsanwenders abhängig[54].

Aber selbst dann, wenn man ungeachtet der vorstehenden Überlegungen einen Anpassungsbedarf bejahen wollte, darf die Anpassung angesichts der im Beispielsfall illustrierten Problemlage **keinesfalls in einer simplen Zusammenrechnung der Werte des inländischen und des ausländischen Nachlasses bestehen**[55].

Insoweit ist zunächst festzuhalten, dass von den vertretenen Anpassungsmechanismen die sogenannte **international-privatrechtliche Anpassung**, also die Aufhebung des Normwiderspruchs durch eine wertende Entscheidung für die Anwendbarkeit einer der beiden Rechtsordnungen[56] bei der hier (vermeintlich?) vorliegenden Diskrepanz zwischen Güterrecht und Erbrecht ausscheidet, weil eine derartige Lösung die Wertvorstellung einer Rechtsordnung zu Lasten einer anderen bevorzugen würde[57]. Die international-privatrechtliche Anpassung verbietet sich in diesem Fall, weil eine Auslandsberührung ja ausschließlich hinsichtlich des nach ausländischem Recht vererbten Auslandsvermögen gegeben ist und es damit ungerechtfertigt ist, die Beteiligten, die allesamt Inländer sind, zur Behebung eines Normwiderspruchs in anderer Hinsicht, etwa durch teilweisen Rückgriff auf ausländisches Güterrecht rechtlich wie Ausländer zu behandeln.

Als Lösungsmöglichkeit kann daher in der Tat nur eine sogenannte **materiell-rechtliche Anpassung**, also eine Korrektur der Dissonanzen der beteiligten Rechtsordnungen im Wege einer wertenden Entscheidung nach Maßgabe des subjektiven Gerechtigkeitsempfinden in Betracht kommen[58].

Als Maßstab für die – wie angeführt subjektiv wertende – Anpassung der Sachnormen scheidet der im Schrifttum gerade im Zusammenhang mit Dissonanzen zwischen Güterrecht und Erbrecht vielfach angeführte größte gemeinsame Nenner der beteiligten Rechtsordnungen[59] („Maßstab des geringsten Einbruchs in das Normgefüge") in den hier interessierenden Pflichtteilsfällen aus dem bereits erwähnten Grund aus, dass alle Beteiligten Inländer sind und die Auslandsberührung lediglich aus dem Vorhandensein von Auslandsvermögen resultiert.

In Hinblick hierauf kann in der Tat eine Auflösung des Normwiderspruchs – soweit man eine solchen anders als der Verfasser überhaupt als gegeben ansieht – letztendlich von dem zusammengerechneten Wert der beiden Vermögensmassen lediglich ausgehen. Von diesem Ausgangspunkt ist das Anpassungsergebnis jedoch weiter unter Berücksichtigung der Interessen aller Beteiligter einschränkend zu konkretisieren. Für diese einschränkende Konkretisierung des Anpassungsergebnisses weg von einer schematischen Berechnung des Pflichtteilsanspruchs auf der Grundlage des zusammengerechneten Vermögens finden sich bereits im geltenden Recht ohne weiteres handhabbare Maßstäbe, die eine normativ untermauerte und nicht nur an Beliebigkeitskriterien orientierte Korrektur des Normwiderspruchs erlauben können.

Diese Maßstäbe sind:

Die Bestimmung des § 2319 BGB.
Der erbrechtliche Halbteilungsgrundsatz[60].

Nach der Bestimmung des **§ 2319 BGB** kann ein pflichtteilsberechtigter Miterbe nach der Teilung die Befriedigung eines anderen Pflichtteilsberechtigten soweit verweigern kann, dass ihm sein eigener Pflichtteil verbleibt. Zwar ist die Bestimmung des § 2319 BGB hier nicht direkt anwendbar, nachdem im Falle einer Nachlassspaltung beide Teile des Nachlasses rechtlich völlig getrennt voneinander zu behandeln sind und der Inlandserbe damit eigentlich Alleinerbe im Rechtssinne ist[61]. Nachdem aufgrund der materiell rechtlichen Anpassung jedenfalls im Ausgangspunkt Inlands- und Auslandsnachlass rechnerisch als Einheit behandelt werden, muss aber auch insoweit der Grundsatz „Wer A sagt, muss auch B sagen" Geltung beanspruchen und damit rechtfertigt sich eine **analoge Anwendung des § 2319** dahingehend, dass der Inlandserbe, der ja einen „Miterben" am ausländischen Vermögen hat, nur dasjenige an den Pflichtteilsberechtigten auskehren muss, was über seinen eigenen Pflichtteil hinausgeht.

Beispiel:

Ein Baden-Badener Ehepaar lebte in Gütertrennung nach deutschem Recht. Es sind eine Tochter und ein Sohn vorhanden. Die Ehefrau wird enterbt. Die Tochter erbt die US-amerikanische Immobilie im Wert von € 300.000,–. Der Sohn erbt das Inlandsvermögen von € 120.000,–.

Bei gesetzlicher Erbfolge erben der Ehepartner und jedes Kind zu gleichen Teilen, § 1931 Abs. 4 BGB. Jeder Pflichtteilsanspruch beläuft sich damit auf 1/6 des Nachlasswertes[62] Bei undifferenzierter Verrechnung von Inlands- und Auslandsvermögen hätte dies im Beispielsfall zur Konsequenz, dass der Sohn den Pflichtteilsanspruch von € 70.000,– der enterbten Ehefrau allein tragen müsste. Ihm selbst blieben nur € 50.000,– und damit weniger als sein eigener Pflichtteil von € 70.000,–.

54 Insoweit gilt einmal mehr der Grundsatz, dass man auf Hoher See vor Gericht in Gottes Hand ist, nachdem die Beseitigung eines Normwiderspruchs durch Anpassung im Hinblick auf die Gegebenheiten des Einzelfalls eine rechtsschöpferische Tätigkeit darstellt, deren Resultat – weil im hohen Maße von den persönlichen Gerechtigkeits- und Zweckmäßigkeitsvorstellungen des Rechtsanwenders beeinflusst – nur begrenzt vorhersehbar sein kann, so Staudinger-Dörner BGB 2000 Artikel 25 Rdnr. 710.

55 So aber der österreichische Oberste Gerichtshof a.a.O. mit Anmerkung Schwind IPRax 1988, 46.

56 Vgl. Kegel/Schurig Internationales Privatrecht S. 310 ff.

57 Schotten Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis Rdnr. 50.

58 Flick/Piltz Der internationale Erbfall Rdnr. 108; Schotten a.a.O.; Allgemein Kegel/Schurig S. 312 ff.

59 Vgl. Staudinger-Dörner a.a.O. Rdnr. 717; Schotten a.a.O.

60 Die Entlehnung des Terminus aus dem Steuer- bzw. Verfassungsrecht sei hier erlaubt, vgl. BVerfG BStBl II 1995, 658; BFH E 192, 513.

61 Vgl. BGHZ 24, 355; Palandt-Heldrich BGB 61. Auflage Artikel 25 EGBGB Rdnr. 9 m.w.N.

62 Im Zusammenhang mit der Bestimmung des § 1931 Abs. 4 BGB ist zu erwähnen, dass diese Erhöhung des gesetzlichen Erbteils bei Gütertrennung nach ganz herrschender Meinung als einheitlich erbrechtlich und nicht als güterrechtlich qualifiziert wird, Palandt-Heldrich BGB 61. Auflage Artikel 15 Rdnr. 28 m.w.N..

Bei der hier befürworteten analogen Anwendungen des § 2319 BGB[63] hätte der Sohn lediglich € 50.000,– an die Ehefrau zu bezahlen, immerhin erheblich mehr als die € 20.000,–, die sie erhalten würde, wenn man ihren Pflichtteilsanspruch – wie vom Verfasser befürwortet – ausschließlich auf der Grundlage des Inlandsvermögens berechnete.

Als wesentlichen Argument gegen eine Zusammenrechnung von Inlands- und Auslandsnachlass für die Berechnung von Pflichtteilsansprüchen wurde bereits angeführt, dass die Pflichtteilslast dann nur vom Inlandserben zu tragen wäre. Dieses Argument lässt sich noch durch die Überlegung untermauern, dass der **Inlandserbe**, der bei Nachlassspaltung ja als Alleinerbe zu behandeln ist[64], dann ja **Pflichtteilsansprüche gegen sich selbst** haben müsste. Dass diese absurde Konsequenz nicht der Wertung des Gesetzgebers entsprechen kann, liegt auf der Hand.

Aus dem Gesetz, namentlich aus der Bestimmung der Höhe des Pflichtteils in § 2303 BGB in Verbindung mit den Abwehrrechten des pflichtteilsberechtigten Erben in § 2318 ff. BGB, lässt sich im Gegenteil die gesetzgeberische Wertung herleiten, dass die Testierfreiheit des Erblassers und das Bedürfnis nach der Sicherung einer Mindestbeteiligung der Verwandten am Nachlass exakt das gleiche Gewicht haben sollen, nachdem **einem testamentarisch eingesetzten Alleinerben „gegen alle Pflichtteilsansprüche" mindestens die Hälfte des Nachlasses verbleibt.**

Aus diesem **erbrechtlichen Halbteilungsgrundsatz** ist für die materiell-rechtliche Anpassung die Regel zu entwickeln, dass das Risiko der Nachlassspaltung nicht allein dem Inlandserben auferlegt werden darf, sondern vom Inlandserben und dem Pflichtteilsberechtigten zu gleichen Teilen zu tragen ist. Dem Inlandserben muss daher nach Berichtigung der Pflichtteilsansprüche mindestens die Hälfte des Nachlasswertes im Inland verbleiben.

Beispiel:

Im Falle unseres Baden-Badeners haben Sohn und Tochter die Auslandsimmobilie in den USA gemeinsam geerbt. Zum Alleinerben des Inlandsvermögens hat der Baden-Badener einen guten Freund bestellt. Da dieser sich nicht auf § 2319 analog BGB berufen könnte, müsste er an sich einen Pflichtteilsanspruch von € 70.000,– aus dem von ihm ererbten Inlandsvermögen von € 120.000,– bezahlen.

Nach dem vorstehend entwickelten Halbteilungsgrundsatz beschränkt sich der Anspruch auf € 60.000,– da das Interesse des Pflichtteilsberechtigten (wegen der Verwandtschaft bzw. der jedenfalls formal noch fortbestehenden Ehe) gleich und nicht höher zu bewerten ist als die aus der grundrechtlich geschützten Testierfreiheit hergeleitete Rechtsposition des testamentarisch eingesetzten Alleinerben. Immerhin erhielte die Pflichtteilsberechtigte auch in diesem Fall erheblich mehr als ohne materiell-rechtliche Anpassung, da ansonsten ihr lediglich der Pflichtteilsanspruch von 1/6 aus € 120.000,– also € 20.000,– zustünde.

Zusammenfassend ist zu den Pflichtteilsansprüchen des Ehegatten bei Vorhandensein von Auslandsvermögen in Pflichtteilsoasen anzumerken, dass diese für den Testamentsgestalter noch wesentlich tückischer sind als denkbare Pflichtteilsansprüche der Abkömmlinge. Der Versuch, Pflichtteilsansprüche getrennt lebender Ehefrauen durch Verlagerung von Vermögenswerten in Pflichtteilsoasen zu reduzieren, ist mit hohen Risiken, vor allem für den Erwerb des Inlandserben behaftet. In jedem Fall sollte die Problematik dem Notar Veranlassung geben, auch im Zusammenhang mit Eheverträgen und Trennungsvereinbarungen zwischen Eheleuten, insbesondere bei Zweitehen, nach möglichem Auslandsvermögen zu fragen und entweder durch (gegenständlich auf das Auslandsvermögen beschränkte) Pflichtteilsverzichte oder – genau im Gegenteil – durch eine ausdrückliche Erstreckung möglicher Pflichtteilsansprüche auf das Auslandsvermögen im Wege einer erbvertraglichen Regelung gegen etwaige Streitigkeiten nach dem Tod des vermögenden Ehepartners Vorsorge zu treffen.

III. Pflichtteilsansprüche von sonstigen Verwandten

Nach deutschem Erbrecht besteht insoweit lediglich ein Pflichtteilsanspruch der Eltern gem. § 2303 Abs. 2 BGB, der gem. § 1930 in Verbindung mit §§ 1924, 1925 BGB nur dann zum Tragen kommt, wenn keine Abkömmlinge des Erblassers als Erben erster Ordnung vorhanden sind.

Das Pflichtteilsrecht der Eltern beläuft sich damit gem. § 1931 BGB neben einem Ehepartner bei gesetzlichem Güterstand auf 1/8, bei Gütertrennung auf 1/4 des Nachlasswertes. Soweit der Erblasser unverheiratet ist, können die Eltern die Hälfte des Nachlasswertes als Pflichtteil beanspruchen.

Aus der vorstehenden Aufstellung ergibt sich, dass viele Länder, und zwar nicht nur solche der Common-Law-Zone, Pflichtteilsrechte von Verwandten gar nicht kennen oder diesen doch zumindest einen geringeren Pflichtteil zuordnen als das deutsche Sachrecht[65].

Bei Vorhandensein von unbeweglichem Auslandsvermögen in einem Common-Law-Land bestünden daher an im Ausland befindlichen Immobilien keinerlei Pflichtteilsrechte der Eltern. Die anderswo ausgeschlossenen (Niederlande, Skandinavien) bzw. geringeren Pflichtteilsrechte (Schweiz, Österreich) wirken sich demgegenüber auf die Höhe von in Deutschland geltend gemacht bzw. eingeklagten Pflichtteilsansprüchen nicht aus, da alle diese Länder das Erbrecht an Mobilien und Immobilien einheitlich am Domizil/letzten Wohnsitz bzw. Heimatrecht (Österreich) anknüpfen und Art. 3 Abs. 3 EGBGB mangels besonderer Vorschrift für die im Ausland belegenen Sachen nicht anwendbar ist.

Im Einzelnen wurde schon dargelegt, dass das in weiten Teilen des Schrifttums vertretene Postulat nach einer Korrektur im Sinne der deutschen Pflichtteilsbestimmungen entweder aufgrund des Art. 6 EGBGB (ordre public) oder im Rahmen einer Angleichung bzw. Anpassung schon bei Abkömmlingen und in Hinblick auf die grundsätzliche Äquivalenz des deutschen Güterrechts mit den Güterrechtsordnungen der Pflichtteilsoasen in aller Regel auch bei Ehegattenpflichtteilen nicht gerechtfertigt ist bzw. – wenn überhaupt – nur sehr eingeschränkt, unter Berücksichtigung des „erbrechtlichen Halbteilungsgrundsatzes" gerechtfertigt erscheint. Bezüglich der Pflichtteilsrechte der Eltern wird sich daher schwerlich ein Korrekturbedarf begründen lassen, zumal der den Elternpflichtteil tragenden Gesichtspunkt, dass eine „Abwanderung" alt her gebrachten Familienvermögen in die Linie des Schwiegerkindes jedenfalls teilweise unterbunden werden soll, bei Auslandsvermögen, das typischerweise erst in der derzeitigen Erblassergeneration erworben wurde, schwerlich überzeugen kann.

63 Eine direkte Anwendung des § 2319 BGB ist nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut dem Alleinerben verwehrt, Lange/Kuchinke Erbrecht 5. Auflage Seite 928.

64 BGHZ 24, 355; Palandt-Heldrich BGB 61. Auflage Artikel 25 Rdnr. 9 m.w.N..

65 Kein Pflichtteil außer in den Common-Law-Ländern in den skandinavischen Staaten sowie in den Niederlanden, geringerer Pflichtteil in Österreich und der Schweiz.

E.
Deutscher mit Auslandsvermögen in „Pflichtteilswüsten"

Oben wurde schon ausgeführt, dass die Mehrzahl der Erbrechtsordnungen jedenfalls den Abkömmlingen eine vergleichbare, wenn nicht höhere Mindestbeteiligung am Nachlass zuordnen wie die deutsch Erbrechtsordnung. Auslandsvermögen eines deutschen Erblassers in einem dieser Länder wirkt sich für Erblasser mit Wohnsitz in der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich eines in Deutschland geltend zu machenden Anspruchs nur dann aus, wenn die ausländische Rechtsordnung – hinsichtlich des unbeweglichen Vermögens – auf die lex rei sitae verweist und insoweit Art. 3 Abs. 3 EGBGB zur Anwendung kommt. Unter diesem Gesichtspunkt jedenfalls sind daher lediglich die Länder des Code Civil (Frankreich, Belgien[66], Luxemburg)[67] von Interesse, da nur bei unbeweglichem Auslandsvermögen in diesen Ländern die gemäß §§ 73 FGG, 27 ZPO angerufenen deutschen Gerichte zu einer Entscheidung nach Maßgabe des ausländischen Ebrechts berufen wären.

Beispiel:

Der zuletzt in Karlsruhe wohnhaft gewesene, schon lange verwitwete Erblasser hat einen Sohn, eine Tochter und ein nichteheliches Kind. Er hinterlässt eine Ferienvilla in der Provence im Wert von € 300.000,– und Inlandsvermögen im Wert von € 150.000,–. Die Auslandsimmobilie vererbt er an seine Tochter, das Inlandsvermögen vererbt er an seinen Sohn. Das nichteheliche Kind wird enterbt[68].

Nach dem französischen IPR (Belegenheitsrecht hinsichtlich der Immobilie) in Verbindung mit Art. 3 Abs. 3 EGBGB bedeutet dies, dass Nachlassspaltung eintritt und die Mindestbeteiligung des nichtehelichen Kindes am Nachlass für das Inlands- und das Auslandsvermögen getrennt zu beurteilen ist.

Danach hätte das nichteheliche Kind zunächst einen Pflichtteilsanspruch nach deutschem Recht von 1/6 des Inlandsnachlasses, mithin € 25.000,–. Was das Landhaus in Frankreich betrifft, so bestehen insoweit Noterbrechte sowohl des Sohnes, als auch des nichtehelichen Kindes[69]. Da bei drei Kindern insgesamt 3/4 des Nachlasses durch das Noterbrecht gebunden sind, steht sowohl dem Sohn, als auch dem nichtehelichen Kind hinsichtlich der französischen Immobilie ein Noterbanspruch von je 1/4 zu, der im Wege der Herabsetzungsklage geltend zu machen ist. Die Tochter müsste daher insgesamt die Hälfte des Wertes des Auslandsnachlasses ihren Geschwistern (dinglich im Wege des Noterberechtes) zuwenden. Unter Berücksichtigung des ihr im Gegenzug zustehenden Pflichtteilsanspruchs hinsichtlich des Inlandsvermögens von 1/6 des Nachlasswertes im Inland hätte die Tochter insgesamt einen Vermögenszuwachs von € 175.000,–. Der Sohn bekäme aufgrund der ihm im Inland verbleibenden 2/3 und des ihm Ausland im Wege des Noterbrechtes zuwachsenden 1/4 ebenfalls auf € 175.000,–. Das nichteheliche Kind bekäme insgesamt € 100.000,– und damit um Einiges mehr, als das, was es im Inland als Pflichtteil beanspruchen könnte, wenn sich die Immobilie nicht in der Provence, sondern beispielsweise auf Sylt befände. (1/6 aus € 450.000,–, also € 75.000,–).

Die vom Erblasser beabsichtigte Nachfolgeplanung wäre in einem derartigen Fall teilweise fehlgeschlagen.

Das Beispiel erweist, dass es aus der Sicht des testamentsgestaltenden Notars unabdingbar ist, die Aufklärung des Sachverhalts gem. § 17 BeurkG auch auf ein etwaiges Vorhandensein von Auslandsvermögen, insbesondere Auslandsgrundbesitz zu erstrecken[70]. Der Testamentsgestalter muss dabei vor allem beachten, dass die im deutschen Recht geläufigen Gegenstrategien zur Verminderung von Pflichtteilsansprüchen[71] in diesen Fällen weitgehend leer laufen.

So werden etwa **Pflichtteilsverzichte** – wie der Aufstellung entnommen werden kann – gerade von den in diesem Zusammenhang relevanten Rechtsordnungen des Code Civil regelmäßig **nicht anerkannt**.

Unentgeltliche Verfügungen unter Lebenden sind grundsätzlich nicht noterbrechtsneutral, sondern unterliegen entweder der **Herabsetzungsklage** oder werden auf die entsprechenden Quoten angerechnet[72].

Zwar könnte man daran denken, dessen ungeachtet unter Lebenden zu Gunsten des zu bevorzugenden Abkömmlings (ggf. mit Nießbrauchsvorbehalt oder Wohnrechtsbestellung) zu verfügen. Ist kein sonstiges unbewegliches Auslandsvermögen außer der verschenkten Immobilie vorhanden, fiele bei rein formaler Betrachtung ja durch die unentgeltlicher Übertragung der Immobilie der Anknüpfungsmoment für die Anwendung der ausländischen Rechtsordnung (nebst Noterbrechten) weg. Für den nach dem Vorsichtprinzip handelnden Kautelarjuristen sollte jedoch die Gefahr nicht unterschätzt werden, dass im Rahmen einer erhobenen Herabsetzungsklage das zuständige ausländische oder auch deutsche Gericht den Immobilienbesitz fiktiv für die Frage der Bestimmung der anwendbaren Rechtsordnung als fortbestehend behandelt, da die unentgeltliche Übertragung der Immobilie im Rahmen der ausländischen, und nicht der deutschen Rechtsordnung erfolgte und als solche dort der Herabsetzung aufgrund Herabsetzungsklage unterliegen kann, vgl. etwa Art. 923 C.C[73]. Ein derartiger **fiktiver Fortbestand des Eigentums an der Immobilie** allein für die Frage der international-privatrechtlichen Anknüpfung wäre jedenfalls eine denkbare Reaktion der ausländischen Rechtsordnung auf die mit den Gesetzen der Logik kaum zu vereinbarende Situation, dass die Realisierung eines Noterbrecht durch Herabsetzungsklage durch ein Rechtsgeschäft (lebzeitige unentgeltliche Übertragung) vereitelt werden soll, das selbst der Herabsetzung unterliegt und damit rückwirkend vernichtet werden kann.

Auch die auf der Grundlage der deutschen Rechtsprechung zum Begriff des unbeweglichen Vermögens teilweise erwogene **Mobilisierung** der Auslandsimmobilie durch **Einbringung in eine Gesamthand oder Kapitalgesellschaft**[74] dürfte im internationalen Vergleich als eher risikoreiches Gestaltungsmittel einzustufen sein. Ob etwa die Einbringung eines in Frankreich belegenen Grundstücks in eine Ehe-

66 Zum belgischen Erbrecht vgl. auch Hustedt, MittRhNotK 1996, 337 ff.
67 Zum französischen Erbrecht vgl. auch Frank MittBayNot 2001, 46 ff.
68 Bei auf französisches Immobilienvermögen bezogenen Testamenten ist unbedingt zu beachten, dass diese zur Sicherstellung der Erbschaftssteuer bei der zuständigen Behörde am Belegenheitsort registriert werden müssen, vgl. Werkmüller ZEV 1999, 476.
69 Für sogenannte Ehebruchskinder gelten insoweit allerdings Sonderregelungen.
70 Der forensisch tätige Rechtsanwalt hat nach Eintritt des Erbfalls zusätzlich das Problem, dass er Überlegungen darüber anzustellen hat, wie er die den Erben zustehenden Ansprüche gerichtlich durchsetzt. Im Prinzip besteht gem. § 27 ZPO bei im Bundesgebiet wohnhaften Erben auch gem. § 12 ZPO eine umfassende internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte auch für das unter Noterbrechte fallende Auslandsvermögen. Die hiermit verbundenen Probleme, insbesondere dann, wenn Herabsetzungsklage geboten ist, sind an anderer Stelle dieses Aufsatzes noch darzustellen. An dieser Stelle sei lediglich angemerkt, dass die „regelmäßig dinglich wirkende" Geltendmachung des Noterbrechts im Bundesgebiet in diesen Fällen wenig zweckmäßig ist. da hinsichtlich des ausländischen Grundeigentums der Vollzug in ausländischen Registern ermöglicht werden muss.
71 Vgl. Nieder Testamentsgestaltung 2. Auflage Rdnrn.. 1311 ff; Groll-Rösler Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung C VI Rdnr. 299 ff.
72 Ferid-Firsching-Lichtenberger Frankreich Rdnr. 202, 209.
73 Ferid-Firsching-Lichtenberger Frankreich Rdnr. 222.
74 Süß ZNotP 2001, 181.

gattengesellschaft in der Rechtsform der société civile immobilière gemäß Art. 1845 ff des französischen Code Civil tatsächlich als Königsweg zur Mobilisierung französischen Immobilienvermögen einzustufen ist[75], erscheint auch für Frankreich angesichts einzelner in eine andere Richtung weisender Gerichtsentscheidungen durchaus keinesfalls sicher[76].

Im Prinzip kann in derartigen Fällen daher lediglich empfohlen werden, die **Auslandsimmobilie entgeltlich** an den in Aussicht genommenen Erben dieser Auslandsimmobilie unter Lebenden mit Nießbrauchsvorbehalt oder Wohnrecht **zu übertragen** und dadurch den ausländischen Grundbesitz in inländisches Geldvermögen zu transformieren. Dieses Geldvermögen steht dann zur lebzeitigen oder letztwilligen Verfügung mit allen im Inland bestehenden Möglichkeiten zur Pflichtteilsminimierung bereit. So könnte etwa der Veräußerungserlös – ggf. nach Ablauf einer gewissen Schamfrist – dem Erwerber der Auslandsimmobilie geschenkt werden mit der Chance, dass der Testierer den Ablauf der 10-Jahresfrist gem. § 2325 Abs. 3 BGB erlebt.

D
Ausländische Staatsangehörige mit Vermögenswerten in Deutschland

I. Ausländische Staatsangehörige aus „Pflichtteilsoasen"

Diejenigen Länder, deren nationale Erbrechte dem Hinterbliebenen keine oder eine geringere Mindestbeteiligung am Nachlass sichern, also im Wesentlichen die Länder des Common-Law, hinsichtlich der Ehegatten-Noterbrechte auch die Länder des Code Civil sowie die Niederlande verweisen in ihren internationalen Privatrechten auf deutsches Erbrecht als Wohnsitzrecht, bei Immobilien (mit Ausnahme Niederlande) auch als Belegenheitsrecht zurück. Dies wird insbesondere von Testierern aus Common-Law-Ländern, bei denen das Pflichtteilsrecht als Rechtstradition fehlt, häufig übersehen.

Soweit der Ausländer – wie zumeist in diesen Fällen – seinen Wohnsitz in der Bundesrepublik Deutschland hat, käme als kautelarjuristische Gegenmaßnahme nur eine Verlegung des Domizils in Betracht, die in aller Regel nicht realisiert werden kann, bzw. nicht gewünscht wird. Bei Ausländern, die kein (ausschließliches) Domizil in der Bundesrepublik Deutschland haben, könnte jedoch auch hier durch frühzeitige Veräußerung der Immobilie an den in Aussicht genommenen Erben kautelarjuristisch gegengesteuert werden. Die Rückverweisung auf das deutsche Recht muss daher in derartigen Fällen bei der Beratung des Testierers thematisiert werden. Dies ist in der Urkunde durch folgenden Belehrungsvermerk zu dokumentieren:

Formulierungsvorschlag
Der Notar hat darauf hingewiesen, dass das Erbrecht nach dem Erschienenen nach den maßgeblichen internationalen Privatrechten der Bundesrepublik Deutschland und Großbritanniens deutschem Erbrecht unterliegen kann. Die damit verbundenen rechtlichen Folgen, insbesondere das Bestehen etwaiger Pflichtteilsansprüche hat der Notar mit dem Erschienenen erörtert.

75 So wohl jedenfalls i.E. Wehrens/Gresser BWNotZ 2000, 56; Frank MittBayNot 2001, 49. Zur société civile immobilière vgl. auch Melchers BWNotZ 2000, 58 ff.
76 Fall Caron, vgl. Süß a.a.O., dazu ausführlich Kegel/Schurig IPR S. 421.

II. Ausländische Staatsangehörige aus „Pflichtteilswüsten"

Blendet man die oben ausführlich angesprochene ordre public- und Anpassungsproblematik einmal aus, eröffnet sich durch die Berührung mit der deutschen Rechtsordnung für den ausländischen Testierer ein größerer erbrechtlicher Gestaltungsfreiraum, falls er aus einem derjenigen Länder (Code Civil-Länder, Niederlande, Schweiz) stammt, deren internationale Privatrechte auf das deutsche Erbrecht zurückverweisen[77]. Für den deutschen Erbrechtsberater und -anwender problematisch sind daher im Wesentlichen diejenigen Sachverhalte, in denen das ausländische internationale Privatrecht die Verweisung des Art. 25 EGBGB annimmt.

Hierzu gehören insbesondere die in der beratenden und nachlassgerichtlichen Praxis besonders wichtigen Angehörigen der „klassischen Gastarbeiterländer" Italien, Spanien, Portugal und Griechenland, sowie alle Staatsbürger der aus dem ehemaligen Jugoslawien hervorgegangenen Staaten. Gleiches gilt für das türkische Erbrecht als das in der Praxis wohl wichtigste ausländische Erbrecht, wobei die Probleme hier allerdings dadurch reduziert sind, dass für die Vererbung des (erheblichen) Immobilienvermögens türkischer Staatsangehöriger in der Bundesrepublik Deutschland gem. § 14 Abs. 2 des Deutsch-Türkischen Nachlassabkommens vom 28. Mai 1929 das Recht des Lageortes als für beide Rechtsordnungen sichere Rechtsgrundlage zugrunde gelegt werden kann[78].

1. Anteile an Personengesellschaften

Die Anwendbarkeit ausschließlich ausländischen Erbrecht führt u.a. bei Angehörigen der „Gastarbeiterländer" führt u.a. zu besonderen Problemen, wenn der Erblasser Gesellschafter einer Personengesellschaft ist.

Bekanntlich sind Gesellschaftsanteile an einer Personengesellschaft nur nach Maßgabe des § 139 HGB vererblich, also nur dann und soweit der Gesellschaftsvertrag eine Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben vorsieht. Die Neufassung des § 131 HGB durch das Handelsrechtsreformgesetz hat hieran nichts geändert[79].

Darin wird z.T. eine Sonderbestimmung des deutschen Rechts im Sinne des Art. 3 Abs. 3 EGBGB gesehen, die die Anwendung deutschen Sachrechts für die Übertragung der Gesellschaftsanteile rechtfertigen soll[80].

Gerichtliche Entscheidungen hierzu sind bisher nicht veröffentlicht. Die eindeutig überwiegende Meinung im Schrifttum folgt dem jedoch nicht und unterstellt auch die Vererbung von Personengesellschaftsanteilen dem allgemeinen Erbstatut des Art. 25 EGBGB mit der Konsequenz, dass grundsätzlich auch die **Gesellschaftsanteile von ausländischen Noterbrechten erfasst werden** können[81].

Für die letztgenannten Stellungnahmen spricht, dass das Einrücken von Erben in eine Gesamthand dogmatisch richtig nicht als Sondererbfolge, sondern ausschließlich als Resul-

77 Hier kann aber bei einem Statutenwechsel durch Wechsel des Domizils das Problem entstehen, ob aufgrund entsprechender Anwendung des zum innerdeutschen Kollisionsrecht ergangenen Urteils des BGH vom 7. 3. 2001 (ZEV 2001, 238 f) Zuwendungen nach französischem Recht (institution contractuelle) ihre Pflichtteilsfestigkeit verlieren, vgl. Klingelhöffer ZEV 2001, 240.
78 Vgl. dazu Dörner ZEV 1996, 90 ff, Serozan ZEV 1997, 473 ff.
79 BGH Z 68, 225, 229; BGH NJW 1983, 2376 f; Nieder in Handbuch der Testamentsgestaltung 2. Aufl. Rdnr. 1228 m.w.N.
80 Palandt-Heldrich a.a.O., Rdnr. 13 zu Art. 3 EGBGB; Münchener-Kommentar-Birk BGB 3. Aufl. Rdnr. 102 zu Art. 25 EGBGB.
81 Münchener-Kommentar-Sonnenberger BGB 3. Aufl. Rdnr. 36 zu Art. 3 EGBGB; Staudinger-Dörner BGB 2000, Art. 25 EGBGB Rdnr. 524; Staudinger-Hausmann a.a.O. Art. 3 Rdnr. 73, ausführlich von Oertzen RIW 1994, 818 ff und IPrax 1994, 73ff, der jedoch eine analoge Anwendung des Art. 3 Abs. 3 EGBGB für möglich hält.

tat der gesellschaftsrechtlichen Regelung zu begreifen ist[82]. Zudem mag es in der Tat fraglich erscheinen, die spezielle Ausgestaltung der Erbfolge in Personengesellschaftsanteile, die ja von der Rechtsprechung entwickelt und nicht vom Gesetzgeber vorgegeben ist, unter die als Ausnahmevorschrift grundsätzlich eng auszulegende[83] Bestimmung des Art. 3 Abs. 3 EGBGB zu subsumieren.

In jedem Falle empfiehlt es sich, im Rahmen einer zu formulierenden **gesellschaftsrechtlichen Nachfolgeklausel** vorsorglich den **dinglichen Übergang des Gesellschaftsanteils aufgrund ausländischer Noterbrechte auszuschließen**.

Die üblichen gesellschaftsvertraglichen Nachfolgeklauseln[84] wären damit um folgenden Satz zu ergänzen:

Formulierungsvorschlag:
Mit Erben, die ausschließlich aufgrund eines ausländischen Noterbrechts Erbe geworden sind, wird die Gesellschaft nicht fortgesetzt.

2. Herabsetzungsklage

In den genannten „Gastarbeiterfällen" ist daher die Mindestbeteiligung der Abkömmlinge, Ehepartner und sonstigen Verwandten des Testierers bzw. Erblassers nach Maßgabe der für anwendbar erklärten ausländischen Erbrechtsordnung (ausgenommen unbewegliches Vermögen von türkischen Staatsangehörigen) zu realisieren. Hierzu sehen die ausländischen Rechtsordnungen – mit ganz wenigen Ausnahmen – die fristgebundene Erhebung einer Herabsetzungsklage vor. Dass das deutsche Verfahrensrecht, das ja die ausländischen Erbrechtsordnungen mit entsprechend ausgestalteten Noterbrechten für anwendbar erklärt, diese Grundentscheidung nicht verfahrensrechtlich leer laufen lassen kann, indem es die Erhebung einer derartigen Herabsetzungsklage nicht ermöglicht, versteht sich von selbst.

Die grundsätzliche Möglichkeit zur Erhebung einer Herabsetzungsklage wird daher auch in der Rechtsprechung (inzidenter) anerkannt[85]. In welchem Verfahren und mit welchen Anträgen die Herabsetzungsklage zu erheben ist, ist jedoch – soweit ersichtlich – weitgehend ungeklärt.

Im Hinblick darauf, dass sich die Herabsetzung dinglich auf die Erbteile der Beteiligten auswirkt[86] könnte man daran denken, die Zuständigkeit für derartige Herabsetzungsklagen kraft Sachzusammenhangs mit der Erbscheinserteilung den Nachlassgerichten zuzuweisen. Hiergegen sprechen jedoch gewichtige Argumente:

- Nachdem die betreffenden Rechtsordnungen für die Erhebung der Herabsetzungsklagen Ausschlussfristen vorsehen, muss der Entscheidung über Herabsetzungsklagen konsequent **materielle Rechtskraft** zukommen können. Dass ein Nachlassgericht mit materieller Rechtskraftwirkung entscheidet, ist nach dem FGG allenfalls ausnahmsweise vorgesehen[87] und daher im Wege der Analogie nicht erweiterungsfähig[88].
- Die Herabsetzungsklage wirkt sich nicht nur auf die im Nachlassverfahren festzustellenden Erbquoten, sondern auch auf die **Wirksamkeit sonstiger Vermächtnisse** und – vor allem – auf die **Wirksamkeit unentgeltlicher Verfügungen unter Lebenden** aus[89]. Eine Zuständigkeit der Nachlassgerichte für derartige Entscheidungen wäre systemwidrig.

Insgesamt wird man daher die Herabsetzung von Erbteilen und sonstigen Verfügungen des Erblassers aufgrund von ausländischen Noterbrechten im Verfahren nach der Zivilprozessordnung verfolgen müssen. Richtige Klageart ist dabei die Gestaltungsklage, nachdem die ZPO das Instrumentarium für die Durchsetzung von der deutschen Zivilrechtsordnung anerkannter ausländischer Rechte zur Verfügung zu stellen hat und ein Numerus Clausus an Gestaltungsklagen nicht besteht, da die Gestaltungsklage überall dort erhoben werden kann, wo das Gesetz – also auch ein nach deutschem IPR anwendbares ausländisches Sachrecht – für die Ausübung des Gestaltungsrechts Klage und Urteil voraussetzt[90]. Die alternativ in Betracht kommende Feststellungsklage im Sinne des § 256 ZPO stellt kein geeignetes Mittel zur Durchsetzung der Herabsetzung dar, da Feststellungsurteile der Prozessgerichte für das im Erbscheinsverfahren zuständige Nachlassgericht nur im Rahmen ihrer Rechtskraft, also dann nicht bindend sind, wenn – wie meist im Erbscheinsverfahren – auch andere Personen als im Streitverfahren beteiligt sind[91].

2. Türkische Staatsangehörige

Durch das deutsch-türkische Nachlassabkommen tritt bei türkischen Staatsangehörigen mit Grundbesitz in der Bundesrepublik Deutschland in jedem Falle Nachlassspaltung ein. Hier kann wieder der oben schon im einzelnen erörterte Problemfall auftreten, dass derjenige Noterbrechts- bzw. Pflichtteilsberechtigte, der nach einer Rechtsordnung in ausreichendem Umfang als Erbe berufen ist, gleichwohl Rechte an dem anderen Nachlassteil geltend macht.

Beispiel:

Der eine Sohn ist Alleinerbe des Barvermögens, der andere Sohn ist Alleinerbe des Immobilienvermögens. Beide Erben könnten wechselseitig Pflichtteils- bzw. Noterbrechte an der anderen Nachlassmasse geltend machen und zwar auch dann, wenn sich diese in der Bundesrepublik Deutschland befindet.

Oben wurde schon im Einzelnen dargestellt, mit welchen kautelarjuristischen Mitteln derartige Spannungsfelder bei Nachlassspaltungen entschärft werden können. In erster Linie zu empfehlen ist die vorstehend entwickelte Vermächtnislösung. Alternativ kommt die im Schrifttum vertretene Erbeinsetzung unter der auflösenden Bedingung der Nichtgeltendmachung von Pflichtteils- bzw. Noterbrechten in Betracht[92].

3. Rechtswahl für Immobilien nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB

Als wichtigstes Gestaltungsmittel für die Nachfolgeplanung bei Ausländern mit Immobilienvermögen in der Bundesrepublik Deutschland sieht Art. 25 Abs. 2 EGBGB die Möglichkeit der Wahl deutschen Sachrechts für in der Bundesrepublik Deutschland belegene Immobilien vor[93]. Auf die in Verbin-

82 Lange/Kuchinke Erbrecht 5. Aufl. S. 133 m.w.N.; vgl. auch Münchener-Kommentar-Sonnenberger a.a.O.
83 Vgl. Palandt-Heinrichs a.a.O. Einl. vor § 1 Rdnr. 45 m.w.N.
84 Formulierungsvorschläge bei Nieder a.a.O. Rdnrn. 1238 ff, Langenfeld, Testamentsgestaltung 2. Aufl. Rdnrn. 346 ff.
85 BayObLGFamRZ 1996, 694 ff.
86 Nach französischem Recht sind zunächst alle Vermächtnisse und damit auch die praktisch wie eine Erbeinsetzung wirkenden Universalvermächtnisse im Sinne von Artikel 1010 ff. CC zu kürzen, vgl. Ferid-Firsching-Lichtenberger Rdnr. 220; Hübner/Constantinesco Einführung in das französische Recht 4. Aufl. S. 226 f.
87 Verfahren über die Entlassung eines Testamentsvollstreckers gem. § 81 FGG, Bestätigung einer Erbauseinandersetzung, § 96 FGG, vgl. Keidel/Kuntze/Winkler-Zimmermann § 31 FGG Rdnr. 20 m.w.N.
88 Vgl. Palandt-Heinrichs BGB 61. Aufl. Einl. vor § 1 Rdnr. 45 m.w.N.
89 Für Frankreich Ferid-Firsching-Lichtenberger a.a.O.
90 Thomas/Putzo-Thomas ZPO 23. Aufl. vor. § 253 Rdnr. 7; vgl. auch Zöller-Geimer ZPO 21. Aufl. IZPR Rdnr. 12.
91 Keidel/Kuntze/Winkler-Kayser FG § 12 Rdnr. 56 m.w.N. Eine andere Frage ist die, wie der Möglichkeit der Erhebung einer Herabsetzungsklage im Erbscheinsverfahren Rechnung zu tragen ist. Im Ergebnis dürfte wohl richtig sein, den Erbschein auch schon zu diesem Zeitpunkt zu erteilen, in ihm aber einen Vermerk auf die Möglichkeit der Herabsetzungsklage anzubringen, vgl. Taupitz IPrax 1988, 209 f.
92 Vgl. Gruber ZEV 2001, 467; grundlegend Klingelhöffer ZEV 1996, 260.
93 Vgl. hierzu ausführlich Riering ZEV 1994, 404 ff; Süss ZNotP 2001, 173 ff.

dung mit der Rechtswahlmöglichkeit des Art. 25 Abs. 2 EGBGB verbundenen, vielfältigen Rechtsfragen ist an dieser Stelle nicht einzugehen. Als gesichert kann auf jeden Fall angesehen werden, dass die Rechtswahl nach deutschem internationalen Privatrecht bezüglich aller im Grundbuch eintragungsfähiger dinglicher Rechte erfolgen kann[94] und dass die Rechtswahl **sowohl objektbezogen** für ein einzelnes Grundstück, **als auch global für das gesamte inländische unbewegliche Vermögen** möglich ist[95] Auf den Streit, was konkret nach der maßgeblichen deutschen lex fori unter den Begriff des unbeweglichen Vermögens fällt, insbesondere, ob hierunter auch Gesamthandsanteile zu subsumieren sind[96] wurde an anderer Stelle bereits eingegangen.

In jedem Falle eröffnet die Rechtswahlmöglichkeit des Art. 25 Abs. 2 EGBGB die Chance, jedenfalls hinsichtlich des unbeweglichen Vermögens die Minimalbeteiligung Pflichtteilsberechtigter am Nachlass dem für den Ausländer günstigeren Regime des deutschen Erbrechts zu unterwerfen.

Der Testamentsgestalter muss sich jedoch darüber im Klaren sein, dass Sicherheit für den Testierer durch die Rechtswahlmöglichkeit in Art. 25 Abs. 2 EGBGB nur insoweit geschaffen wird, dass der im Testament Bedachte die Inlandsimmobilie auf sich umschreiben lassen kann, ohne der Gefahr von Herabsetzungsklagen Noterbberechtigter ausgesetzt zu sein. Im Einzelfall genau zu prüfen, aber für den deutschen Juristen meist nicht ausreichend zu überblicken ist demgegenüber, wie sich die durch die Rechtswahl gem. Art. 25 Abs. 2 EGBGB realisierte teilweise Zurücksetzung Noterbrechtsberechtigter oder Pflichtteilsberechtigter auf deren sonstige Ansprüche in Ansehung des Nachlasses, die sie ja auch vor den Gerichten des Herkunftslandes des Testierers geltend machen können, auswirkt. Zur Einschätzung derartiger Unwägbarkeiten sei an dieser Stelle nur an die ja sicher nicht einer weit entfernten Rechtsordnung entstammende, oben mehrfach zitierte Entscheidung des österreichischen Obersten Gerichtshofs erinnert, nach der österreichische Pflichtteilsansprüche bei Nachlassspaltung in jedem Fall auf der Grundlage einer Wertzusammenrechnung von Auslands- und Inlandsnachlass zu bestimmen sind[97].

III. Gemischt-Nationale Ehen

Bei testamentarischen Regelungen von Ehepartnern aus gemischt-nationalen Ehen können erhebliche Abstimmungsprobleme entstehen, wenn für die Ehepartner sei es aufgrund unterschiedlichen anwendbaren Heimatrechts, sei es aufgrund von Auslandsvermögen in dem Heimatland des einen Ehepartners beide Erbrechtsordnungen zur Anwendung kommen[98].

Solche Abstimmungsprobleme entstehen bekanntermaßen etwa dadurch, dass die in Deutschland so beliebten gemeinschaftlichen Testamente und Erbverträge zwischen Ehegatten nach den meisten ausländischen Rechtsordnungen jedenfalls als bindende Verfügungen unwirksam sind. (vgl. Aufstellung[99]).

Hinsichtlich der Pflichtteils- und Noterbrechte ist bei gemischt-nationalen Ehen vor allem zu beachten, dass im Anwendungsbereich der ausländischen Rechtsordnung die Rechtsstellung des Ehepartners in erheblichem Umfang durch Noterbrechte beeinträchtigt sein kann.

Der Problemfall ist dabei vor allem die Zuwendung der Auslandsimmobilie an den überlebenden Ehepartner, die in vielen Fällen gewünscht sein mag, um Witwe oder Witwer „einen Lebensabend im sonnigen Süden zu ermöglichen". Insoweit bestünden etwa in den Rechtsordnungen des Code Civil Noterbrechte auch dann, wenn den Abkömmlingen in der Bundesrepublik Deutschland ein auskömmlicher Erbteil oder ein auskömmliches Vermächtnis zugewandt worden wäre[100].

Zur Absicherung des überlebenden Ehepartners wird in derartigen Fällen empfohlen, eine **Pflichtteilsstrafklausel** in letztwilligen Verfügungen dergestalt **zu globalisieren**, dass das Erbrecht der Abkömmlinge entfällt wenn gegenüber dem länger lebenden Ehepartner ausländische Noterbrechte gerichtlich geltend gemacht werden[101]. Dieser Empfehlung ist mit der Präzisierung zuzustimmen, dass die Pflichtteilsstrafklausel in dem für den Inlandsnachlass ja zulässigen gemeinschaftlichen Testament aus erbschaftssteuerrechtlichen Gründen keinen Enterbungsautomatismus, sondern lediglich eine Enterbungsbefugnis des überlebenden Ehepartners enthalten sollte.

Die erweiterte Pflichtteilsstrafklausel kommt daher nicht in Betracht, wenn der Ehepartner nicht als Erbe des Inlandsnachlasses, sondern lediglich als Erbe der Auslandsimmobilie eingesetzt ist. In diesem Fall wäre aber zu erwägen, den **Ehepartner als Alleinerben auch des Inlandsnachlasses** einzusetzen, ihn aber mit einem **Herausgabevermächtnis hinsichtlich des gesamten Inlandsvermögens zu Gunsten der Kinder** zu beschweren, das so ausgestaltet wird, dass es erst am Tag des Ablaufs der Ausschlussfrist für die Herabsetzungsklage bzw. – soweit Erbverzichte von der maßgeblichen ausländischen Rechtsordnung anerkannt werden – nur Zug um Zug gegen Verzicht auf das Noterbrecht erfüllt werden muss.

Formulierungsvorschlag

Zur Alleinerbin setze ich meine Ehefrau Franziska ein.
Ich beschwere meine Alleinerbin mit dem Vermächtnis, mein gesamtes, in der Bundesrepublik Deutschland belegenes Inlandsvermögen meinen Kindern Tamara und Siegfried zu gleichen Teilen zu übertragen.
Die Fälligkeit der Vermächtnisse tritt ein mit Ablauf der Frist für die Erhebung der Herabsetzungsklage nach französischem Erbrecht oder einem nach französischem Recht wirksamen Verzicht des jeweiligen Vermächtnisnehmers auf ihm nach französischem Recht zustehende Noterbrechte.
Jedes Vermächtnis zu Gunsten meiner Kinder stelle ich gemäß bzw. entsprechend § 2075 BGB unter die auflösende Bedingung, dass das durch das Vermächtnis begünstigte Kind Noterbrechte oder sonstige Pflichtteilsrechte gegen die Alleinerbin in Ansehung meines in Frankreich befindlichen Vermögens (Bungalow in St. Tropez) geltend macht.

Letztendlich kann auch für den Problemfall der gemischt-nationalen Ehe nur festgehalten werden, dass sich nicht alle durch die Kollision verschiedener Rechtsordnungen hervorgerufenen Abstimmungsprobleme durch entsprechende Testamentsgestaltung lösen lassen, sondern von den Beteiligten als Folgen der Internationalität des Sachverhalts hingenommen werden müssen.

94 Staudinger-Dörner BGB 2000 Artikel 25 Rdnr. 482 ff. m.w.N.; Palandt-Heldrich BGB 61. Auflage Artikel 25 Rdnr. 7 m.w.N.
95 Süss ZNotP a.a.O.; Palandt-Heldrich a.a.O.m.w.N.
96 So die Mindermeinung, Staudinger/Dörner a.a.O. Rdnr. 485, Döbereiner MittBayNot 2001, 267.
97 OGH IPRax 1988, 35; Schwindt IPRax 1988, 45 vgl. auch Gruber ZEV 2001, 463.
98 Vgl. ausführlich zum deutsch-französischen Nachlass Gresser ZEV 1997, 492, Werkmüller, ZEV 1999, 474 ff.
99 Gleiches gilt für die Vor- und Nacherbschaft im Sinne des deutschen Rechts und die insoweit üblichen Gestaltungen bei geschiedenen Ehepartnern, Behindertentestamenten u.ä.

100 Vgl. Werkmüller a.a.O.
101 Werkmüller a.a.O.

E
Steuerfolgen

Die erbschafts- und schenkungssteuerrechtlichen Folgen internationaler Erbfälle sind kein weites Feld, sondern ein Minenfeld.

Internationales Steuerrecht und internationales Privatrecht sind in keiner Weise aufeinander abgestimmt, sondern ihrem Wesen nach grundverschieden[102].

Eine **Doppelbesteuerung** des gleichen Vorgangs in verschiedenen Ländern ist **nicht die Ausnahme, sondern die Regel**, da die meisten Länder jeden Nachlassfall im Inland, also auch solche eines Ausländers mit Wohnsitz im Inland, sowie regelmäßig auch die Vererbung von in ihrem Hoheitsgebiet belegenen Vermögenswerte besteuern[103].

Ein Steuerinländer, also auch ein Ausländer mit Wohnsitz im Bundesgebiet, hat dabei gem. § 2 Abs. 1 ErbStG sein gesamtes Vermögen, also das „Weltvermögen" zu versteuern[104]. Da ausländische Steuerrechtsordnungen – wie gem. § 2 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG auch die Bundesrepublik Deutschland – unabhängig von Herkunft und Wohnsitz eines Erblassers in jedem Fall auch das auf ihrem steuerlichen Hoheitsgebiet befindliche Vermögen besteuern, müssen Erblasser mit Auslandsvermögen grundsätzlich mit dem Risiko einer Doppelbesteuerung rechnen. Diesem Risiko trägt das deutsche Erbschaftssteuergesetz dadurch Rechnung, dass nach **§ 21 ErbStG** eine Anrechnung im Ausland bezahlter Erbschaftssteuer auf den deutschen Erbschaftssteueranspruch erfolgt[105]. Dieser Anrechnungsmethode folgen auch die meisten von der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich der Erbschafts- und Schenkungssteuer geschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen[106].

Für den Erblasser bzw. Testierer aber bedeutet die bloße Anrechnung im Ausland gezahlter Erbschaftssteuer auf eine gleichzeitig bestehen bleibende deutsche Erbschaftssteuerverpflichtung, dass sich die insgesamt zu bezahlenden Erbschaftssteuer letztendlich bestenfalls auf dem **Niveau der für ihn ungünstigsten Steuerrechtsordnung** bewegt[107]. Welche konkrete steuerliche Belastung dabei entsteht, hängt im Einzelfall von weiteren Unwägbarkeiten ab, da etwa – so auch im deutschen Erbschaftssteuerrecht – Bewertungsprivilegien nur für das inländische Vermögen bestehen, vgl. § 12 Abs. 6 ErbStG[108].

Vor diesem Hintergrund ist eindringlich davor zu warnen, einem Testierer ohne eingehende Prüfung der erbschaftssteuerrechtlichen Situation zu empfehlen, das vorstehend aufgezeigte Gefälle in den Pflichtteilsrechten verschiedener Länder durch voreilige Verlagerung von Vermögen in pflichtteilsfreie Zonen auszunutzen, da in den meisten Ländern, etwa auch in der Pflichtteilsoase der USA, Erbschaftssteuerverpflichtungen entstehen können, die über die Steuerbelastung der Bundesrepublik Deutschland hinausgehen[109].

F.
Ausblick

Zusammenfassend und ausblickend kann festgestellt werden, dass das im Rahmen dieser Abhandlung dargestellte Gefälle zwischen den Pflichtteils- und Noterbrechten der verschiedenen Rechtsordnungen für den Testamentsgestalter und den Testierer erhebliche Risiken, aber auch Gestaltungsmöglichkeiten zur Pflichtteilsreduzierung eröffnet[110]. Diese Gestaltungsmöglichkeiten sind – auch wegen der erbschaftssteuerrechtlichen Implikationen – nur behutsam und nach Maßgabe exakter Einzelfallprüfung einzusetzen. In jedem Fall ist dem Notar dringend anzuraten, im Rahmen eines Beurkundungsgesprächs denkbare Auslandsberührungen des Vorgangs gem. § 17 BeurkG aufzuklären.

Soweit Fragen des ausländischen Rechts für die Gestaltung einer letztwilligen Verfügung eine Rolle gespielt haben, muss der Notar beachten, dass er trotz § 17 Abs. 3 BeurkG seine Haftung für Fehler bei der Beratung über ausländisches Recht nicht ausschließen oder beschränken kann, wenn er einen entsprechenden Beratungsauftrag übernommen hat bzw. tatsächlich entsprechend beraten hat[111]. Auch in diesem Fall dürfte sich aber eine Haftungsbeschränkung dadurch erreichen lassen, dass die Beratungsgrundlage in der Urkunde zitiert und der Notar von einer weitergehenden Haftung entbunden wird. Insoweit wäre für den Beurkundungsvermerk folgender Gestaltungsvorschlag zu machen:

Formulierungsvorschlag

Der Notar hat die Beteiligten darauf hingewiesen, dass die vorstehende letztwillige Verfügung Berührungspunkte zur niederländischen Erbrechtsordnung aufweist.

Der Notar hat mit den Beteiligten die Rechtslage nach niederländischem Recht auf der Grundlage eines vom Notar eingeholten Gutachtens des Deutschen Notarinstituts vom ..... (oder beispielsweise auf der Grundlage der Kommentierung in Ferid- Firsching ... Rdnr.) erörtert. Die Beteiligten haben dem Notar keinen darüber hinaus gehenden Auftrag zur Ermittlung des ausländischen Erbrechts erteilt. Ihnen ist bekannt, dass der Notar hierzu gem. § 17 Abs. 3 BeurkG auch nicht verpflichtet ist. Die Beteiligten entbinden den Notar insoweit von jeder Haftung für die Wirksamkeit und Vollziehbarkeit dieser Urkunde nach Maßgabe ausländischen Rechts.

102 Flick/Piltz Der internationale Erbfall Rdnrn.. 33, 38.
103 Vgl. ausführlich Flick/Piltz Rdnr. 1201 ff.
104 Flick/Piltz Rdnr. 1208.
105 Flick/Piltz Rdnrn.. 1353 ff.
106 Solche bestehen mit Dänemark, Griechenland, Schweden, Österreich, der Schweiz, den USA und Israel, sowie zwischen dem Saarland und Frankreich, vgl. die Nachweise bei Meincke ErbStG § 2 Rdnr. 15.
107 Vgl. Jülicher ZEV 1999, 470, der für einen Erbfall mit Berührung nach Südafrika an einem Beispiel aufzeigt, dass auch eine partielle Doppelbesteuerung mangels vollständiger Anrechnungsmöglichkeit entstehen kann.
108 Meincke ErbStG § 12 Rdnr. 249 m.w.N.
109 In den USA gilt für Ausländer ein Steuerfreibetrag von $ 60.000,-. Der Steuersatz beträgt für einen Abkömmling bereits bei einem zu versteuernden Nachlasswert von $ 100.000,– 30% und mehr, vgl. Flick/Piltz a.a.O. Rdnr. 1849. Allerdings gibt es auch im Kreise der Pflichtteilsoasen Erbschaftssteueroasen wie etwa Australien vgl. Flick/Piltz Rdnr. 1202.
110 Solche Gestaltungsmöglichkeiten eröffnet übrigens nicht nur das Gefälle zwischen den Pflichtteilsrechten, sondern auch das Gefälle zwischen den Erbrechtsordnungen als Solchen. So könnte darüber nachgedacht werden, durch die Verlagerung von Vermögens in Länder, in denen – wie meist – das Verbot erbvertraglicher Bindungen und der Vor- und Nacherbschaft gilt, eben solche nach deutschem materiellen Erbrecht bestehenden Bindungen zu unterlaufen.
111 Zimmermann in Beck'sches Notarhandbuch 3. Auflage G Rdnr. 19 m.w.N.; Milzer ZNotP 2001, 258 m.w.N.

Rechtsprechung

BGB §§ 130, 145; BeurkG §§ 51, 43; FGG § 19

Gegen die Ankündigung des Notars, er beabsichtige, eine Ausfertigung einer vor ihm von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht errichteten Urkunde an den vollmachtlos Vertretenen zu erteilen, kann Beschwerde eingelegt werden.

Der vollmachtlos Vertretene gehört nicht zu den Berechtigten, die eine Ausfertigung der Urkunde gem. § 51 BeurkG verlangen können.

LG Stuttgart, Beschl. vom 6. 12. 2001 – 1 T 51/00

Anmerkung zum Beschluss des LG Stuttgart vom 6. 12. 2001, BWNotZ 2002, 67:

Der Entscheidung des LG Stuttgart kann nicht gefolgt werden, soweit hierin festgestellt wird, dass der Erbteilsschenkungsvertrag samt der Übertragung des Erbteils nicht erfolgt sei.

I

Dieser Entscheidung lag – auf das hier Wesentliche verkürzt – folgender Sachverhalt zugrunde:

Durch notariell beurkundeten Vertrag schloss die Miterbin M einen Erbteilsschenkungsvertrag und übertrug im Rahmen des Vollzugs ihren Erbteil am Nachlass ihres Vaters auf ihre Schwester S. M handelte hierbei im eigenen Namen und als Vertreter ohne Vertretungsmacht für ihre Schwester und Miterbin S. S erhielt auf Veranlassung von M weder eine Ausfertigung noch eine beglaubigte Abschrift der notariellen Urkunde. Der Notar hatte dem Erbschaftssteuerfinanzamt und dem Nachlassgericht jeweils eine beglaubigte Abschrift der Urkunde übersandt. S erhielt weiterhin keine Urkundenabschrift. Sie nahm jedoch Einsicht in die Akten des Nachlassgerichts und genehmigte die beiden Verträge, wobei sie ihre Unterschrift (Grundbesitz war vorhanden) beglaubigen ließ. Diese notariell beglaubigte Genehmigungserklärung wurde dem Notar von M übersandt mit dem Antrag, S bzw. ihrem Verfahrensbevollmächtigten nunmehr eine Ausfertigung der notariellen Vertragsurkunde zu übersenden.

II

Das Landgericht hat im Beschwerdeverfahren festgestellt, dass der Erbteilsschenkungsvertrag nicht zustande gekommen sei (dies dürfte wohl nach Ansicht des Landgerichts auch für den Übertragungsvertrag gelten; eig. Anm.), weil der S die Erklärung der M, mit ihr (S) einen Schenkungsvertrag schließen zu wollen, nicht mit Willen der M zugegangen sei. Deshalb gehe auch die Genehmigungserklärung von S ins Leere. Das Landgericht macht im Rahmen dieser Entscheidung weitere Ausführungen, warum die Genehmigung ins Leere ging und damit der Vertrag (gemeint sind wohl stets die beiden Verträge, nämlich das obligatorische Geschäft als auch der anschließende Übertragungsvertrag; eig. Anm.) nicht zustande kam. Doch lassen sich sämtliche anschließenden Begründungen darauf zurückführen, dass – nach Ansicht des Landgerichts – eben ein Zugang der Erklärung (Angebot) der M bei S nicht mit Willen von M erfolgt sei.

III

Auf einen solchen Zugang kommt es jedoch vorliegend überhaupt nicht an, so dass entgegen dem landgerichtlichen Beschluss von einem wirksamen Erbteilsschenkungsvertrag samt wirksamem Übertragungsvertrag auszugehen ist. Ferner kommt es bereits mangels Angebot nicht auf einen etwaigen Angebotszugang an.

a) M hat als Vertreter ohne Vertretungsmacht gem. § 177 BGB einen Vertrag geschlossen (vielmehr handelte es sich um zwei Verträge, nachfolgend jedoch weiterhin nur Vertrag genannt). Ein Angebot auf Abschluss eines Vertrages wurde gerade nicht abgegeben, was jedoch möglich gewesen wäre.

b) Lediglich ein von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht vorgenommenes einseitiges Rechtsgeschäft ist grundsätzlich unwirksam gem. § 180 Abs. 1 Satz 1 BGB. Hier jedoch wurde von M ein – wenn auch schwebend unwirksamer – Vertrag geschlossen. Aber gerade dieser Schwebezustand ist in einem solchen Fall vom Gesetz gewollt, um dem Vertretenen die Möglichkeit zu geben, das ohne Vertretungsmacht abgeschlossene Geschäft für und gegen sich gelten zu lassen, kurz: um es an sich zu ziehen.

c) Und eben dies hat S getan. Zwar handelt es sich bei der Genehmigung gem. §§ 182, 184 BGB um eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die somit grundsätzlich S und nicht, wie es sich aus dem Sachverhalt entnehmen lässt, dem Notar zugehen musste. Jedoch ist davon auszugehen, dass spätestens im Rahmen des notariellen Vorbescheidsverfahrens (das aus anderen – hier nicht erheblichen – Gründen vom Notar durchgeführt wurde) von einem Zugang der Genehmigung bei M auszugehen ist. In welcher Form dies dann letztlich geschehen ist, ist im Hinblick auf § 182 Abs. 2 BGB ohne Belang, da die Genehmigung nicht der für das Rechtsgeschäft bestimmten Form bedarf. Dadurch wurde folglich der Schwebezustand beendet. Der Vertrag wurde voll wirksam. Und da ferner auch nichts anderes bestimmt ist, wirkte die Genehmigung, so wie es dem Regelfall entspricht, gem. § 184 Abs. 1 BGB auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses von M mit sich selbst zurück.

d) Ob die Genehmigung bereits zu irgendeinem früheren Zeitpunkt durch schlüssiges Handeln von S wirksam wurde, bedarf hier keiner Prüfung, da lediglich dargestellt werden soll, dass der Vertrag überhaupt wirksam wurde. Im Übrigen sind die Angaben zum Sachverhalt in der abgedruckten Entscheidung für eine solche Untersuchung nicht ausreichend.

e) Die Herbeiführung der endgültigen Unwirksamkeit des Vertrages war M ohnehin nicht möglich. Hierfür hätte es entweder eines Widerrufs gem. § 178 Satz 1 BGB oder einer Aufforderung gem. § 177 Abs. 2 BGB nebst erklärungslosem Fristablauf oder einer ausdrücklichen Verweigerung der Genehmigung von S bedurft. Da jedoch M den Mangel der Vertretungsmacht selbstredend kannte, scheidet die Möglichkeit eines Widerrufs gem. § 178 Satz 1 BGB aus. Aber auch eine Aufforderung gem. § 177 Abs. 2 Satz 1 BGB ist nicht erfolgt. Diese durfte natürlich überhaupt nicht erfolgen, da es ja gerade das Ziel von M war, die Beendigung des Schwebezustandes hin zum vollwirksamen Vertrag zu verhindern. Der Vertrag blieb somit in der Schwebe. Eine Befristung des Schwebezustandes ist gesetzlich nicht vorgesehen; eine Befristung existiert schlicht nicht. Der Schwebezustand dauerte somit an. S hatte demnach die Möglichkeit, selbst nach Ablauf von ungefähr eineinhalb Jahren den Vertrag durch die Genehmigung mit Wirkung von Anfang an wirksam werden zu lassen, was sie auch getan hat.

f) Sofern ein Insichgeschäft in Form des Selbstkontrahierens überhaupt bestanden hat, wird auch dies von der Genehmigung erfasst. Jedoch ist der Verfasser der Ansicht, dass § 181 BGB entgegen der Ansicht des Landgerichts bereits deshalb nicht anwendbar ist, weil M Vertreter ohne Vertretungsmacht und nicht Vertreter war. Denn der Vertreter ohne Vertretungsmacht ist mangels rechtlichem Können nicht Vertreter im Sinne des § 181 BGB. Doch bedarf auch dies – jedenfalls hier – keiner weiteren Erörterung.

Ergebnis:
Der unbefristet schwebend unwirksame Vertrag konnte von S genehmigt werden. Mit der erfolgten Genehmigung wurde der Vertrag aufgrund der Rückwirkung der Genehmigung von Anfang an voll wirksam. M hatte keine Möglichkeit, ohne oder gegen den Willen von S die endgültige Unwirksamkeit des Vertrages herbeizuführen.

Achim Brenner, Notaranwärter, Wasseralfingen

WEG §§ 10 Abs. 2, 15 Abs. 1; ZPO § 857

Das in der Teilungserklärung begründete Recht der teilenden Eigentümerin, Sondernutzungsrechte an KfZ-Stellplätzen durch Zuweisung an einzelne Miteigentümer zu begründen, unterliegt nicht der Pfändung.

OLG Stuttgart, Beschluss vom 15. 4. 2002 – 8 W 492/00

Aus den Gründen:

I.

Die Parteien streiten darüber, ob das in der Teilungserklärung bzw. Teilungsvereinbarung verbriefte Recht der Schuldnerin, als Bauträgerin und teilende Eigentümerin *Sondernutzungsrechte an Kfz-Stellplätzen* durch Zuweisung an einzelne Miteigentümer zu begründen, dem Vollstreckungszugriff unterliegt.

a) Die Schuldnerin hat auf einem rechtlich aus drei Grundstücken bestehenden Areal zwei Bürogebäude mit 6 bzw. 9 Teileigentumseinheiten sowie ein Wohngebäude mit 24 Wohneinheiten errichtet; unter den drei Gebäuden befindet sich eine gemeinschaftliche Tiefgarage. Die rechtlichen Verhältnisse der 3 Eigentümergemeinschaften bestimmen sich durch 2 von der Schuldnerin errichtete Teilungserklärungen nach § 8 WEG und eine Teilungsvereinbarung nach § 3 WEG vom Herbst 1995/Frühjahr 1996.

Die für das erstgenannte Bürogebäude maßgebliche *Teilungsvereinbarung* legt fest, dass auf diesem Grundstück 5 Kfz-Stellplätze im Hofraum und 17 weitere Kfz-Stellplätze, teilweise in Doppelparkern, in der Tiefgarage errichtet werden, die jeweils mit einer Nummer näher bezeichnet sind. Weiter besagt die Teilungserklärung unter § 1.5 u.a.:

> „Vom Nutzen und Gebrauch dieser oflenen, teilweise in der Tiefgarage befindlichen (in § 1.5 bezeichneten) Kfz-Stellplätze sind alle Sondereigentümer ausgeschlossen, mit Ausnahme der Firma ... (= *Schuldnerin*), solange diese noch Eigentümerin mindestens eines Wohnungs- oder Teileigentumsrechts der obenstehenden Wohnanlage ist.
>
> Die Firma ... (= *Schuldnerin*) ist berechtigt, an den bezeichneten Kfz-Stellplätzen/Tiefgaragenstellplätzen Sondernutzungsrechte zu Gunsten einzelner Sondereigentümer zu begründen, auf diese zu übertragen und die getroffene Regelung zu gegebener Zeit als Inhalt des Sondereigentums im Grundbuch eintragen zu lassen. Soweit erforderlich, wird der Firma ... hierzu ausdrücklich von den Beschränkungen des § 181 BGB befreite Vollmacht erteilt. Die Begründung des Sondernutzungsrechts hat in notariell beurkundeter oder in öffentlich beglaubigter Form zu erfolgen. Derjenige Sondereigentümer, dem auf diesem Wege das Sondernutzungsrecht an einem dieser Kfz-Stellplätze eingeräumt wird, hat das Recht, den betreffenden Kfz-Stellplatz unter Ausschluss aller übrigen Sondereigentümer allein zu nutzen und zu benutzen.
>
> Soweit die vorstehende Zuweisung der Kfz-Stellplätze/Tiefgaragenstellplätze in öffentlich beglaubigter oder notariell beurkundeter Form vor dem Übergang des Eigentums aller Wohnungs- und Teileigentumsrechte auf Dritte nicht erfolgt ist, erlischt das Sondernutzungs- und Zuweisungsrecht des bisherigen Grundstückseigentümers. Die zu diesem Zeitpunkt nicht zugeteilten Kfz-Stellplätze verbleiben vorbehaltslos im Gemeinschaftseigentum."

Die Schuldnerin ist bislang noch Eigentümerin mindestens einer Teileigentumseinheit. Die Gläubigerin ist nicht Mitglied der Eigentümergemeinschaft.

b) Auf Antrag der Gläubigerin, die aus einem rechtskräftigen Urteil gegen die Schuldnerin die Vollstreckung wegen eines Teilbetrags von 150.000 DM betreibt, hat der Rechtspfleger des *Amtsgerichts* durch Beschluss vom 9. 12. 1999 die *Pfändung* des Rechts der Schuldnerin auf Zuweisung von 13 noch nicht zugewiesenen Stellplätzen in der Tiefgarage für die Gläubigerin (mit ausdrücklichem Verfügungsverbots gegenüber der Schuldnerin) ausgesprochen, eine Überweisung nach § 835 ZPO an die Gläubigerin jedoch abgelehnt.

Das Grundbuchamt hat den Antrag der Gläubigerin, die von ihr daraufhin vorgenommene „Zuweisung" der Stellplätze an 2 andere Sondereigentümer in das Grundbuch einzutragen, durch Beschluss vom 4. 2. 2000 zurückgewiesen mit der Begründung, das Zuweisungsrecht von Sondernutzungsrechten nach dem Wohnungseigentumsgesetz sei nicht pfändbar.

Die gegen den Pfändungsbeschluss gerichtete Erinnerung der Schuldnerin hat die Amtsrichterin zurückgewiesen und ausgeführt, das Sondernutzungs-Zuweisungsrecht sei ein nach § 857 Abs. 1 ZPO pfändbares Vermögensrecht.

Auf die sofortige Beschwerde der Schuldnerin hat das *Landgericht* den *Pfändungsbeschluss aufgehoben*, die Wirksamkeit dieser Entscheidung aber vom Eintritt der Rechtskraft abhängig gemacht. Die Beschwerdekammer hat ihre vom Amtsgericht abweichende Rechtsansicht im wesentlichen damit begründet, das Zuweisungsrecht des Bauträgers sei ein unselbständiges Gestaltungsrecht des Bauträgers, das als solches nicht der Pfändung nach § 857 ZPO unterliege.

Dagegen richtet sich die *sofortige weitere Beschwerde* der Gläubigerin, die insbesondere geltend macht, das Zuweisungsrecht der Schuldnerin sei ein selbständiger Vermögensgegenstand, der von der Schuldnerin auch als eigenständiger Wert in die Finanzierungsabwicklung eingestellt werde; ein Tiefgaragenstellplatz könne für 25.000,– DM veräußert werden. Ein solches Vermögensrecht – das anders als die Miteigentumseinheit der Schuldnerin belastungsfrei sei – müsse nach § 857 ZPO der Pfändung unterliegen. – Die Schuldnerin ist dem Rechtsmittel entgegengetreten.

II.

1. Die – rechtzeitig eingelegte – sofortige weitere Beschwerde der Gläubigerin ist nach §§ 793 Abs. 2, 568 Abs. 2 Satz 1 ZPO a.F. statthaft und auch nach § 568 Abs. 2 Satz 2 ZPO a.F. *zulässig*, weil in der vom Amtsgericht abweichenden Sachentscheidung des Landgerichts ein neuer selbständiger Beschwerdegrund liegt.

2. In der Sache hat das Rechtsmittel der Gläubigerin jedoch keinen Erfolg. Der Senat tritt im Ergebnis der Rechtsansicht des Landgerichts bei.

Entgegen der Auffassung der Gläubigerin ist nicht entscheidend die Frage, ob das „Zuweisungsrecht" der Schuldnerin einen Vermögenswert hat; auch wenn man diese Frage zumindest für die Person der Schuldnerin bejaht, kommt es für die Pfändbarkeit nach Ansicht des Senats entscheidend darauf an, ob diese Zuweisungsbefugnis ein rechtlich so verselbständigter Vermögensgegenstand im Sinne des § 857 ZPO ist, dass sie durch den Pfändungsgläubiger einer Verwertung zugeführt werden kann. Diese Frage verneint der Senat in Abweichung vom Landgericht Stuttgart, das sich in der – soweit ersichtlich – bisher einzigen veröffentlichten Entscheidung für die Pfandbarkeit des Zuweisungsrechts jedenfalls durch einen Miteigentümer ausgesprochen hatte (Beschl. vom 20. 12. 1988 – Die Justiz *(nicht: JurBüro)* 1989, 158 = WE 1989, 72; ablehnend Zöller/Stöber, ZPO 23. Aufl., § 857 Rn 12 aE; Stöber, Forderungspfändung 12. Auf, Rn 1792, Fn 3).

a) Es ist – wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat – in Rechtsprechung und Lehre anerkannt, dass die Miteigentümer eines dem Wohnungseigentumsgesetz unterliegenden Grundstücks (oder der nach § 8 WEG teilende Alleineigentümer) den Gebrauch des Gemeinschaftseigentums nach § 15 WEG durch Vereinbarung so regeln können, dass eine näher bestimmte Fläche in der Weise einem Sondereigentum zugeordnet wird, dass allein dessen Eigentümer diese gemeinschaftliche Fläche nutzen darf („positive Komponente") und alle übrigen Miteigentümer von der Nutzung ausgeschlossen sind („negative Komponente"). Eine solche als *Sondernutzungsrecht* bezeichnete Befugnis gilt auch gegenüber Sonderrechtsnachfolgern dann, wenn sie „als Inhalt des Sondereigentums" durch Eintragung im Grundbuch eine „Verdinglichung" erfahren hat (§§ 15 Abs. 1, 10 Abs. 2 WEG; vgl. BGHZ 73, 145 = NJW 1979, 548; BGHZ 91, 343 = JZ 1984, 1113 m. Anm. Weitnauer; BayObLGZ 1990, 124; Weitnauer, WEG 8. Aufl., § 15 Rn 26 ff, 31; Bärmann/Pick/Merle, 8. Aufl. § 15 Rn 17, 18; Staudinger/Kreuzer (12. Aufl) WEG § 15 Rn 74 ff).

Ein solches Sondernutzungsrecht kann anerkanntermaßen auch durch zwei zeitlich getrennte Rechtsvorgänge in der Weise begründet werden, dass zunächst der Nutzungsausschluss der übrigen Eigentümer (negative Komponente) festgeschrieben wird und die Zuweisung des Alleinnutzungsrechts an einen der Miteigentümer (positive Komponente) als aufschiebende Bedingung (§ 158 BGB) durch spätere Zuweisungserklärung des Bauträgers erfolgt (vgl. BGHZ 91, 343; BayObLG RPfl 1980, 111; BayObLGZ 1985, 378 = DNotZ 1986, 479 m. Anm. Ertl; OLG Düsseldorf RPfl. 1988, 63).

Diesem „Zuweisungsrecht", das der Schuldnerin bis zu dessen Ausübung bereits das alleinige Nutzungsrecht an den bezeichneten Flächen innerhalb der Eigentümergemeinschaft gewährt, können keine anderen und insbesondere keine weitergehenden Eigenschaften oder Wirkungen zuerkannt werden als einem unbedingten, bereits wirksam begründeten Sondernutzungsrecht.

b) Ein solches Sondernutzungsrecht an einer im Gemeinschaftseigentum stehenden Fläche ist kein eigenständiges „dingliches Recht" (vgl. BayObLG DNotZ 1990, 496 (keine gesonderte Belastbarkeit mit Dienstbarkeit); OLG Düsseldorf DNotZ 1996, 674 m. Anm. Lüke/Becker (keine Anwendbarkeit von § 875 BGB). Eine Gleichstellung mit einer Dienstbarkeit oder einem Wohnrecht – wie vom LG Stuttgart (aaO) angenommen – hat keine ausreichende gesetzliche Grundlage. Im Sachenrecht gilt der Grundsatz des gesetzlichen Typenzwangs, der es ausschließt, neue Arten dinglicher Rechte zu begründen.

Ein Sondernutzungsrecht beruht auf einer schuldrechtlichen Vereinbarung unter den Miteigentümern, deren „Verdinglichung" durch Eintragung im Grundbuch zwar deren Bestandskräftigkeit innerhalb der Gemeinschaft trotz Personenwechsels bewirkt, aber kein eigenes verkehrsfähiges Recht an einer Sache begründet. Nachdem § 10 Abs. 2 WEG ein solchermaßen vereinbartes Sondernutzungsrecht zum „Inhalt" des jeweiligen Sondereigentums erklärt, kann es noch weniger selbständig pfändbar sein wie Grundstückszubehör (vgl. §§ 93-96 und § 97 BGB); die gesonderte Pfändung von Zubehör ist jedoch nach § 865 Abs. 2 S.1 ZPO gesetzlich ausgeschlossen.

Deshalb kann über ein Sondernutzungsrecht an einem Stellplatz – anders als an einem als eigenständiges Sondereigentum ausgestalteten Stellplatz (vgl. § 3 Abs. 2 S. 2 WEG) – nicht gesondert vom Wohn- bzw. Teileigentum verfügt werden. Die Beschlagnahme eines Sondereigentums (§ 20 ZVG) erfasst dem gemäß das zugeordnete Sondernutzungsrecht automatisch mit, auch dann, wenn die davon erfasste Fläche im Aufteilungsplan eine eigene Bezeichnung erhalten hat (vgl. BayObLG RPfl 1994, 294, 295). Dem gemäß hat der Senat durch Beschluss v. 16. 1. 2001 (8 W 630/2000) entschieden, dass sich der Zuschlag in der Zwangsversteigerung eines Wohnungseigentums zwingend auf das zugeordnete Sondernutzungsrecht an einem Stellplatz erstreckt, auch wenn in der Grundstücksbeschreibung im Zuschlagsbeschluss der Stellplatz nicht gesondert neben dem Wohnungseigentum aufgeführt ist.

Daraus folgt weiter, dass sich die dinglichen Belastungen eines Wohnungs- oder Teileigentums (Hypotheken, Grundschulden) von Rechts wegen auf ein derartiges Sondernutzungsrecht erstrecken. Die noch in der Hand der Schuldnerin liegenden „Zuweisungsrechte" sind also keineswegs belastungsfrei, wie die Gläubigerin meint, sondern dienen den Kreditgebern der Schuldnerin in gleicher Weise als Sicherheit wie das sonstige Sondereigentum der Schuldnerin.

An dieser rechtlichen Beurteilung ändert sich auch nichts dadurch, dass *innerhalb* der Gemeinschaft ein „verdinglichtes" Sondernutzungsrecht von einem Sondereigentümer auf einen anderen Sondereigentümer übertragen werden kann – und zwar ohne Mitwirkung aller Miteigentümer, weil sich am Ausschluss der übrigen Miteigentümer vom Nutzungsrecht (negative Komponente) dadurch nichts ändert, ihre Rechtssphäre also nicht betroffen wird (BGHZ 73, 145; BayObLGZ 1985, 124; OLG Düsseldorf RPfl 1993, 193). Der Grundschuld- oder Hypothekengläubiger eines Miteigentümers muss deshalb einer solchen Übertragung des Sondernutzungsrechts innerhalb der Gemeinschaft gem. § 876 BGB zustimmen, weil sich der „Inhalt" seines Sicherungsgegenstands vermindert (BGHZ 91, 343, 347).

c) Dass das „Zuweisungsrecht" der Schuldnerin hier zusätzlich noch mit einer auflösenden Bedingung verknüpft ist der Gestalt, dass die Veräußerung ihrer letzten Miteigentumseinheit ihre noch verbliebenen (nicht verdinglichten) Sondernutzungsrechte zum Erlöschen bringt mit der Folge, dass die Flächen in den Gemeingebrauch aller Miteigentümer„zurück"fallen, führt zu keiner abweichenden Beurteilung, sondern gibt noch ein zusätzliches Argument gegen eine Pfändbarkeit ab. Durch diese Bestimmung in der Teilungsvereinbarung ist die Möglichkeit einer Übertragung des Zuweisungsrechts auf einen anderen Miteigentümer (wie sie etwa im Falle BayObLGZ 1985, 124 = RPfl. 1985, 292 bzgl. Waschmaschinen-Stellplätzen in der gemeinschaftlichen Waschküche vereinbart war) „mit dinglicher Wirkung" ausgeschlossen; eine Änderung bedürfte der Mitwirkung aller Miteigentümer.

d) Somit hat der Pfändungsbeschluss des Amtsgerichts ein Recht zum Gegenstand, das nicht zu den nach § 857 ZPO pfändbaren „anderen Vermögensrechten" gehört. Darüber hinaus scheidet eine Pfändung durch einen Nicht-Miteigentümer – wie die Gläubigerin – auf jeden Fall, also auch nach der Gegenansicht, aus. Das Landgericht hat deshalb den Pfändungsbeschluss des Amtsgerichts durch die angefochtene Entscheidung zu Recht aufgehoben.

KostO §§ 145 Abs. 1, 38 Abs. 2 Nr. 5a

Eine Ergänzung eines fremden Entwurfs nach § 145 Abs. 1 S. 2 KostO – und kein „Eigenentwurf" gemäß S. 1 – liegt auch dann vor, wenn der Notar anlässlich einer Unterschriftsbeglaubigung das teilweise ausgefüllte Formular einer Grundschuldbestellung um „wesentliche" Bestimmungen – wie den Grundstücksbeschrieb – ergänzt (Ergänzung zum Senatsbeschluss 8 W 134/92 vom 1. 6. 1992 – Die Justiz 1992, 412 = JurBüro 1992, 618 = BWNotZ 1993, 12)

OLG Stuttgart, vom 10. Juni 2002 – 8 W 558/00

Aus den Gründen:

I.

Der beschwerdeführende Notar einerseits und der Bezirksrevisor bzw. der Landgerichtspräsident als vorgesetzte Dienstbehörde des Notars sind unterschiedlicher Auffassung darüber, ob im Zusammenhang mit einer Grundschuldbestellung eine *volle* Entwurfsgebühr nach § 145 Abs. 1 S. 1 KostO oder nur eine *halbe* Entwurfsgebühr nach § 145 Abs. 2 S. 2 KostO in Ansatz zu bringen ist.

Das Formular des Kreditinstituts zur Grundschuldbestellung war bereits mit dem Namen des zuständigen Grundbuchamts, dem Namen der Eigentümer, dem Betrag der Grundschuld (2,5 Mio. DM), der Zinshöhe und dem Zinsbeginn versehen. Anlässlich der Unterschriftsbeglaubigung hat der Notar dieses teilweise ausgefüllte Formular noch durch folgende Angaben ergänzt: durch die „Feststellung des Belastungsgegenstands" (Grundstücksbeschrieb), eine Erklärung zu den „Rangverhältnissen" und eine „Vollzugsvollmacht".

Dafür hat der Notar eine 5/10-Gebühr gemäß § 145 Abs. 1 S. 1 iVm § 38 Abs. 2 Nr. 5a KostO in Höhe von 1930,– DM zuzgl. Nebenkosten in Rechnung gestellt. Der mit der Kostenprüfung beauftragte Bezirksrevisor hat diesen Ansatz unter Bezugnahme auf die Senatsrechtsprechung beanstandet und nur eine 5/20-Gebühr nach § 145 Abs. 1 S. 2 KostO in Höhe von 965,– DM zuzgl. Nebenkosten für berechtigt erachtet.

Der Notar vertritt – bestärkt durch eine Stellungnahme der Notarkasse München – die Ansicht, ihm stehe die volle Entwurfsgebühr für einen „Eigenentwurf" zu, weil er „wesentliche Ergänzungen" vorgenommen habe; durch die Einfügung des (aus dem Grundbuch erhobenen) *Belastungsgegenstands* habe er erst eine für den Rechtsverkehr taugliche Urkunde hergestellt.

Auf Anweisung des Landgerichtspräsidenten gem. § 156 Abs. 5 (jetzt: Abs. 6) KostO hat der Notar die Entscheidung des *Landgerichts* beantragt. Dieses hat sich – unter Zulassung der weiteren Beschwerde – durch eingehend begründeten Beschluss der

Rechtansicht des Bezirksrevisors angeschlossen und den Kostenansatz des Notars auf 965,– DM nebst Auslagen und Mehrwertsteuer herabgesetzt.

Mit der *weiteren Beschwerde* verfolgt der Notar seine gegenteilige Ansicht weiter.

II.

Die wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtsfrage zugelassene und auch ansonsten zulässige weitere Beschwerde (§ 156 Abs. 2 KostO) des Notars hat in der Sache *keinen Erfolg*.

Das Landgericht hat zu Recht die Senatsentscheidung vom 1. 6. 1992 (Die Justiz 1992, 412 = JurBüro 1992, 618 m. abl. Anm. Mümmler = BWNotZ 1993, 12 m. Anm. Firnau) auch auf die hier vorliegende Entwurfsergänzung erstreckt. Der Senat hält an seiner damals – unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung – dargelegten Auffassung fest, dass die ab 1. 1. 1987 geltende Neufassung von § 145 Abs. 1 KostO die bisherigen Abgrenzungskriterien (zwischen Entwurf und Nicht-Entwurf) hinfällig gemacht hat. Zwar hatte der Senat damals nur über die Ergänzung der Urkunde durch Rangerklärungen und sonstige schuldrechtliche Bestimmungen zu befinden und deshalb die Frage offen gelassen, wie bei anderen Ergänzungen zu entscheiden sei. Allerdings liegt es in der erkennbaren – und deshalb vom Landgericht zu Recht gezogenen – Konsequenz dieser Entscheidung, dass auch die Ergänzung durch den Grundstücksbeschrieb nur eine Ergänzung im Sinne des § 145 Abs.1 S. 2 KostO ist.

Für die früher erforderliche Abgrenzung zwischen „unwesentlichen" (und deshalb gebührenrechtlich unerheblichen) Ergänzungen eines fremden Entwurfs und „wesentlichen" Ergänzungen, die zu einem „Eigenentwurf"des Notars führen, der die für die Beurkundung anfallende volle Gebühr auslöst (§ 145 Abs. 1 S. 1 KostO), hatte das vom beschwerdeführenden Notar herausgestellte Kriterium der Verkehrstauglichkeit der Urkunde seine Berechtigung und ist deshalb wohl einhellig in der Rechtsprechung – auch des Senats – entscheidungserheblich gewesen. Mit der Einfügung des neuen Gebührentatbestands für die Überprüfung und Ergänzung eines Fremdentwurfs (S. 2) sollte – wie der Senat ausgeführt hat – diese traditionelle und schwer handhabbare Unterscheidung zwischen „wesentlichen" und „unwesentlichen" Ergänzungen eines Entwurfs ebenso beseitigt werden wie zahlreiche weitere Unsicherheiten des § 145 Abs. 1 (vgl. amtl. Begründung z. KostÄndG v. 9. 12. 1986, abgedr. auch bei Rohs/Wedewer, KostO, Losebl., 2. Aufl., § 145 Rn 3). Die zum früheren Recht entwickelten Abgrenzungskriterien zwischen „Entwurf" und „Nicht-Entwurf" haben damit ihne Bedeutung verloren (im wesentlichen zustimmend Rohs/Wedewer, aaO, Rn 18b).

Zwar ist dem Rechtsbeschwerdeführer zuzugeben, dass die bisherigen Abgrenzungskriterien teilweise weiter verwendet werden und dass verbreitet die Ansicht vertreten wird, die Ergänzung eines Entwurfs zur Grundschuldbestellung durch Angabe des Belastungsgegenstands führe zu einem „Eigenentwurf" mit der Kostenfolge aus Satz 1 (so Bayr. Notarkasse, Streifzug durch die KostO, 5. Aufl., Rn 193; Korintenberg/Bengel, KostO 14. Aufl., § 145 Rn 32; Göttlich/Mümmler/Assenmacher/Mathias, KostO 20. Aufl., S. 296 (ebenso Mümmler in der ablehn. Anmerkung zum SenBeschl. JurBüro 1992, 618 – wobei die zur Begründung herangezogene Entscheidung des AG Schwäb. Gmünd BWNotZ 1985, 126 vor der Gesetzesänderung ergangen ist –); vgl. auch Schmidt JurBüro 1987, 322, 325).

Mit diesem Festhalten an vertrauten Abgrenzungskriterien wird jedoch das Reformanliegen, das der Gesetzgeber mit Einfügung der halbierten Ergänzungsgebühr verfolgt hat, zu sehr verkürzt. Wie sich der Gesetzesbegründung (aaO) entnehmen lässt, sollte die halbierte Gebühr gerade das Problem der Ergänzung von Grundschuldbestellungsanträgen lösen helfen. Diese auf eine einfache Handhabung gerichtete Zielsetzung würde weithin unterlaufen, wenn der Anwendungsbereich des S. 2 auf Entwürfe begrenzt wird, die auch ohne die Ergänzung für den Rechtsverkehr tauglich sind; für eine derartige einschränkende Auslegung enthält die Gesetzesbegründung keine Anhaltspunkte. Der Senat vermag auch einen rechtfertigenden Grund dafür, dass die Ergänzung eines Fremd-Entwurfs gerade durch den Belastungsgegenstand diesen zu einem „Eigenentwurf" des überprüfenden Notars machen soll, nicht zu erkennen (zutreffend Firnau BWNotZ 1993, 14). Dass die Praxis in benachbarten OLG-Bezirken an der vom Senat als überholt angesehenen Rechtsansicht bislang noch festgehalten wird, wie der Notar geltend macht, vermag der Rechtsbeschwerde nicht zum Erfolg zu verhelfen.

Obergerichtliche Entscheidungen, die sich gegen die Senatsentscheidung vom 1. 6. 1992 stellen, hat der Senat nicht feststellen können. Deshalb besteht angesichts der Gesetzesänderung von 1987 auch keine Möglichkeit, den – seit Anfang 2002 eröffneten – Weg einer Divergenzvorlage zum BGH nach § 28 Abs. 2 FGG (vgl. Rohs/Wedewer, aaO, § 156 Rn 1) zu beschreiten.

Impressum:
Schriftleiter: Herbert Staudenmaier, Notar a.D., 73479 Ellwangen (Jagst), Veit-Hirschmann-Straße 10 (Tel. 0 79 61-56 08 66), und Dr. Jürgen Rastätter, Notar, 69115 Heidelberg, Kurfürstenanlage 23 (Tel. 0 62 21/59 14 70). Mit der Annahme des Beitrags geht das alleinige Veröffentlichungsrecht auf die Herausgeber über. Die BWNotZ erscheint vierteljährlich zweimal. Bestellungen sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e.V. in 70174 Stuttgart, Kronenstr. 34 (Tel. 07 11/2 23 79 51, Fax 07 11/2 23 79 56, E-mail: wuertt.NotV@t-online.de) zu richten. Bezugspreis ab 01. 01. 2001 im Abonnement € 45,– einschließlich MWST und Versandkosten; Einzelhefte € 6,– einschließlich MWST zuzüglich Versandkosten. Einzelhefte können nur noch von den letzten 5 Jahrgängen einschließlich des laufenden Jahrgangs bezogen werden. Anzeigenverwaltung und Gesamtherstellung: Walcher & Rees GmbH, Druckerei und Verlag, 89520 Heidenheim, In den Seewiesen 16–18 (Tel. 0 73 21/35 00-0, Fax 0 73 21/35 00 15).