

Schenkung der Yacht wird eine Anstandsschenkung erkannt, die als Hochzeitsgeschenk qualifiziert ist und im Verhältnis zur Vermögenslage des Erblassers den Bereich der Anstandsschenkung nicht überschreitet.

Eine weitere und durch die Verneinung des Vorliegens der sittlichen Verpflichtung für die Eingrenzung dieses Begriffs wichtige Entscheidung ist die des BGH vom 29.06.2005.⁵² Die Schenkung des Erblassers i.H.v. 40.000 DM an den Sohn, der nicht bereits im elterlichen Haus wohnte, wurde nicht als Schenkung anerkannt, die eine sittliche Verpflichtung erfüllte, weil der Vater diese als Ausgleich aufgefasst habe. Der Erblasser und dessen Ehefrau hatten sich in einem Ehe- und Erbvertrag gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt.

Die „sittliche Pflicht“ als rechtlicher Terminus zeigt sich auch bei der neuen Rechtsprechung als unbestimmter Rechtsbegriff. Seine Feststellung ist gerichtlich nachprüfbar.⁵³ Das Tatbestandsmerkmal ist jedoch sehr abstrakt gefasst. Dem Richter kommt hier eine „gesetzesausfüllende“ Funktion zu.⁵⁴ Schulze spricht gar von einer „objektivierend verstandenen Sozialmoral“.⁵⁵ In der neueren Rechtsprechung tritt die Bedeutung der „sittlichen Pflicht“ als Begründung einer Naturalobligation in Bezug auf die Auseinandersetzung mit dieser Rechtsfigur zurück. Die Ausfüllung des Begriffs ist stark von der gesellschaftlichen Entwicklung abhängig, was gerade eine Verwendung im Rahmen einer letztwilligen Verfügung aufgrund der häufig langen Distanz zwischen Verfügung und rechtlicher Wirkung erschwert.

Schlussbetrachtung:

Durch die Kreation des Pflichtvermächtnisses wird die Umdeutung der Schenkung von Todes wegen durch § 2301 BGB in ein Vermächtnis vorweggenommen. Dadurch wird verhindert, dass eine Zuwendung von beträchtlicher Höhe, wie durch § 2301 BGB möglich, als Erbinsetzung gewertet wird.

Diese Vorwegnahme der Umdeutung erfolgt jedoch zu Gunsten des unsicheren Rechtsbegriffs der „sittlichen Verpflichtung“, dessen Verwendung im Gegensatz zu dem Begriff der „auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht“ schon seit über hundert Jahren problematisch ist.⁵⁶

Die Verwendung des Pflichtvermächtnisses ist daher im Unterschied zur Verwendung des Anstandsvermächtnisses nur in Verbindung mit einer „Aushöhlungssperre“ möglich. Sonst besteht die Gefahr, dass die Zuwendung aufgrund des Bezugs auf die sittliche Verpflichtung im Unterschied zur Zuwendung, die aus einer aus dem Anstand zu nehmenden Rücksicht resultiert, auch in einer so erheblichen Höhe ausfallen kann, dass für den Erben fast nichts mehr übrig bleibt.

Als Alternative für die Verwendung des Pflichtvermächtnisses bleibt die Verwendung der Pflichtschenkung von Todes wegen empfehlenswerter. Dies macht die Bedeutung des juristischen Moments der Umdeutung i.S.d. § 2301 BGB deutlich. Obwohl die §§ 530 ff. BGB für die Schenkung von Todes wegen aufgrund von § 2301 BGB ausgeschlossen sind, bleibt § 2330 BGB direkt anwendbar. Die Anwendung muss nicht erst, wie bei dem Pflichtvermächtnis, durch eine Analogie hergestellt werden. Ein Regelungsbedarf für den Gesetzgeber bzgl. der Existenz des Pflichtvermächtnisses besteht offensichtlich nicht.

52 BGH, JurionRS 2005, 19137.

53 Dazu Schulze (Fn. 41), S. 256.

54 Schulze (Fn. 41), S. 257.

55 Schulze (Fn. 41), S. 257; die *obligatio ex societate* stellt sich als soziale Pflicht dar, nicht gegen Sitten zu verstoßen. Sie wird in eine rechtliche Pflicht transformiert, S. 255.

56 Siehe z.B. Jacobi (Fn. 37).

Europäische Reversion: Das erbrechtliche Viertel ist im europäischen IPR Erbrecht!

Kritik, Umschau und Folgen zur EuGH-Entscheidung Mahnkopf

Prof. Dr. Peter Mankowski, Hamburg*



Umdenken. Gedankliche Kehrtwende um 180°. Nicht weniger als das verlangt die EuGH-Entscheidung Mahnkopf.¹ Kaum war die bereits seit langem vorherrschende kollisionsrechtliche Qualifikation des erbrechtlichen Viertels aus § 1371 Abs. 1 BGB als güterrechtlich² in Deutschland endlich höchstrichterlich

* Der Autor ist Direktor des Seminars für Internationales Privat- und Prozessrecht der Universität Hamburg.

1 EuGH v. 01.03.2018 – Rs. C-558/16, ECLI:EU:C:2018:138 – Doris Margrit Lisette Mahnkopf = ErbR 2018, 324 (in diesem Heft mit Anm. Kleinschmidt).

2 Z.B. BayObLG 1975, 133 (135); OLG Karlsruhe, IPRax 1990, 407 (408) = NJW 1990, 1421; OLG München, ZEV 2011, 137; OLG München, ZEV 2012, 591 = MittBayNot 2013, 73 m. zust. Anm. Stijß; OLG Schleswig, NJW 2014, 88; OLG Frankfurt, BeckRS 2016, 116008; KG, FamRZ 2017,

64; OLG Frankfurt, ZEV 2017, 572 (574); LG Mosbach, ZEV 1998, 489 (490); Dörner, ZEV 2005, 444 (445); Dutta/Herrler/Dörner, Die Europäische Erbrechtsverordnung, 2014, S. 73, 76 f.; Ludwig, DNotZ 2005, 588–590; ders., FamRB Int. 2013, 10 (11 f.); Staudinger/Dörner, BGB, Art. 25, 26 EGBGB, 2007, Art. 25 EGBGB Rn. 34; Horn, ZEV 2008, 417 (418); Staudinger/Mankowski, BGB, Art. 13–17b EGBGB, 2010, Art. 15 EGBGB Rn. 342–375; Looschelders, FS Bernd v. Hoffmann, 2011, S. 266, 272 f.; NK-BGB/Looschelders, Bd. 6, 2. Aufl. 2015, Art. 1 EuErbVO Rn. 31; Mankowski, ZEV 2014, 121; ders., FamRZ 2015, 1183.

befestigt³ – schon stürzt der EuGH sie und qualifiziert das erbrechtliche Viertel erbrechtlich.⁴ Er stellt aus deutscher Sicht die bisherige Behandlung auf den Kopf.⁵

I. Einleitung

Der EuGH missachtet dabei die eigentlich eherne Maxime „*Form follows function*“. Er stellt das erbrechtliche *Mittel* ganz in den Vordergrund, während der güterrechtliche *Zweck* ihm vernachlässigenswert erscheint. Seitenblicke auf § 1371 Abs. 2–4 BGB wirft er überhaupt nicht, ebenso wenig, wie er eine Doppelqualifikation als sowohl erb- wie güterrechtlich⁶ auch nur erwähnt. Dafür gewinnt er den Vorschriften über das Europäische Nachlasszeugnis erhebliches Argumentationspotenzial ab.⁷ Das so lange umstrittene (und auch heute von vielen noch nicht geliebte) jüngste Kind der EuErbVO nimmt seine älteren Geschwister gleichsam an die Hand. Das letzte Viertel des *règlement quadruple* EuErbVO prägt das zweite (Kollisionsrecht) mit (und dürfte in Oberle⁸ dasselbe für das erste, internationale Zuständigkeit, tun). Der *effet utile*, die Effektivität des Europäischen Nachlasszeugnisses als neues Rechtsinstitut ist die neue, für den EuGH ausschlaggebende Komponente im neuen, jetzt europäischen Spiel.⁹ Die Karten sind neu gemischt, und es ist ein neuer Super-Joker im Spiel.

II. Kritik

1. Zwischen EuErbVO und EuGüVO: das Spiel der Normen über den sachlichen Anwendungsbereich (und der positiven Qualifikationsnormen)

Der Ehegatte hat sich in der neueren Privatrechtsentwicklung der westlichen Welt von einer Außenseiterrolle zum Hauptbegünstigten der Intestaterbfolge aufgeschwungen.¹⁰ Daraus resultiert die große praktische Bedeutung einer sachgerechten Abgrenzung zwischen Erb- und Güterstatut. Die Suche nach dieser Abgrenzung zwischen Erb- und Güterstatut muss bei Art. 1 Abs. 2 Buchst. d) EuErbVO beginnen. Dieser besagt, dass aus der EuErbVO ausgenommen sind: „Fragen des ehelichen Güterrechts sowie des Güterrechts aufgrund von Verhältnissen, die nach dem auf diese Verhältnisse anzuwendenden Recht mit der Ehe vergleichbare Wirkungen entfalten“. Damit greift er Formulierungen auf, wie sie schon in Art. 1 Abs. 2 Buchst. b) 1. Alt., 2 Rom II-VO und Art. 1 Abs. 2 Buchst. c) 1. Alt., 2 Rom I-VO zu lesen waren. Art. 1 Abs. 2 Buchst. d) EuErbVO ist bei der Ausgrenzung güterrechtlicher Aspekte ein detail nicht besonders hilfreich.¹¹ Er ist eigentlich Platzhalter für die Güterrechtsverordnungen, die noch in der Zukunft lagen, als die EuErbVO geschaffen wurde.¹² Erwägungsgrund (12) S. 2 EuErbVO geht noch am weitesten. Ihm zufolge sollen die mit einer Erbsache unter der EuErbVO befassten Behörden je nach dem Umständen des Einzelfalls die Beendigung des ehelichen oder sonstigen Güterstands des Erblassers bei der Bestimmung des Nachlasses und der jeweiligen Anteile der Berechtigten berücksichtigen.¹³ Was Güterrecht sein soll, steht nirgendwo in der EuErbVO im Einzelnen.¹⁴

Auch die EuGüVO, die Klarheit hätte schaffen können (und nach der Konzeption des Art. 1 Abs. 2 Buchst. b) EuErbVO ja eigentlich auch hätte schaffen sollen),¹⁵ indem sie von der güterrechtlichen Seite her festgeschrieben hätte, was güterrechtlich zu qualifizieren ist, bleibt diesbezüglich hinter den Erwartungen zurück.¹⁶ Dem erbrechtlichen Viertel wendet sich bisher keine europäische Qualifikationsnorm spezifisch zu.¹⁷ Art. 23 Abs. 2 Buchst. b) EuErbVO, der Nachlassansprüche des überlebenden Ehegatten dem Erbrecht zuweist,

schafft jedenfalls keine endgültige Klarheit, sondern setzt eine anderweitig herzuleitende nicht-güterrechtliche Qualifikation voraus.¹⁸ Ebenso wirft die Ausgrenzung erbrechtlicher Ansprüche aus dem Internationalen Ehegüterrecht in Art. 1 Abs. 2 Buchst. d) EuGüVO nur erneut das Qualifikationsproblem auf, anstatt es zu lösen.¹⁹ EuErbVO und EuGüVO sind zwar eindeutig als komplementäre Rechtsakte konzipiert,²⁰ ziehen aber die Grenze zueinander nicht im Detail trennscharf. Die Qualifikationsfrage ist auf die europäische Ebene mit ihrer autonomen Begriffsbildung verlagert²¹ – bleibt aber weiterhin zu beantworten.

Das Erbrecht des überlebenden Ehegatten bedürfte besonderer kollisionsrechtlicher Sorgfalt. EuErbVO einerseits und Art. 1 Abs. 2 Buchst. d) EuGüVO andererseits lassen es aber insoweit an der letzten Koordination vermissen.²² Aus der Ausgrenzung des Güterrechts aus der EuErbVO in Art. 1 Abs. 2 Buchst. d) EuErbVO kann man nicht automatisch auf eine güterrechtliche Qualifikation gerade des § 1371 Abs. 1 BGB schließen.²³ Zu dessen Qualifikation sagt die EuErbVO vielmehr direkt

3 BGHZ 205, 290 = ZEV 2015, 409 m. Anm. *Reimann* = NZFam 2015, 758 m. Anm. *Schäuble* = MittBayNot 2015, 507 m. Anm. *Süß* = FamRZ 2015, 1180 m. zust. Anm. *Mankowski*. Offen noch BGH, FamRZ 2012, 1871.

4 EuGH, ErbR 2018, 324 Rn. 44 (in diesem Heft).

5 *Fornasier*, FamRZ 2018, 634 sub I.

6 Dahin OLG Stuttgart, ZEV 2005, 443 m. Anm. *Dörner*; OLG Düsseldorf, ZEV 2009, 515; OLG Frankfurt, ZEV 2010, 253; OLG Frankfurt v. 01.06.2012 – 20 W 74/09; OLG Köln, ZEV 2012, 205 m. Anm. *Lange*; vgl. auch BGH, FamRZ 2012, 1871. Ausführliche Nachweise bei *Staudinger/Mankowski* (Fn. 2), Art. 15 EGBGB Rn. 343. Qualifikation konkret offengelassen bei OLG Köln, ZEV 2014, 173.

7 EuGH, ErbR 2018, 324 Rn. 42 f. (in diesem Heft).

8 Rs. C-20/17. Vorlage KG, FamRZ 2017, 564 m. Anm. *Mankowski*.

9 *Kleinschmidt*, RabelsZ 77 (2013), 723 (758); *Süß*, ZEuP 2013, 725 (742 f.); *Dutta*, IPRax 2015, 32 (33); MünchKomm-BGB/Dutta, Bd. 10, 7. Aufl. 2017, Art. 63 EuErbVO Rn. 8; *Dutta/Weber/Fornasier*, Internationales Erbrecht, 2015, Art. 63 EuErbVO Rn. 24, 29, 31; *Looschelders*, JR 2016, 197 (199); *Bandel*, ZEV 2018, 207.

10 *Zimmermann*, RabelsZ 80 (2016), 39 (81 f.).

11 Ebenso z.B. *Pamboukis/Nikolaïdis*, EU Succession Regulation No 650/2012, 2017, Art. 1 Succ. Reg. Rn. 29 sowie *Rauscher*, FS Reinhold Geimer zum 80. Geb., 2017, S. 529, 534 f.

12 *Palao Moreno*, in: *Iglesias Buigues/Palao Moreno*, Sucesiones internacionales, 2015, Art. 1 Regl. Anm. 3.2.4.

13 *Dörner* (Fn. 2), S. 73, 81 Rn. 23 vermutet, dass diese Formulierung auf die Vertreter des Bundesjustizministeriums zurückgeht.

14 Siehe nur GA *Szpunar*, ECLI:EU:C:2017:965 Rn. 70.

15 *Palao Moreno* (Fn. 12), Art. 1 Regl. Anm. 3.2.4.

16 KG, ZEV 2017, 209 Rn. 23; *Döbereiner*, MittBayNot 2013, 358 (359); *Mankowski*, ZEV 2014, 121 (126). Ähnlich *Weber*, DNotZ 2016, 424 (429): Die EuGüVO äußere sich zur Abgrenzung zum Internationalen Erbrecht nur „*kursorisch*“.

17 Vgl. *Kowalczyk*, ZfRV 2013, 126 (128).

18 Siehe *Dutta*, FamRZ 2013, 452 sowie *Konvalin*, Das Europäische Nachlasszeugnis ohne europäischen Entscheidungseinklang, 2018, S. 103 f.

19 *Mankowski*, ZEV 2016, 479 (481 f.); *Weber*, DNotZ 2016, 659 (666); *Martiny*, ZfPW 2017, 1 (11) sowie *Rauscher*, FS Reinhold Geimer zum 80. Geb., 2017, S. 529, 538.

20 GA *Szpunar*, ECLI:EU:C:2017:965 Rn. 72.

21 *Mankowski*, ZEV 2016, 479 (480); *Baldovini*, iFamZ 2018, 39 (41).

22 Vgl. *Kowalczyk*, GPR 2012, 212; *Marino*, Riv. dir. int. 2012, 1114 (1116 f.).

23 Dahin aber *Dörner*, ZEV 2010, 221 (223); *C. Kohler/Pintens*, FamRZ 2010, 1481 (1483).

nichts,²⁴ beansprucht aber immerhin auch nicht ausdrücklich eine erbrechtliche Qualifikation. Dies spricht dafür, die bisherigen Qualifikationsmaßstäbe fortzuführen,²⁵ wenn nicht von der güterrechtlichen Flanke her europäisch zwingend etwas anderes verlangt wird – was nicht der Fall ist.²⁶ Erwägungsgrund (18) EuGüVO liefert sogar ein (wenn auch schwaches) positives Indiz für eine güterrechtliche Qualifikation.²⁷ Dass nichts erbrechtlicher sei als ein Erbteil,²⁸ blickt nur auf das Mittel. Mit noch besserem Recht kann man sagen, dass nichts güterrechtlicher sei als eine güterrechtliche Verteilung – und die güterrechtliche Nachlassbeteiligung geht einer erbrechtlichen Verteilung vor.²⁹ Erwägungsgrund (12) EuErbVO kann man als Vorrang des Güterrechts vor dem Erbrecht lesen,³⁰ bei dem indes eine flexible Lösung der Folgen erlaubt ist.³¹

Funktionelle Qualifikation muss weiterhin das güterrechtliche Ziel vor das erbrechtliche Mittel stellen.³² Die zum alten deutschen IPR entwickelten Sachargumente zugunsten einer güterrechtlichen Qualifikation halten einer Überprüfung jedoch auch unter dem neuen europäischen IPR stand und lassen sich daher fortschreiben:³³ Erstens ändert die EuErbVO nichts am güterrechtlichen, da spezifisch auf einen Güterstand bezogenen und auf einen pauschalierten Zugewinnausgleich im Todesfall gerichteten Zweck des § 1371 Abs. 1 BGB.³⁴ Insoweit besteht auch ein (enger) Zusammenhang mit den eherechtlichen Verhältnissen.³⁵ Die EuErbVO verschiebt die Grenzen zwischen güterrechtlichem Kern und erbrechtlichem Instrument nicht. Der Kern zählt weiterhin mehr und entfaltet größere Prägekraft als das bloße Instrument. Auch unionsrechtlich stehen Zweck und Telos vor Gestalt und Gewand.³⁶ Zudem die zum erbrechtlichen Viertel alternativen Instrumente für den Zugewinnausgleich aus § 1371 Abs. 2, Halbs. 1, Abs. 4 BGB unverändert fort und belegen weiterhin die Instrumentalisierung des erbrechtlichen Gewands für einen güterrechtlichen Zweck bei § 1371 Abs. 1 BGB.³⁷ Andernfalls drohte ein Konflikt mit dem *effet utile* der EuGüVO.³⁸

Europäisch lässt sich sogar ein neues Argument hinzufügen: Eine erbrechtliche Qualifikation würde über Art. 21 Abs. 1 EuErbVO zu einem Statutenwechsel infolge Aufenthaltswechsels des Erblassers führen und damit die Unwandelbarkeit von Folgen aus dem Güterstand unterminieren.³⁹ Indem es aus eigenen Stücken dem Güterrecht den Vortritt lässt, nimmt das Erbrecht auch hin, dass sich die Erbquote gegenüber der vom eigentlichen Erbstatut vorgesehenen verändern kann.⁴⁰ Dahinter muss zurückstehen, dass der Erblasser durch abweichendes Testieren die Zuteilung des vollen erbrechtlichen Viertels verhindern kann⁴¹ – jedoch bleibt dem Ehegatten die Erhöhung im Rahmen des eben nicht disponiblen, erbrechtlichen Pflichtteils.

Eine Doppelqualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB würde für eine Anwendung der Vorschrift weiterhin verlangen, dass deutsches Recht sowohl das Erbstatut als auch das Ehegüterstatut stellt⁴² und damit den Radius des § 1371 Abs. 1 BGB bei Sachverhalten mit Auslandsbezug massiv einengen.⁴³

Allerdings verschiebt sich praktisch, wer mit dem Qualifikationsproblem befasst ist: Mussten sich vor Wirksamwerden der EuErbVO deutsche Gerichte mit ausländischen Erblassern befassen, die in Deutschland lebten und unter deutschem Ehegüterstatut verheiratet waren, so müssen sich danach Gerichte in anderen Mitgliedstaaten der EuErbVO mit Erblassern herumschlagen, die im Foruminland lebten, aber unter deutschem Ehegüterstatut verheiratet waren.⁴⁴

2. Das Europäische Nachlasszeugnis und sein *effet utile*

Alle diese Überlegungen stellt der EuGH jedoch nicht an. Vielmehr konzentriert er sich auf das Europäische Nachlasszeugnis (ENZ) und dessen *effet utile*. Dem stellt er alles andere hintan. Dieser Ansatz zwingt zu einer vertieften Auseinandersetzung mit Ausgestaltung und Zweck der Vorschriften über das ENZ.

a) Ausgangspunkt(e)

In der EuErbVO findet man als explizite Aussage zum Verhältnis zwischen Güterrecht und ENZ nur Art. 68 Buchst. h) EuErbVO: Der Güterstand kann in einem ENZ informativ ausgewiesen werden, d.h. scheinbar ohne an der Ver-

-
- 24 *Lange*, ZErB 2012, 160 (161); *Vollmer*, ZErB 2012, 227 (229); s.a. *Bonomi*, in: *Bonomi/Wautelet*, *Le droit européen des successions*, 2. Aufl. 2016, Art. 1 Règl. Succ. Rn. 28; *Wautelet*, in: *Bonomi/Wautelet*, op. cit., Art. 68 Règl. Succ. Rn. 24 f.
- 25 OLG Schleswig, NJW 2014, 88; *Dörner*, ZEV 2010, 221 (223); *Schurig*, FS Ulrich Spellenberg, 2010, S. 343, 351 f.; *Martiny*, IPRax 2011, 437 (445); *Simon/Buschbaum*, NJW 2012, 2393 (2396); *Dutta*, FamRZ 2013, 4 (9); *ders.*, FamRZ 2013, 452; NK-BGB/*Looschelders* (Fn. 2), Art. 1 EuErbVO Rn. 30; *Looschelders*, IPRax 2016, 349 (351) sowie *Ludwig*, FamRB Int 2013, 10 (11 f.). Vgl. auch *Buschbaum/Kobler*, GPR 2010, 106 (108); *Bonomi*, YbPIL 13 (2011), 217 (219).
- 26 Eingehend zum Verhältnis zwischen EuErbVO und EuGüVO *Mankowski*, ZEV 2016, 479; *Weber*, DNotZ 2016, 424.
- 27 *Mankowski*, ZEV 2016, 479 (482) sowie *Müller-Lukoschek* § 2 Rn. 75. Zurückhaltender *Dörner*, IPRax 2017, 81 (84).
- 28 So *Margonski*, ZEV 2017, 212 (212).
- 29 *Dörner*, IPRax 2017, 81, 86; *ders.*, ZEV 2017, 211 (212).
- 30 *Geimer/Schütze/Schall/Simon*, Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, Losebl. 1973 ff., Art. 1 EuErbVO Rn. 24 (2016); zurückhaltender *Dörner*, ZEV 2012, 505 (507).
- 31 NK-BGB/*Looschelders* (Fn. 2), Art. 1 EuErbVO Rn. 34.
- 32 *Looschelders*, IPRax 2016, 349 (351). Anders im Ergebnis *GA Szpunar*, ECLI:EU:C:2017:965 Rn. 93.
- 33 *Dörner*, ZEV 2012, 505 (507); *dens.* (Fn. 2), S. 73, 77 f. Rn. 13; *Mankowski*, ZEV 2014, 121 (127 f.); *ders.*, ZEV 2016, 479 (483); *Burandt*, in: *Burandt/Rojahn*, Erbrecht, 2. Aufl. 2014, Art. 1 EuErbVO Rn. 5; *Deixler-Hübner/Schauer/Mankowski*, EuErbVO, 2015, Art. 1 EuErbVO Rn. 32; *MünchKomm-BGB/Dutta* (Fn. 9), Art. 1 EuErbVO Rn. 16; *Looschelders*, FS *Dagmar Coester-Waltjen*, 2015, S. 531, 534; NK-BGB/*Looschelders* (Fn. 2), Art. 1 EuErbVO Rn. 30 f.; *Dutta/Weber/Schmidt* (Fn. 9), Art. 1 EuErbVO Rn. 43 sowie *Geimer/Schütze/Odersky* (Fn. 30), Art. 23 EuErbVO Rn. 16.
- 34 Vgl. *Schurig*, FS Ulrich Spellenberg, 2010, S. 343, 352; *Rauscher*, in: *Rauscher*, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Bd. III, 2010, Einf. EG-ErbVO Rn. 8.
- 35 Übersehen von *GA Szpunar*, ECLI:EU:C:2017:965 Rn. 94.
- 36 *MünchKomm-BGB/Dutta* (Fn. 9), Art. 1 EuErbVO Rn. 16 unter Hinweis auf EuGH – Rs. 120/79, Slg. 1980, 731 Rn. 3, 5 – Jacques de Cavel/Louise de Cavel; EuGH – Rs. C-220/95, Slg. 1997, I-1147 Rn. 22–27 – Antonius van den Boogaard/Paula Laumen.
- 37 *Mankowski*, ZEV 2014, 121 (127).
- 38 *Von Hein*, Conflictflaws.net 17.04.2018.
- 39 *Dutta/Weber/Schmidt* (Fn. 9), Art. 1 EuErbVO Rn. 43; *Mankowski*, ZEV 2016, 479 (483).
- 40 Entgegen der Tendenz bei *Geimer/Schütze/Odersky* (Fn. 30), Art. 23 EuErbVO Rn. 17.
- 41 *GA Szpunar*, ECLI:EU:C:2017:965 Rn. 95.
- 42 OLG Stuttgart, ZEV 2005, 443; *Jeremias/Schäper*, IPRax 2005, 521; *Dutta/Weber/Schmidt* (Fn. 9), Art. 1 EuErbVO Rn. 41.
- 43 *Staudinger/Mankowski*, Art. 15 EGBGB Rn. 360; *ders.*, ZEV 2016, 479 (483); *Looschelders*, Die Anpassung im Internationalen Privatrecht, 1995, S. 315; *ders.*, IPRax 2009, 505 (509); *ders.*, FS *Bernd v. Hoffmann*, 2011, S. 266, 272 f.; *Dutta/Weber/Schmidt* (Fn. 9), Art. 1 EuErbVO Rn. 44.
- 44 *Dörner* (Fn. 2), S. 73, 78 f.; *ders.*, IPRax 2017, 81 (85); *Rauscher*, FS *Reinhold Geimer* zum 80. Geb., 2017, S. 529, 532; *Bandel*, ZEV 2018, 207 (208).

mutungswirkung des Art. 69 Abs. 2 EuErbVO teilzuhaben.⁴⁵ Formblatt V Anlage III Nr. 6 zur EuErbVO ist die Rubrik für die Angabe, welches Ehegüterrecht anwendbar ist. Dies geht über Art. 68 Buchst. h) EuErbVO eigentlich hinaus, ist aber sehr sinnvoll.⁴⁶

Die güterrechtliche Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB hätte eine notwendige Konsequenz: Die Erhöhung des Erbteils wäre im ENZ auszuweisen, um das Vertrauen auf die im ENZ angegebenen Quoten zu wahren.⁴⁷ Dies würde unter Nr. 8 der Anlage V zu Formblatt V geschehen.⁴⁸ Dieser Ausweis scheint eben nur informatorisch nach Artt. 65 Abs. 3 Buchst. m); 68 Buchst. h) EuErbVO erfolgen zu können, nicht dagegen nach Art. 68 Buchst. l) EuErbVO.⁴⁹ Wer volle Vermutungswirkung nach Art. 69 Abs. 2 EuErbVO verlässlich und sicher haben will, scheint erbrechtlich qualifizieren zu müssen.⁵⁰ Jedoch kann dieser Wunsch nicht umgekehrt die Qualifikation determinieren.⁵¹ Für eine erbrechtliche Zuordnung des erbrechtlichen Viertels im IPR bildet dies jedenfalls keine sichere Basis,⁵² denn das ENZ ist nur ein verfahrensrechtliches Instrument und eine Bescheinigung ohne konstitutive Wirkung.⁵³ Die Europäisierung des Internationalen Ehegüterrechts erleichtert oder verändert insoweit nichts.⁵⁴

b) Art. 69 Abs. 2, 2. Alt. EuErbVO

Indes verdient Art. 69 Abs. 2 EuErbVO nähere Betrachtung. In seinem Satz 1 stellt er eine Richtigkeits-, in seinem Satz 2 eine Vollständigkeitsvermutung zugunsten eines ENZ auf. Das Vorbild des § 2365 BGB ist offensichtlich.⁵⁵ Art. 69 Abs. 2 Satz 1 EuErbVO gewährt vermutete Richtigkeit für die Sachverhalte (elements, éléments), die nach dem auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendenden Recht oder einem anderen auf spezifische Sachverhalte anzuwendenden Recht festgestellt wurden. Die volle Vermutungs- und Legitimationswirkung des ENZ erstreckt sich also keineswegs nur auf erbrechtlich zu qualifizierende und den Kollisionsnormen der EuErbVO unterfallende Sachverhalte.⁵⁶ Die zweite Variante des Art. 69 Abs. 2 Satz 2 EuErbVO wirft vielmehr die Frage auf, was denn mit „*einem anderen auf spezifische Sachverhalte anzuwendenden Recht*“ gemeint sein könnte und ob dies nicht auch das Ehegüterrechtsstatut meinen könnte. Eine erste Hilfestellung scheint der zweite Teil von Erwägungsgrund (71) Satz 2 EuErbVO zu bieten: „[...] es sollte die Vermutung gelten, dass es die Sachverhalte zurecht ausweist, die nach dem auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendenden Recht oder einem anderen auf spezifische Sachverhalte anzuwendenden Recht festgestellt wurden, wie beispielsweise die materielle Wirksamkeit einer Verfügung von Todes wegen.“ Das Testamentserrichtungsstatut des Art. 24 EuErbVO ist also ein Beispiel. Indes enthält Erwägungsgrund (71) Satz 2 EuErbVO gerade keine abschließende Aufzählung und schließt nicht expressis verbis aus, dass auch das Ehegüterrechtsstatut gemeint sein könnte. Der nächste Blick muss Erwägungsgrund (71) Satz 3 EuErbVO gelten: „Die Beweiskraft des Zeugnisses sollte sich nicht auf Elemente beziehen, die nicht durch diese Verordnung geregelt werden, wie etwa die Frage des Status oder die Frage, ob ein bestimmter Vermögenswert dem Erblasser gehörte oder nicht.“ Mit Blick auf das Ehegüterrechtsstatut ist man damit wieder auf die Frage zurückgeworfen, ob Art. 1 Abs. 2 Buchst. d) EuErbVO auch das erbrechtliche Viertel ausschließt oder nicht.⁵⁷ Erwägungsgrund (71) Satz 3 EuErbVO fügt dem nichts Eigenes hinzu.⁵⁸ Er trägt die Aussage, dass Art. 69 Abs. 2 EuErbVO, obwohl Norm in der EuErbVO, auch für solche spezifischen

Sachverhalte gelten kann, die Kollisionsnormen außerhalb der EuErbVO unterliegen.⁵⁹ Er besagt jedoch selber nichts darüber, wann solche Kollisionsnormen greifen und wann nicht. Qualifikationsfragen entscheidet er nicht, sondern setzt deren anderweitige Entscheidung durch andere Normen voraus, der er folgt. Im Lichte von Art. 68 Buchst. h) EuErbVO ist zudem zu betonen, dass erbrechtliche Einflüsse des Ehegüterrechts nicht zu den in Erwägungsgrund (71) Satz 3 aufgeführten, ausdrücklich aus der EuErbVO ausgegrenzten Beispielen zählen.⁶⁰ Art. 68 Buchst. h) EuErbVO führt eben eine güterrechtliche Frage im Katalog auf und durchbricht damit und insoweit die generelle Ausgrenzung durch Art. 1 Abs. 2 Buchst. d) EuErbVO.⁶¹

c) Parallele mit und zu Art. 67 Abs. 1 Satz 1 EuErbVO

Systematische Auslegung wiederum führt zur Forderung nach einem parallelen Verständnis von Art. 69 Abs. 2 EuErbVO einerseits und Art. 67 Abs. 1 Satz 1 EuErbVO andererseits, weil beide Normen gleichermaßen den Terminus eines bzw. jedes „*anderen auf spezifische Sachverhalte anzuwendenden Recht[s]*“ verwenden.⁶² Art. 67 Abs. 1 Satz 1 EuErbVO gründet wiederum auf dem Regel- und Grundfall, dass die Ausstellungsbehörde sich nach Prüfung des Antrags von dessen Richtigkeit und Vollständigkeit überzeugt hat⁶³ (also genau den beiden Kategorien, die Art. 69 Abs. 2 EuErbVO abbildet). Bei Art. 67 Abs. 1 Satz 1 EuErbVO liegt jedoch mehr

45 Siehe nur NK-BGB/Nordmeier (Fn. 2), Art. 68 EuErbVO Rn. 20; Wautelet, in: Bonomi/Wautelet (Fn. 24), Art. 68 Règl. Succ. Rn. 25.

46 Rauscher/Hertel, EuZPR/EuIPR, Bd. V, 4. Aufl. 2016, Art. 69 EuErbVO Rn. 20; vgl. auch Buschbaum/Simon, ZEV 2012, 525 (526).

47 Dörner (Fn. 2), S. 73, 81 Rn. 23; NK-BGB/Nordmeier (Fn. 2), Art. 68 EuErbVO Rn. 20.

48 NK-BGB/Nordmeier (Fn. 2), Art. 68 EuErbVO Rn. 20 mit Formulierungsbeispiel.

49 Dörner, IPRax 2017, 81 (85–88); ders., ZEV 2017, 211 (212) sowie GA Szpunar, ECLI:EU:C:2017:965 Rn. 113–125. Vgl. aber Rauscher, FS Reinhold Geimer zum 80. Geb., 2017, S. 529, 542 f. m.w.N.

50 In sich konsequent GA Szpunar, ECLI:EU:C:2017:965 Rn. 102.

51 Entgegen GA Szpunar, ECLI:EU:C:2017:965 Rn. 102.

52 Im Ergebnis anders aber Süß, ZEuP 2013, 725 (743); Kleinschmidt, RabelsZ 77 (2013), 723 (757); Dutta/Weber/Fornasier (Fn. 9), Art. 63 EuErbVO Rn. 30.

53 Weber, DNotZ 2018, 16 (23).

54 Dörner, IPRax 2017, 81 (85 f.). Optimistischer MünchKomm-BGB/Dutta (Fn. 9), Art. 63 EuErbVO Rn. 8; Looschelders, JR 2016, 199 f.; NK-BGB/Looschelders (Fn. 2), Art. 1 EuErbVO Rn. 30.

55 Iglesias Buigues/Palao Moreno/Rodríguez Sánchez (Fn. 12), Art. 69 Regl. Anm. 3 (S. 553).

56 Dahin aber GA Szpunar, ECLI:EU:C:2017:965 Rn. 100 f.

57 Ähnlich Wautelet, in: Bonomi/Wautelet (Fn. 24), Art. 69 Règl. Succ. Rn. 25.

58 Wautelet, in: Bonomi/Wautelet (Fn. 24), Art. 69 Règl. Succ. Rn. 25.

59 Kleinschmidt, RabelsZ 77 (2013), 725 (755); MünchKomm-BGB/Dutta (Fn. 9), Art. 67 EuErbVO Rn. 11; Dutta/Weber/Fornasier (Fn. 9), Art. 69 EuErbVO Rn. 6.

60 BeckOGK-BGB/Jessica Schmidt, Art. 69 EuErbVO Rn. 14.

61 BeckOGK-BGB/Jessica Schmidt, Art. 69 EuErbVO Rn. 14; Pamboukis/Stamatiadis (Fn. 11), Art. 69 Succ. Reg. Rn. 10 sowie Dörner (Fn. 2), S. 73, 82 Rn. 24; vgl. auch NK-BGB/Nordmeier (Fn. 2), Art. 68 EuErbVO Rn. 20.

62 Wautelet, in: Bonomi/Wautelet (Fn. 24), Art. 69 Règl. Succ. Rn. 18; Budzikiewicz, in: Calvo Caravaca/Davi/Mansel, The EU Succession Regulation, 2016, Art. 69 EU Succession Regulation Rn. 6.

63 Omlor, GPR 2014, 216, 218; NK-BGB/Nordmeier (Fn. 2), Art. 67 EuErbVO Rn. 5.

als nahe, dass er Vorfragen einschließlich des Ehegüterrechtsregimes erfasst.⁶⁴

d) Widerleglichkeit der aus Art. 69 Abs. 2 EuErbVO fließenden Vermutungen

Beide Vermutungen aus Art. 69 Abs. 2 EuErbVO sind oben drein widerleglich.⁶⁵ Die Vermutungswirkung soll das unvermeidliche Spannungsverhältnis zwischen Schutz des Rechtsverkehrs und materieller Rechtslage aufzulösen; sie soll es demjenigen, der sich auf das Europäische Nachlasszeugnis beruft, ersparen, bei jeder Vorlage die Richtigkeit des Inhalts beweisen zu müssen.⁶⁶ Die Vermutungswirkung kann auch aus rechtlichen Gründen entfallen, insbesondere wenn aus Sicht des Mitgliedstaats der Zeugnisverwendung andere Rechtsvorschriften anwendbar sind, auch solche güterrechtlicher Natur, und dadurch Störungen des internationalen Entscheidungseinklanges entstehen.⁶⁷ Das Europäische Nachlasszeugnis ist eben nur deklaratorisches Beweismittel, während die materielle Rechtsposition sich nicht konstitutiv nach ihm bestimmt, sondern aus dem jeweils berufenen Sachrecht ergibt.⁶⁸ Anderweitig nicht hergestellten Entscheidungseinklang vermag es nicht herzustellen.⁶⁹

e) Keine Notwendigkeit, ein ENZ als Teilzeugnis auszustellen

Eine Notwendigkeit, ein „Dreiviertel-ENZ“ als Teilzeugnis auszustellen, besteht in keinem Fall,⁷⁰ denn auch eine informatorische Erwähnung eines güterrechtlichen Viertels macht die Gesamtverteilung klar – nur dass es eben nicht an der Vermutungswirkung teilnehmen würde. Zugestanden wäre misslich, wenn dies bei jedem Fall auftreten würde, in dem ein in Deutschland lebender Erblasser mit seinem Ehegatten im deutschen gesetzlichen Güterstand gelebt hätte und von diesem intestat beerbt würde, obwohl dann deutsches Recht in aller Regel sowohl Erb- als auch Ehegüterrechtsstatut wäre.⁷¹ Dem vermöchte eine sachgerechte Auslegung des Art. 69 Abs. 2 EuErbVO jedoch zu wehren.

f) Unterschiedliche Angaben im ENZ und im nationalen Erbausweis

Das ENZ ist zwar strukturell wichtiger Baustein der EuErbVO. Jedoch verdrängt es nationale Erbnachweise nicht. Ein Zwang zur ausschließlichen Erteilung und Verwendung eines ENZ besteht nicht. Vielmehr koexistiert das ENZ mit den nationalen Erbnachweisen. Für die nationalen Erbnachweisen gilt aber weder Art. 69 Abs. 2 noch Art. 68 Buchst. h) EuErbVO, denn beides sind spezifisch und nur für das ENZ geltende Normen, auch keiner analogen Anwendung fähig, zumal in den nationalen Erbverfahrensrechten je eigene Regeln über die Beweiskraft oder Vermutungswirkung des jeweiligen nationalen Erbnachweises bestehen.

g) Enges Verständnis des Art. 68 Buchst. h) EuErbVO

Ein möglicher Ausweg aus dem Dilemma scheint bisher noch nicht bedacht worden zu sein: Könnte man Art. 68 Buchst. h) 3. Alt. EuErbVO nicht ganz wörtlich verstehen? Er verlangt *Angaben* zum ehelichen Güterstand, *les renseignements* concerning the matrimonial property regime, *les renseignements* concernant le régime matrimonial, *información* relativa al régimen económico matrimonial, *i dati* relativi al regime patrimoniale tra coniugi, *informações* relativas ao regime matrimonial de bens, *information* om makarnas förmögenhetsförhållanden, *informatie* betreffende het huwelijks-

vermögensstelsel, *informacje* o małżeńskim ustroju majątkowym, *informații* privind aspectele patrimoniale ale regimului matrimonial, *informace* o úpravě majetkových poměrů. Eine *Angabe* zum Güterstand als solchem und allein könnte aber bereits „Zugewinnsgemeinschaft“, „Errungenschaftsgemeinschaft“, „herausgeschobene Gütergemeinschaft“ usw. lauten. Detailangaben zu Wirkungen und Folgen des jeweiligen Güterstands würde dies noch nicht umfassen. Andererseits scheint eine solche Einzelangabe nicht mit dem Plural „Angaben“, „renseignements“, „dati“ usw. konform zu gehen.⁷² Was aber verlangt Art. 68 Buchst. h) EuErbVO? Explizite Aufschlüsselung der möglicherweise erbrechtsrelevanten Konsequenzen? Im Extremfall unter Aufführen der einschlägigen Normen? Das drohte im Verhältnis zum langen Katalog der Pflichtangaben jedes Verhältnis zu sprengen. Hier würde es materiell, während zu den anderen Tatbeständen nur eher knappe formelle Angaben verlangt wären. Müsste, wenn man eine Aufschlüsselung verlangen wollte, nicht auch ein gesetzliches Nießbrauchsrecht an der Ehwohnung aufgeführt werden, das ja mindestens wirtschaftlich die Verfügungsmacht der Erben über die Wohnung massiv vermindern würde?

III. Umfeldbetrachtungen

1. Relativ isolierter Stand der Zugewinnsgemeinschaft in rechtsvergleichender Perspektive

Rechtsvergleichend betrachtet ist die Zugewinnsgemeinschaft nicht weit verbreitet. Gütertrennung und Errungenschaftsgemeinschaft, ja selbst die Gütergemeinschaft sind international verbreiteter. Im Gegenteil sind das deutsche, das schweizerische und das griechische Recht die einzigen bedeutsameren Rechtsordnungen, welche die Zugewinnsgemeinschaft mit ihrem charakteristischen Errungenschaftsausgleich per Anspruch nach Eheende in reiner Form zum gesetzlichen Gü-

64 Schauer, in: Deixler-Hübner/Schauer (Fn. 33), Art. 67 EuErbVO Rn. 18; Geimer/Schütze/Dorsel (Fn. 30), Art. 67 EuErbVO Rn. 3; Kreße, in: Calvo Caravaca/Davi/Mansel (Fn. 62), Art. 67 EU Succession Regulation Rn. 3; Pamboukis/Stamatiadis (Fn. 11), Art. 69 Succ. Reg. Rn. 18. Vgl. aber auch Budzikiewicz, in: Calvo Caravaca/Davi/Mansel (Fn. 62), Art. 69 EU Succession Regulation Rn. 6, die dies auf vereinheitlichte EU-Kollisionsnormen beschränken und nationale Kollisionsnormen ausklammern will.

65 Siehe nur Janzen, DNotZ 2012, 484 (493); Dutta, FamRZ 2013, 4 (12); Süß, ZEuP 2013, 725 (745); Padovini, in: Franzina/Leandro (a cura di), Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa, 2013, S. 191, 200; Köhler, in: Kroiß/KHorn/Solomon, Nachfolgerecht, 2014, Art. 69 EuErbVO Rn. 3; Lange, in: Dutta/Herrler (Hrsg.), Die Europäische Erbrechtsverordnung, 2014, S. 161, 168 Rn. 23; Iglesias Buigues/Palao Moreno/Rodríguez Sánchez (Fn. 12), Art. 69 Regl. Anm. 3 (S. 556); Pamboukis/Stamatiadis (Fn. 11), Art. 69 Succ. Reg. Rn. 11.

66 Geimer/Schütze/Dorsel (Fn. 30), Art. 69 EuErbVO Rn. 6.

67 Dutta/Weber/Fornasier (Fn. 9), Art. 69 EuErbVO Rn. 8.

68 Goossens/Verbeke, in: van Calster (dir.), Themis Internationaal Privaatrecht, 2012, S. 132 n°. 74; Dorsel, ZErB 2014, 216; Lange (Fn. 66), S. 161, 168 Rn. 23; Wautelet, in: Bonomi/Wautelet (Fn. 24), Art. 69 Règl. Succ. Rn. 13; Budzikiewicz, in: Calvo Caravaca/Davi/Mansel (Fn. 62), Art. 69 EU Succession Regulation Rn. 1 sowie Schauer, in: Deixler-Hübner/Schauer (Fn. 33), Art. 69 EuErbVO Rn. 6.

69 Vgl. Konvalin (Fn. 18), S. 107.

70 Entgegen Süß, ZEuP 2013, 725 (742 Fn. 57).

71 Süß, ZEuP 2013, 725 (742).

72 Sprachen, die wie das Englische „information“ als singulare tantum konstruieren, haben insoweit aus der Betrachtung auszuscheiden.

terstand erhoben haben.⁷³ Selbst Mischformen und Hybride zwischen Errungenschafts- und Zugewinnngemeinschaft haben in den jeweils betroffenen Rechtsordnungen andere Etiketten. Auf viel Verständnis im Ausland können die Besonderheiten der Zugewinnngemeinschaft zumal deutschen Zuschnitts daher mangels dortiger eigener Erfahrungen nicht zählen. Im Gegenteil waltet der Zugewinnngemeinschaft deutschen Zuschnitts gegenüber aus ausländischer Sicht ein horror alieni.

2. Der Blick von außen betont das Gewand

Speziell für das erbrechtliche Viertel mag man die Außensicht von außerhalb Deutschlands so formulieren: Wenn etwas so aussieht wie eine Ente, läuft wie ein Ente und quakt wie eine Ente – dann ist es auch eine Ente. Wer dagegen argumentieren will, dass es sich in Wahrheit um einen als Ente verkleideten Fuchs handelt, hat es schwer, durchzudringen (selbst wenn er Recht hat). Der Blick von außen fällt eben vornehmlich⁷⁴ auf das – unbezweifelbar erbrechtliche – Gewand und tat dies seit jeher.⁷⁵ Die möglicherweise andere – nämlich güterrechtliche – Substanz darunter vermöchte er nur zu erkennen, wenn er das Gewand durchdringender Röntgenblick wäre. Eindringtiefe erforderte Aufwand und Lerninvestitionen (für eine Norm wie § 1371 BGB, der anerkanntermaßen ein gesetzgeberischer Missgriff ist).⁷⁶ Die abweichende Außenperspektive hätte unter einem neuen europäischen Rechtsakt ein Warnsignal für die Innenperspektive sein sollen.⁷⁷ Ausländische Rechte kennen durchaus Erweiterungen des Erbrechts des überlebenden Ehegatten zum Zweck des güterrechtlichen Ausgleichs; sie ordnen diese aber erbrechtlich ein.⁷⁸

3. Konkret: der polnische Blick

Psychologisch war sicherlich kein Vorteil, dass Generalanwalt *Szpunar*, dessen Schlussanträge die Linie der letztlichen Entscheidung stark prägten und gerade an den entscheidenden Stellen wörtlich übernommen wurden, aus Polen stammte. Denn insbesondere aus Polen hatten sich in der jüngeren Diskussion mehrere Stimmen für eine erbrechtliche Qualifikation des erbrechtlichen Viertels ausgesprochen.⁷⁹ Überspitzt formuliert: GA *Szpunar* zitierte mehr *Margonski* aus Polen als *Dörner*, *Dutta* und *Mankowski* aus Deutschland. Der ihm und seinem Stab heimische polnische Sprachgrund trug so viele Ähren, dass er darob die Ernte im deutschsprachigen Feld geringer ausfallen ließ. (Andererseits brachte GA *Szpunar* als vormaliger Professor für Internationales Privatrecht eine bessere persönliche Qualifikation für Mahnkopf mit als jeder andere Generalanwalt.)⁸⁰ Vor die von dieser mindestens angemessene Kompetenz der deutschen Innenansicht zur besseren Einsicht über ihr eigenes Recht⁸¹ schob sich eine Sprachbarriere.⁸² Insbesondere gerieten wichtige systematische Zusammenhänge innerhalb des deutschen Rechts und vor allem § 1371 Abs. 2–4 BGB aus dem Blickwinkel.⁸³

4. Mühen einer güterrechtlichen Qualifikation für ausländische Rechtsanwender

Eine güterrechtliche Qualifikation würden ausländischen Rechtsanwendern einiges abverlangen und sie teilweise mit Fragen konfrontieren, auf die man in Deutschland keine wirklich überzeugende Antwort in den fünfzig Jahren gefunden hat, seitdem § 1371 Abs. 1 BGB durch das

Gleichberechtigungsgesetz 1957 geschaffen wurde.⁸⁴ Art. 4 EuErbVO und Art. 21 EuErbVO führen zu einem prinzipiellen Gleichlauf von internationaler Zuständigkeit und anwendbarem Erbrecht, weil sie beide denselben Anknüpfungspunkt verwenden. Unter ihnen liegt die Entscheidung in den Händen von Richtern, deren nationales Erbrecht von der güterrechtlichen Pauschale modifiziert werden soll.⁸⁵ Diesen Richtern liegt die Konfliktlösung zwischen Verwandten- und Ehegattenerbrecht innerhalb ihrer eigenen Erbrechtsordnung näher als die güterrechtlichen Prinzipien des deutschen Rechts.⁸⁶

5. Prophetische Qualitäten deutscher Notare?

Die internationalerbrechtliche Debatte wird in Deutschland so stark von Notaren bestimmt wie in keinem anderen Land, erst recht in keinem anderen Mitgliedstaat der EuErbVO, außer Österreich (Frankreich ist weit zurückliegender Dritter). Viele wichtige Beiträge stammen von Notaren oder stehen gar in den in anderen Ländern fast gänzlich fehlenden Notarzeitschriften. Die deutschen Notare haben aber keine gute Trefferquote bei den virulenten, vor den EuGH gelangten Streitständen unter der EuErbVO:⁸⁷ Das Vindikationslegat hat der EuGH in *Kubicka* entgegen ihrem erbitterten

73 Siehe *Dutta*, FS Dieter Martiny, 2014, S. 67. Vgl. auch *Boele-Woelki/Martiny* (eds.), Principles of European family law regarding property relations between spouses, 2013, als Ergebnis der einschlägigen Arbeit der Commission on European Family Law und *Brudermüller/Dauner-Lieb/Meder* (Hrsg.), Wer hat Angst vor der Errungenschaftsgemeinschaft?, 2013. *Hertel*, in: Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl. 2015, Teil 7 Kap. 2 Rn. 41; *Rauscher/Hertel* (Fn. 46), Art. 69 EuErbVO Rn. 21 ist großzügiger und schlägt auch das schweizerische und das türkische Recht zur Zugewinnngemeinschaft „im weiteren Sinne“.

74 Originell, aber vereinzelt *Marino*, Riv. dir. int. 2012, 1114 (1120 f.); unterhaltsrechtliche Qualifikation des erbrechtlichen Viertels.

75 *Derstadt*, IPRax 2001, 84 (89 f.); *Odersky*, notar 2014, 22 (23); *Gottwald/Henrich/Schwab/Grziwotz/Reimann/Dutta/Döbereiner*, Erbfälle unter Geltung der Europäischen Erbrechtsverordnung, 2014, S. 139, 143 (aus französischer Sicht) sowie OGH, ZfRV 1997/37, 118 = IPRax 1999, 112 (darin sieht eine erbrechtliche Qualifikation *Dörner*, IPRax 1999, 125 [126]). Diese Gefahr prognostizierte bereits *Ferid*, FamRZ 1957, 70 (73).

76 *Bärnmann*, AcP 157 (158/59), 145 (181–198); *Müller-Freienfels*, JZ 1957, 685; *Leipold*, AcP 180 (1980), 160 (176); *Muscheler*, Erbrecht, 2010, Rn. 1423; MünchKomm-BGB/*Koch*, Bd. 6, 7. Aufl. 2016, § 1371 BGB Rn. 3–7; *Reinhard Zimmermann*, RabelsZ 82 (2016), 39 (57).

77 Siehe *Süß*, in: *Süß* (Hrsg.), Erbrecht in Europa, 3. Aufl. 2015, § 3 Rn. 89; *Dutta/Weber/Fornasier* (Fn. 9), Art. 63 EuErbVO Rn. 30. *Fornasier* besaß als Piemonteser besondere Sensibilität für dieses Signal. Vgl. auch NK-BGB/*Looschelders* (Fn. 2), Art. 1 EuErbVO Rn. 31 mit Rn. 29.

78 *Kleinschmidt*, RabelsZ 77 (2013), 723 (758 f.).

79 *Kowalczyk*, GPR 2012, 212; *dies.*, ZfRV 2013, 126; *Margonski*, ZEV 2017, 212.

80 Siehe die internationalprivatrechtliche „Kurzvorlesung“ zu Qualifikation und Anpassung in GA *Szpunar*, ECLI:EU:C:2018:89 Nr. 59–67.

81 Recht deutlich *Dörner*, IPRax 2017, 81 (85).

82 Zur sprachlichen Zersplitterung der Unionsrechte *Hatje/Mankowski*, EuR 2014, 10.

83 GA *Szpunar*, ECLI:EU:C:2018:89 erwähnt § 1371 Abs. 2, Abs. 3 BGB nur in Nr. 50 f. und in Nr. 63 Fn. 13, geht auf sie aber in der eigentlichen Argumentation Nr. 68–107 nicht mehr ein.

84 *Dörner* (Fn. 2), S. 73, 80 Rn. 18.

85 *Süß* (Fn. 77), § 3 Rn. 90.

86 *Süß* (Fn. 77), § 3 Rn. 90.

87 Beim Vindikationslegat und beim erbrechtlichen Viertel teile ich ihr Schicksal; siehe *Deixler-Hübner/Schauer/Mankowski* (Fn. 33), Art. 1 EuErbVO Rn. 25–34 zum einen und Rn. 78–86 sowie die Nachweise in Fn. 2 zum anderen.

Widerstand⁸⁸ erbrechtlich qualifiziert⁸⁹ und das auf Art. 1 Abs. 2 Buchst. l) EuErbVO gestützte Bollwerk beiseitegeschoben.⁹⁰ Das erbrechtliche Viertel qualifiziert der EuGH jetzt in Mahnkopf entgegen ihrem mehrheitlichen Widerstand⁹¹ erbrechtlich.⁹² Die internationale Zuständigkeit für Erbscheinsverfahren wird der EuGH in Oberle entgegen ihrem erbitterten Widerstand⁹³ erbrechtlich qualifizieren und der EuErbVO unterstellen.⁹⁴ Die europäische Generallinie leuchtet hell und klar: Dem effet utile europäischer Normen nützt deren größtmögliche Anwendung typischerweise am meisten. Der Vereinheitlichungseffekt ist umso größer, je mehr dem vereinheitlichten Rechtsakt unterfällt. Konsequent werden die europäischen Regimes extensiv und damit im Nullsummenspiel zu Lasten der nationalen Regimes verstanden.

IV. Der Blick nach vorn

1. Grundsätzliches

Die verlorene Schlacht um das erbrechtliche Viertel zu beklagen hilft letztlich nichts. Sie ist eben geschlagen und verloren. Die Autorität zu Luxemburg hat gesprochen. Sie hat so klar und eindeutig gesprochen, dass am Ergebnis ihres Spruchs nichts zu deuteln ist (was sie wahrlich nicht immer tut). Für die deutsche Praxis gilt es also, den Blick nach vorn zu richten und nach den aus Mahnkopf zu ziehenden Konsequenzen zu fragen. Zu Teilen scheint dies paradoxerweise zu heißen: zurück in die 1950er und 1960er. Denn damals gab es noch eine nennenswerte Minderheitsmeinung in der deutschen Diskussion, die sich für eine erbrechtliche Qualifikation des erbrechtlichen Viertels aussprach.⁹⁵ Theoretisch vermöchte die Ausformulierung von Folgen unter diesem Ansatz jetzt, nach Mahnkopf, eine gewisse Hilfestellung zu bieten. Indes wurde die erbrechtliche Qualifikation zuerst häufig deutsch-internrechtlich propagiert, in ersten Übersichts- und Besprechungsaufsätzen zum GIBerG in der Zeit unmittelbar nach dessen Inkrafttreten.⁹⁶ Soweit Sachverhalte mit Auslandsbezug in den Blick gerieten, betonte der erbrechtliche Ansatz stärker seine negative Komponente, Alternative zur abzulehnenden güterrechtlichen Qualifikation zu sein, als dass er sich positiv bemüht hätte, seine eigenen Folgen auszuformulieren.⁹⁷ Die Qualifikationskontroverse um die damals neue Vorschrift war noch nicht in voller Schärfe und – vor allem – Tiefe entbrannt. Die Hilfestellung aus jener Frühzeit kann schon deshalb nicht besonders stark sein. Zudem muss man sie notwendig noch durch einen zusätzlichen Filter schicken, nämlich ob sie unter den heutigen europäischen Vorgaben so wie seinerzeit formuliert noch gelten kann. Unter beiden Aspekten bleibt: Die Gefahr ist, dass bei einem ausländischen Erbstatut kein erbrechtlicher Ausgleich stattfindet. Dann muss das deutsche Recht, wenn es das Güterrechtsstatut stellt, mit der güterrechtlichen Festsetzung eines güterrechtlichen Ausgleichs nach §§ 1373 ff. BGB helfen.⁹⁸ Der Ehegatte hat, was er sonst erbt, und dazu den güterrechtlichen Ausgleichsanspruch nach § 1371 Abs. 2–4 BGB; das wahrt die Basisfairness.⁹⁹ Die Besonderheit besteht darin, dass bei ausländischem Erbstatut der überlebende Ehegatte seinen deutschgüterrechtlichen Ausgleichsanspruch geltend machen muss, um seine volle Rechtsposition zu materialisieren, und sich auch damit begnügen muss.¹⁰⁰

Nach Mahnkopf können sich trotzdem Anpassungs- und Substitutionsprobleme ergeben, die als Folge einer erbrechtlichen Qualifikation des erbrechtlichen Viertels aus einer

Kombination von ausländischem Güterrechtsstatut und deutschem Erbstatut resultieren.¹⁰¹ Umgekehrt haben sich diejenigen Anpassungs- und Substitutionsprobleme erledigt, die sich bei einer güterrechtlichen Qualifikation des erbrechtlichen Viertels aus einer Kombination von ausländischem Erbstatut und deutschem Güterrechtsstatut ergeben konnten.¹⁰² Insbesondere die Frage, ob „gesetzlicher Erbteil des Ehegatten“ für die Zwecke des § 1371 Abs. 1 BGB auch ein Legalnieß-

- 88 *Remde*, RNotZ 2012, 65 (81); *Simon/Buschbaum*, NJW 2012, 2393 (2394); *Hertel*, DNotZ 2012, 688 (690); *Odersky*, notar 2013, 3 (4); *Döbereiner*, MittBayNot 2013, 358 (360–362); *ders.*, GPR 2014, 42 (43); *ders.*, NJW 2015, 2449 (2452 f.); *ders.*, ZEV 2015, 559; *Volmer*, RPfeger 2013, 421 (426); *Lechner*, IPRax 2013, 497 (499 f.); *ders.*, ZErB 2014, 188 (194 f.). Aller Ehren wert das weitere, begründete Beharren bei *Weber*, DNotZ 2018, 16.
- 89 EuGH ECLI:EU:C:2017:755 Rn. 45–65 – Aleksandra Kubicka; GA *Bot*, ECLI:EU:C:2017:387 Nr. 54–74.
- 90 EuGH ECLI:EU:C:2017:755 Rn. 52–58 – Aleksandra Kubicka.
- 91 *Rauscher/Hertel* (Fn. 46), Art. 1 EuErbVO Rn. 21; *Weber*, DNotZ 2016, 424 (434); *ders.*, DNotZ 2016, 659 (666). Anders *Everts*, NotBZ 2014, 441 (448 f.).
- 92 EuGH, ErbR 2018, 324 Rn. 44 (in diesem Heft); GA *Szpunar*, ECLI:EU:C:2018:89 Nr. 68–108.
- 93 *Hertel*, ZEV 2013, 539 (541); *Dorsel*, ZErB 2014, 212 (220); *Buschbaum*, FS Dieter Martiny, 2014, S. 259, 267; *Fröhler*, BWNotZ 2015, 47; *Geimer/Schütze/Wall* (Fn. 30), Art. 4 EuErbVO Rn. 35 (2016) sowie *Odersky*, in: *Bergqvist/Damascelli/Frimston/Lagarde/Odersky/Reinhartz*, EuErbVO, 2015, Art. 4 EuErbVO Rn. 6.
- 94 Siehe bereits GA *Szpunar*, ECLI:EU:C:2018:89 Nr. 42–120.
- 95 *Schwörer*, Justiz 1957, 321 (325); *Knur*, DNotZ 1957, 451 (455); *Reinicke*, NJW 1957, 889 (892); *Rittner*, DNotZ 1958, 181 (189 f.); *Bärmann*, AcP 157 (1958/59) 145 (198); *Krüger/Breetzkel/Nowak*, GleichberG, 1958, Vor § 1371 BGB Anm. 2; *Raape*, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 1961, S. 336 f.; *Schwarz*, Der Zugewinn im Todesfall bei Anwendung ausländischen Erbrechts, 1964, S. 87; *Firsching*, Deutsch-amerikanische Erbfälle, 1965, S. 63; *ders.*, Einführung in das Internationale Privatrecht, 3. Aufl. 1987, S. 58; *Sielemann*, MittRhNotK 1969, 375; *Liehner*, MittRhNotK 1969, 465 (469); *Staudinger/Firsching*, BGB, Art. 24–26 EGBGB, 12. Aufl. 1981, Vor Art. 24 EGBGB [a.F.] Rn. 223; *Hering*, Die gesetzlichen Rechte des überlebenden Ehegatten in deutsch-kanadischen Erbfällen, 1984, S. 186 f.; *Firsching*, in: *Ferid/Firsching*, Internationales Erbrecht, Losebl., Deutschland Grdz. Rn. 71 (1990); *de Lewe* in: *Ferid/Firsching*, Internationales Erbrecht, Losebl., Deutschland Grdz. Rn. C 446 (2006).
- 96 Siehe *Schwörer*, Justiz 1957, 321 (325); *Knur*, DNotZ 1957, 451 (455); *Reinicke*, NJW 1957, 889 (892); *Rittner*, DNotZ 1958, 181 (189 f.); *Krüger/Breetzkel/Nowak* (Fn. 95), Vor § 1371 BGB Anm. 2.
- 97 Siehe *Bärmann*, AcP 157 (1958/59) 145, 198; *Raape* (Fn. 95), S. 336 f.; *Schwarz* (Fn. 95), S. 87; *Firsching* (Fn. 95), S. 63; *ders.*, IPR (Fn. 95), S. 58; *Sielemann*, MittRhNotK 1969, 375; *Liehner*, MittRhNotK 1969, 465 (469); *Staudinger/Firsching* (Fn. 95), Vor Art. 24 EGBGB [a.F.] Rn. 223; *Hering* (Fn. 95), S. 186 f.; *Firsching*, in: *Ferid/Firsching* (Fn. 95), Deutschland Grdz. Rn. 71 (1990).
- 98 *Bärmann*, AcP 157 (1958/59) 145, 199; *Firsching* (Fn. 95), S. 63 f.
- 99 *Braga*, FamRZ 1957, 334 (341); *Raape* (Fn. 95), S. 337. Letztlich offen *Konvalin* (Fn. 18), S. 105 f. Unter einer güterrechtlichen Qualifikation des erbrechtlichen Viertels noch anders *Clausnitzer*, Die güter- und erbrechtliche Stellung des überlebenden Ehegatten nach den Kollisionsrechten der Bundesrepublik Deutschland und der USA, 1986, S. 74 f.; *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006, S. 353; *Staudinger/Mankowski* (Fn. 2), Art. 15 EGBGB Rn. 356 f.; *Mankowski*, ZEV 2014, 121 (123).
- 100 *Raape* (Fn. 95), S. 337.
- 101 <https://www.famrz.de/redaktionsmeldungen/nun-also-auch-der-eugh-1371-abs-1-bgb-ist-erbrechtlich-zu-qualifizieren.html> (01.03.2018); Red., ErbR 2018, 203.
- 102 Zu ihnen *Staudinger/Dörner* (Fn. 2), Art. 25 EGBGB Rn. 36–46, 752–754; *Dörner* (Fn. 2), S. 73, 80 Rn. 18; *ders.*, IPRax 2017, 81 (85); NK BGB/Looschelders (Fn. 2), Art. 1 EuErbVO Rn. 33.

brauch sein kann,¹⁰³ kann sich jetzt nicht mehr stellen, weil bei erbrechtlicher Qualifikation § 1371 Abs. 1 BGB immer mit einem deutschen Erbstatut und dessen Erbquoten für den Ehegatten kombiniert ist. Dass nun eine erbrechtliche Grundqualifikation walten soll, ändert nichts daran, dass sich weiter schwierige Fragen stellen¹⁰⁴ und dass konkrete Unbilligkeiten insbesondere durch Anpassung aufzulösen sind.¹⁰⁵

2. Substitutionsprobleme

Die erbrechtliche Qualifikation führt nur dann zur Anwendbarkeit des § 1371 Abs. 1 BGB, wenn das deutsche Recht das Erbstatut stellt. Das deutsche Recht erhöht güterstandsabhängig den Erbteil des überlebenden Ehegatten. Es will dem überlebenden Ehegatten nach dem Todes des vorversterbenden Ehegatten mit erbrechtlichen Mitteln geben, was es ihm vor dessen Tod bei bestehender Ehe in der Zugewinnngemeinschaft versagt hat: eine reale Beteiligung am Vermögenszuwachs des vorversterbenden Ehegatten während der Ehe. Viele, wenn nicht die meisten Rechtsordnungen haben ihr Ehegüter- und ihr Erbrecht aufeinander abgestimmt,¹⁰⁶ sich dabei am Normalfall des reinen Inlandsfalls orientiert, dass sie sowohl das Ehegüter- als auch das Erbstatut stellen. Dieses Doppel wird aber in den Problemfällen mit Auslandsbezug auseinandergerissen, und es bleibt jeweils nur eine Komponente, also nur ein Teil, ein Ausschnitt, aus der von dem betreffenden Recht angestrebten Gesamtlösung. Ein weiteres Moment spielt hinein: Die Position des Ehegatten steht in einem Abwägungskontext zu jener der nahen Verwandten, insbesondere der Kinder, und nationale Gesetzgeber treffen unterschiedliche Abwägungs- und Wertungsentscheidungen, ob sie den überlebenden Ehegatten oder die nahen Verwandten bevorzugen wollen.¹⁰⁷

a) Substitution als Rechtsinstitut

Damit kommt das Rechtsinstitut der Substitution ins Spiel: Im Rahmen der Anwendung von Sachrecht wird ein von einer Sachnorm (Ausgangsnorm) vorausgesetztes normatives Tatbestandsmerkmal (Systembegriff) durch eine ausländische Gestaltung als erfüllt angesehen, indem die Tatbestandserfüllung im Ausland jener im Inland gleichgestellt wird.¹⁰⁸ Die Substitution erfolgt jeweils konkret-normbezogen, nicht abstrakt.¹⁰⁹ Substitution behandelt Fragen der Auslegung und gegebenenfalls Ergänzung von Sachnormen.¹¹⁰ Eine überbrückende Substitution hilft bei nicht völliger Kongruenz, aber Übereinstimmung im Wesentlichen. Damit eine Substitution stattfinden kann, müssen mehrere Voraussetzungen erfüllt sein: Erstens darf die Ausgangsnorm nicht geschlossen sein, d.h. ausschließlich für die Gestaltung des eigenen Rechts geöffnet sein.¹¹¹ Ob eine Norm geschlossen ist, muss ihre Auslegung nach den Maßstäben ihrer *lex normae* ergeben.¹¹² Geschlossene Normen kommen nur sehr selten vor. Normen sind geschlossen, wenn sie der Sache nach nur eine verkürzende Wiedergabe anderer Normen des Ausgangsrechts sind¹¹³ und in keinem anderen Sinn verstanden werden können. Zweitens muss der Auslandsvorgang dem Inlandsvorgang funktionell gleichwertig sein. Gefordert ist konkret-funktionale Äquivalenz von System- und Substitutionsbegriff.¹¹⁴ Eine gleichlautende Bezeichnung reicht dafür nicht aus, denn unter einer verführerisch gleich klingenden Bezeichnung können sich ganz verschiedene Inhalte verbergen.¹¹⁵ Der Substitutionsbegriff muss vielmehr für die *Rechtsfolge* des Systembegriffs prädestiniert sein.¹¹⁶ Dies folgt daraus, dass der Gesetzgeber bei dem Systembegriff spezifische rechtliche Voraussetzungen hinsichtlich notwendiger Voraussetzungen und auslösender Rechtsfolgen hat.¹¹⁷ Die funktio-

nale Äquivalenz beurteilt sich vornehmlich nach sozialer und ökonomischer Bedeutung der Begriffe.¹¹⁸ Funktionsvergleich heißt in erster Linie Wirkungsvergleich.¹¹⁹ Dem Rechtsanwender ist funktionale Rechtsvergleichung abverlangt.

b) Konkrete Substitutionsfragen

Das Substitutionsproblem liegt konkret bei der Kombination von ausländischem Güterrechtsstatut und deutschem Erbstatut auf der Hand:¹²⁰ Kaum ein ausländisches Güterrechtsstatut kennt die Zugewinnngemeinschaft. Gefordert ist trotzdem ein ausländischer Güterstand, welcher der Zugewinnngemeinschaft zumindest ähnlich ist.¹²¹ Ausländische Güterrechtsstatute gewähren entweder direkt eine dingliche Beteiligung, sei es am Vermögen des vorversterbenden Ehegatten (Gütergemeinschaft), sei es am Zuwachs des vorversterbenden Ehegatten (Errungenschaftsgemeinschaft), oder überhaupt keine Beteiligung (Gütertrennung).¹²² Eine auf die Ehebeendigung hinausgeschobene, bedingte Beteiligung, wie sie so typisch und charakteristisch ist für die Zugewinnngemeinschaft, gewähren sie dagegen üblicherweise nicht. Eine klassische Errungenschaftsgemeinschaft kann die Zugewinnngemeinschaft nicht substituieren.¹²³ Dingliche Errungenschaftsgemeinschaft während der Ehe und nachlaufender Errungenschaftsausgleich sind zweierlei. Selbst die aufgeschobene Errungenschaftsgemeinschaft der skandinavischen Rechtsordnungen führt zu einer dinglich-gegenständlichen Beteiligung und nicht zu einer bloßen wertbezoge-

103 Dörner (Fn. 2), S. 73, 80 Rn. 18.

104 Bärmann, AcP 157 (1958/59) 145 (199).

105 Firsching (Fn. 95), S. 64.

106 Siehe z.B. für die Schweiz *Rumo-Jungo*, in: Schmid (Hrsg.), Nachlassplanung und Nachlasserteilung, 2014, S. 123.

107 Siehe nur *Romano*, YbPIL 17 (2015/2016), 253 (275).

108 Lewald, Rec. des Cours 69 (1939 III), 1, 132; *ders.*, Règles générales des conflits de lois, 1941, S. 134 f.; *Mansel*, FS Werner Lorenz zum 70. Geb., 1991, S. 689; *Eichenhofer*, FS Günther Jahr, 1993, S. 435, 449; *Mankowski*, in: v. Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht I: Allgemeine Lehren, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 240 sowie KG, NJW-RR 1997, 1094 (1095) = FamRZ 1998, 308 (309).

109 *Rakob*, Ausländische Mobiliarsicherungsrechte im Inland, 2001, S. 42–44.

110 *Neuhaus*, Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, 2. Aufl. 1976, S. 352 (§ 46 Abs. 4); *Eichenhofer*, FS Günther Jahr, 1993, S. 435, 450.

111 *Mansel*, FS Werner Lorenz zum 70. Geb., 1991, S. 689, 697; *Rehm*, RabelsZ 64 (2000), 104 (106 f.); *Rakob* (Fn. 102), S. 45; *Mankowski*, in: v. Bar/Mankowski (Fn. 107), § 7 Rn. 243.

112 *Mansel*, FS Werner Lorenz zum 70. Geb., 1991, S. 689, 697.

113 *Schurig*, FS Gerhard Kegel zum 75. Geb., 1987, S. 549, 570.

114 Siehe nur BGH, IPRax 1990 S. 120 (121); BayObLG, IPRax 1990, 115 (117); *Hug*, Die Substitution im IPR – anhand von Beispielen aus dem internationalen Familienrecht, 1983, S. 113, 131 et passim; *Rakob* (Fn. 108), S. 45 f. et passim.

115 BayObLG, IPRax 1990, 115 (117); *Hug* (Fn. 113), S. 123.

116 *Wengler*, RabelsZ 8 (1934), 148 (162, 165).

117 *Mansel*, FS Werner Lorenz zum 70. Geb., 1991, S. 689, 697.

118 Siehe nur *Wolff*, Private International Law, 2. Aufl. 1950, Rn. 509; *Rehm*, RabelsZ 64 (2000), 104 (107).

119 *Hug* (Fn. 113), S. 131.

120 Dutta/Weber/Schmidt (Fn. 9), Art. 1 EuErbVO Rn. 44; Dutta/Weber/Fornasier (Fn. 9), Art. 63 EuErbVO Rn. 32; *Konvalin* (Fn. 18), S. 106. Nicht so aufgeworfen dagegen von *Weber*, DNotZ 2016, 424 (432).

121 *Hering* (Fn. 95), S. 186 f. Bejahend für das österreichische Recht DNotI-Report 2018, 49 (50 f.).

122 Überblicke für europäische Rechtsordnungen bieten etwa die Länderberichte in: Süß/Ring (Hrsg.), Eherecht in Europa, 3. Aufl. 2017.

123 Dutta/Weber/Fornasier (Fn. 9), Art. 63 EuErbVO Rn. 32.

nen.¹²⁴ Zudem ist die uskifte¹²⁵ in Dänemark und Norwegen eine prägende eigene Besonderheit, vergleichbar einem noch weiteren Aufschub.¹²⁶ In Lateinamerika wiederum gibt es unter dem nur scheinbar gemeinsamen Dach der Errungenschaftsgemeinschaft vielfältige, untereinander divergierende Versuche, eine angemessene Balance zwischen Güter- und Erbrecht herzustellen,¹²⁷ vom Verbot der Kumulation¹²⁸ bis zur Beschränkung des Ehegattenerbrechts auf persönliches Vermögen des Verstorbenen.¹²⁹ Erbrechtliche Regelungen, die an gesetzliche Güterstände anknüpfen, sind kaum verallgemeinerungsfähig,¹³⁰ sondern spezifisch. Gerade das erbrechtliche Viertel des § 1371 Abs. 1 BGB verwirklicht eine eigenwillige Mischlösung, indem es bei Beendigung der Ehe durch Tod die eigentlich wertmäßige Beteiligung in eine gegenständliche Beteiligung durch Erhöhung des Erbteils umschlagen lässt.¹³¹ Obendrein tut es dies unabhängig davon, ob der erstversterbende Ehegatte wirklich einen auszugleichenden Zugewinn erzielt hat. Das deutsche Recht ist in diesen beiden Punkten endgültig Solitär.¹³²

Um eine Überkompensation des überlebenden Ehegatten zu vermeiden, sollte man bei den Substitutionsmaßstäben und der funktionellen Vergleichbarkeit großzügiger sein und eben auf die Funktion im Groben, nicht auf das Ausgestaltungsdetail im Feinen sehen: Sofern der Ehegatte bereits güterrechtlich in letztlich dinglichen Ergebnissen partizipiert, sollte er erbrechtlich nicht nochmals Berechtigter sein.¹³³ Nießbrauchsberechtigungen ex lege über den Tod des vorversterbenden Ehegatten hinaus, insbesondere solche an der Ehwohnung, können indes selbst in diesem Rahmen ein praktisch relevantes Sonderproblem sein.

Eine Substitution erscheint bei § 1371 Abs. 2 BGB sachgerecht, um diesen als Ausgleichsgrundlage neben einem ausländischen Erbstatut zu aktualisieren: An die Stelle des zu ergänzenden deutschrechtlichen Pflichtteils muss der Erbteil nach dem ausländischen Erbstatut treten.¹³⁴

3. Anpassungsprobleme

Die Anpassung dient dazu, unbillige Ergebnisse aus der kombinierten Anwendung von EuErbVO und EuGüVO bzw. Art. 15 EGBGB zu vermeiden. In der Sache handelt es sich um eine Gesetzeskorrektur aus Gerechtigkeitsgründen: Trifft ein Güterrecht, das dem überlebenden Ehegatten nichts gibt, weil er erbrechtlich abgefunden wird, mit einem Erbrecht zusammen, das keine Erbportion enthält, weil der überlebende Ehegatte seinen Anteil am Gesamtgut oder ihren Ausgleichsanspruch hat, so würde der überlebende Ehegatte nichts erhalten, obwohl nach jedem der beiden beteiligten Rechte eine angemessene Versorgung vorgesehen ist (Normenmangel). Trifft umgekehrt ein Güterrecht, das dem überlebenden Ehegatte einen Anteil gibt, mit einem Erbrecht zusammen, das ihm eine Erbportion zuspricht, so erhält der überlebende Ehegatte mehr, als jedes der beiden Rechte, isoliert betrachtet, ihm gewähren würde (Normenhäufung).

Die Anpassung setzt schon als Institut eine Wertung voraus: Das infolge der Anwendung unterschiedlichen Güter- und Erbrechts erzielte Ergebnis muss aus Sicht des Rechtsanwenders manifest ungerecht sein, gewissermaßen nach einer Korrektur schreien. Damit reduziert sich der Kreis der Konstellationen, in denen eine Anpassung ernsthaft in Betracht kommt, deutlich. Kommt es zu einem Auseinanderfallen von

Güter- und Erbstatut, so hat man zunächst die Portion, die der überlebende Ehegatte in der Kombination erhält, mit jenen Portionen zu vergleichen, die er nach jedem einzelnen der beiden Sachrechte erhalten hätte, wenn das betreffende Recht als Güter- und Erbstatut berufen wäre.¹³⁵ Ergibt der Vergleich, dass die nicht korrigierte kombinierte Anwendung von Güter- und Erbstatut zu einer Portion führt, die der Höhe nach zwischen den von beiden Sachrechten gewährten Portionen liegt, so ist keine Anpassung nötig.¹³⁶ Anpassung ist eben diskretionär, Ermessensausübung und beinhaltet eine Toleranzgrenze.¹³⁷ Sie sucht ein relatives Optimum innerhalb eines Spielraums möglicher, eben nicht punktmäßig fixierter Ergebnisse.

Auch im Übrigen erscheint es zweckmäßig, die beiden Rechte in ihrer jeweils existierenden Gestalt, d.h. so, wie sie sind, nebeneinander anzuwenden, dabei aber eine obere und eine untere Grenze zu ziehen.¹³⁸ Im Falle der Normenhäufung darf der überlebende Ehegatte nicht mehr erhalten, als jedes der beiden Rechte, für sich genommen und quasi isoliert betrachtet, ihm gewähren würde; im Falle des Normenmangels muss dem überlebenden Ehegatten mindestens das (schuldrechtlich oder dinglich) zufließen, was er nach jedem der beiden Rechte, wären sie jeweils allein zur Anwendung berufen, erhalten würde. Dies hat den entscheidenden Vorteil der Praktikabilität und Einfachheit.¹³⁹ Insbesondere begründet es eine sehr akzeptable Lösung in allen jenen Fällen, in denen von einem echten Normenmangel gar nicht gesprochen werden kann, weil der Überlebende etwas erhält, aber weniger,

124 Dutta, FS Dieter Martiny, 2014, S. 67, 82.

125 Eingehend dazu Asland, Uskifte, 2008, insb. S. 64–79.

126 Scherpe, in: Reid/de Waal/Zimmermann (eds.), Intestate Succession, 2015, S. 307, 317 f.

127 Schmidt, in: Reid/de Waal/Zimmermann (eds.), Intestate Succession, 2015, S. 118, 144 f.

128 Art. 572 Abs. 1 Buchst. b) Codigó Civil Costa Rica; Art. 1078 Codigó Civil Guatemala.

129 Art. 3571 Codigó Civil Argentinien.

130 Zimmermann, RabelsZ 80 (2016), 39 (84 f.).

131 Dutta, FS Dieter Martiny, 2014, S. 67, 82.

132 Rechtsvergleichend zum Ehegattenerbrecht insb. Zimmermann, RabelsZ 80 (2016), 39.

133 Fornasier, FamRZ 2018, 634 f.

134 Raape (Fn. 95), S. 337.

135 Begrenzte Hilfe bietet insoweit der kombinierende Blick auf die Länderberichte in: Ferid/Firsching, Internationales Erbrecht, Losebl., zum einen und Bergmann/Ferid, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Losebl., zum anderen sowie für europäische Rechtsordnungen in: Süß (Hrsg.), Erbrecht in Europa, 3. Aufl. 2015, zum einen und Süß/Ring (Hrsg.), Eherecht in Europa, 3. Aufl. 2017, zum anderen. Die Frage bewegt sich genau auf der Grenze zwischen beiden Werken. Geographisch über Europa hinaus reichen auch die ausgewählten Länderberichte in: Reid/de Waal/Zimmermann (eds.), Intestate Succession, 2015. Zum österreichischen Recht auf den Punkt Berek, Ehegattenerbrecht, 2017.

136 Staudinger/Mankowski (Fn. 2), Art. 15 EGBGB Rn. 378; Staudinger/Dörner (Fn. 2), Art. 25 EGBGB Rn. 34; Dörner, IPRax 2017, 81 (82).

137 Dörner, IPRax 2017, 81 (85).

138 Staudinger/Gamillscheg, BGB, EGBGB, 10./11. Aufl. 1973, Art. 15 EGBGB Rn. 364; Thiele, FamRZ 1958, 397; Schurig, IPRax 1990, 389, 391; Soergel/Schurig, BGB, Bd. 10., 12. Aufl. 1996, Art. 15 EGBGB Rn. 40; Staudinger/Mankowski (Fn. 2), Art. 15 EGBGB Rn. 378; Staudinger/Dörner (Fn. 2), Art. 25 EGBGB Rn. 34, 717; Dörner, IPRax 2017, 81, 82, (83); Erman/Hobloch, BGB, 15. Aufl. 2017, Art. 15 EGBGB Rn. 37; Palandt/Thorn, BGB, 77. Aufl. 2018, Art. 15 EGBGB Rn. 26.

139 Staudinger/Mankowski (Fn. 2), Art. 15 EGBGB Rn. 379.

als dem Standard jedes einzelnen der beiden Rechte entsprechen würde.¹⁴⁰ Den rechnerischen Mittelwert dessen zu gewähren, was jedes der beiden Rechte gewährt hätte, wenn es allein als Erb- und Güterstatut berufen wäre,¹⁴¹ vermag nicht zu überzeugen. Es wäre eine willkürliche Setzung, die sich nur vordergründig auf den Weg des „goldenen Mittelmaßes“ berufen könnte.¹⁴²

Gegen eine offene kollisionsrechtliche Anpassung der Verweisungsnormen, d.h. entweder ausschließliche Berufung des Güterstatuts unter Einschluss seiner erbrechtlichen oder des Erbstatuts unter Einschluss seiner güterrechtlichen Normen¹⁴³ spricht, dass sie eine nicht abzustreitende Korrektur der EuErbVO und der EuGüVO (bzw. für Altfälle) des Art. 15 EGBGB bedeutet.¹⁴⁴ Wenn eine eindeutige Schwerpunktzuweisung möglich ist, muss dies bereits im Rahmen der Qualifikation erfolgen. Eine so eindeutige Schwerpunktzuweisung ist bei § 1371 Abs. 1 BGB aber gerade nicht möglich, sondern nur eine relative. Das gilt auch bei erbrechtlicher Grundqualifikation.¹⁴⁵ Eine kollisionsrechtliche „Anpassung“ muss sich in einer teleologischen Restriktion der einen und einer teleologischen Extension der anderen Kollisionsnorm niederschlagen, setzt also im Wege einer sogenannten funktionellen Qualifikation nur einen Schwerpunkt und weist den gesamten Sachverhalt einer einzigen Kollisionsnorm zu.¹⁴⁶ Muss man auf der Ebene der Qualifikation die Möglichkeit einer klaren und umfassenden Schwerpunktbildung verneinen, so kann man diese Entscheidung nicht gleich wieder auf der Ebene der Anpassung umstoßen.¹⁴⁷

4. (Weitgehende) Statutenharmonisierung zwischen Erb- und Ehegüterrechtsstatut durch die EuGüVO

Immerhin wird die EuGüVO dazu führen, dass es bei den unter sie fallenden (d.h. nach dem 29.01.2019 geschlossenen) Ehen seltener Statutendivergenz zwischen Ehegüterrechtsstatut und Erbstatut geben wird.¹⁴⁸ In den Fällen, in denen beide Ehegatten miteinander in demselben Staat leben und immer seit ihrer Eheschließung gelebt haben (und keiner von beiden eine wie auch immer geartete Rechtswahl vorgenommen hat), führen Art. 26 Abs. 1 Buchst. a) EuGüVO und Art. 21 Abs. 1 EuErbVO gleichermaßen zu dem Recht dieses Staates. Das sind glücklicherweise immer noch die Normalfälle. Die solcherart gelebte gemischtnationale Ehe verliert mit dem Schwenk zur Aufenthaltsanknüpfung als objektiver Normalanknüpfung im Internationalen Ehegüterrecht ihren Schrecken und ihr Störpotenzial.

Indes bleiben trotz Aufenthaltsprinzip als Grundprinzip beider Rechtsakte nicht zu unterschätzende Unterschiede in der konkreten Ausgestaltung:¹⁴⁹ Art. 26 Abs. 1 Buchst. a) EuGüVO hebt auf den *ersten gemeinsamen* gewöhnlichen Aufenthalt *der Ehegatten* ab, Art. 21 Abs. 1 EuErbVO dagegen auf den *letzten* gewöhnlichen Aufenthalt *des Erblassers*. Die Anknüpfungssubjekte sind verschieden. Vor allem sind aber die Anknüpfungzeitpunkte verschieden. Weil sich das Internationale Ehegüterrecht dem Unwandelbarkeitsgrundsatz verschreibt, führt jede grenzüberschreitende Aufenthaltsverlagerung eines Ehegatten während der Ehe, aber vor seinem Tod zu einer Divergenz von Erb- und Ehegüterrechtsstatut.¹⁵⁰ Ehegüterrechtliche Rechtswahl kann helfen, die Zahl relevanter Divergenzfälle weiter zu reduzieren.¹⁵¹

5. Änderungsbedarf im deutschen Recht?

Die europäischen Probleme um § 1371 Abs. 1 BGB haben zu verschiedenen Vorschlägen geführt, wie der deutsche Gesetzgeber auf sie reagieren sollte.¹⁵² Einerseits wurde eine gesetzliche Klarstellung im Ausführungsgesetz zur EuErbVO angeregt, dass bei Auslandsbezug zu EU-Mitgliedstaaten immer ein rechnerischer Zugewinnausgleich nach § 1371 Abs. 2 BGB durchzuführen sei.¹⁵³ Dem ist das IntErbRVfG nicht gefolgt.¹⁵⁴ Ob Mahnkopf eine entsprechende Diskussion auslöst (eigentlich wiederbelebt), bleibt abzuwarten.¹⁵⁵ Der Lösung kann man eine gewisse Eleganz jedenfalls nicht absprechen. Allerdings wären Konkretisierungen erforderlich, namentlich welche Stärke der Auslandsbezug als Mindestschwelle aufweisen müsste. Ein ausländisches Erbstatut sollte jedenfalls ausreichen. Jedenfalls wäre zu bedenken, dass die Lösung in jenen Fällen über das Ziel hinausschießt, in denen zwar ein Auslandsbezug besteht, aber deutsches Recht sowohl das Erbs als auch das Güterrechtsstatut stellt und deshalb keine realen Probleme auftreten. Dies würde immerhin alle gemischtnationalen Ehen betreffen, die in Deutschland gelebt werden.

Radikaler wäre die Lösung, § 1371 Abs. 1 BGB generell zu überdenken.¹⁵⁶ Letzteres kann aber kaum erfolgreich sein, wenn man nicht bereit ist, die gesamte Zugewinnngemeinschaft als gesetzlichen Güterstand in Frage zu stellen. Allein die Erbenstellung des überlebenden Ehegatten im Interesse des internationalen

140 Staudinger/Mankowski (Fn. 2), Art. 15 EGBGB Rn. 379.

141 Dafür v. Overbeck, NedTIR 1962, 368 f.

142 Staudinger/Mankowski (Fn. 2), Art. 15 EGBGB Rn. 380.

143 Dafür Müller-Freienfels, in: Lauterbach (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Erbrechts, 1969, S. 42, 53 f.; Schwarz, S. 130 f.; Staudinger/Firsching, BGB, Artt. 24–26 EGBGB, 12. Aufl. 1981, Vor Art. 24 EGBGB Rn. 231; Kropfoller, FS Murad Ferid zum 70. Geb., 1978, S. 279, 284; ders. (Fn. 98), S. 238–240; mit weiterer Differenzierung: Erbstatut bei Gütergemeinschaft von Todes wegen, Güterstatut bei Gütergemeinschaft unter Lebenden Kegel, Internationales Privatrecht, 7. Aufl. 1995, S. 265 f. (§ 8 Abs. 3 Satz 2); Soergel/Schurig (Fn. 137), Art. 15 EGBGB Rn. 39.

144 Staudinger/Mankowski (Fn. 2), Art. 15 EGBGB Rn. 382.

145 Siehe Firsching (Fn. 95), S. 63.

146 Looschelders, Die Anpassung im Internationalen Privatrecht, 1995, S. 195–213.

147 Staudinger/Mankowski (Fn. 2), Art. 15 EGBGB Rn. 382.

148 Ähnlich Pamboukis/Nikolaidis (Fn. 11), Art. 1 Succ. Reg. Rn. 30.

149 Bonomi, YbPIL 13 (2011), 217, 228; Kohler, RdC 359 (2012), 285, 466 f.; Mankowski, ZEV 2014, 121 (127 f.); Quinzá Redondo/Jacqueline Gray, AEDIPr XIII (2013), 513, 533 f., 537–539; Jacqueline Gray/Quinzá Redondo, in: Bergé/Francq/Gardeñez Santiago (eds.), Boundaries of European Private International Law, Bruxelles 2015, S. 615, 627, 629; MünchKomm-BGB/Dutta (Fn. 9), Art. 1 EuErbVO Rn. 16; Mankowski, ZEV 2016, 479 (486).

150 Bonomi, YbPIL 13 (2011), 217 (228); Mankowski, ZEV 2016, 479 (486).

151 Mankowski, ZEV 2014, 121 (127); Walther, GPR 2014, 325 (328); Heinig, DNotZ 2014, 251 (255); Deixler-Hübner/Schauer/Mankowski (Fn. 33), Art. 1 EuErbVO Rn. 34; Reimann, ZEV 2015, 410 (413); NK-BGB/Looschelders (Fn. 2), Art. 1 EuErbVO Rn. 30.

Skeptisch Rauscher, FS Reinhold Geimer zum 80. Geb., 2017, S. 529, 533 f.

152 Rauscher, FS Reinhold Geimer zum 80. Geb., 2017, S. 529, 536 f. macht Vorschläge, Anpassungs- und Substitutionsregeln in § 1371 Abs. 1 BGB aufzunehmen, auf dem Boden einer güterrechtlichen Qualifikation.

153 Dörner, ZEV 2012, 505 (508).

154 NK BGB/Looschelders (Fn. 2), Art. 1 EuErbVO Rn. 36.

155 Siehe bereits Bandel, ZEV 2018, 207 (208).

156 Lehmann, GPR 2014, 232 (236).

len Gleichklangs zu verschlechtern, wäre nicht sachgerecht,¹⁵⁷ sondern eine punktuelle Lösung, die nur ein Element aus einer verbundenen Struktur herausgreifen würde. Wenn man dem Problem denn das nötige Gewicht beimessen wollte, bliebe nur die große Lösung, den relativen Solitär Zugewinnsgemeinschaft an internationale Standards anzupassen. Indes gibt es auch international keinen Standard, der sich wirklich so durchgesetzt hätte, dass er die Mehrheit der Rechtsordnungen durchzöge. Vielmehr sucht jeder nationale Gesetzgeber für sich nach einer ihm passenden Lösung für seinen gesetzlichen Güterstand. Relativ am weitesten verbreitet ist die Errungenschaftsgemeinschaft, indes mit zu vielen Variationen, dass sich für sie auch nur ein ungefähres Leitbild herauskristallisiert hätte.

Schlussbetrachtung:

1. Für die Praxis sind die Würfel gefallen: Das autoritative Wort des EuGH in Mahnkopf setzt die verbindliche Orientierungsmarke, und das erbrechtliche Viertel des § 1371 Abs. 1 BGB ist fürderhin im europäischen IPR als erbrechtlich zu qualifizieren.
2. Die besseren Sachargumente sprechen trotzdem weiterhin für eine güterrechtliche Qualifikation.
3. Der EuGH verkürzt Artt. 69 Abs. 2; 67 Abs. 1 Eu-ErbVO und reklamiert zu Unrecht den *effet utile* des ENZ für eine erbrechtliche Qualifikation.

4. Auch die erbrechtliche Qualifikation des erbrechtlichen Viertels wirkt Substitutions- und Anpassungsprobleme auf, nur andere als die bisher in Deutschland ganz vorherrschende güterrechtliche Qualifikation. Letztere haben sich jetzt erledigt.
5. Zur wichtigsten Substitutionsfrage wird, wann man einen Güterstand aus einem ausländischen Ehegüterstatut, vorzüglich eine Form der Errungenschaftsgemeinschaft, als der deutschrechtlichen Zugewinnsgemeinschaft funktionell gleichwertig bewerten kann. Das dürfte angesichts des solitären Charakters der deutschrechtlichen Zugewinnsgemeinschaft kaum je zu bejahen sein.
6. Im güterrechtlich zu qualifizierenden § 1371 Abs. 2 BGB ist der dort eigentlich vorausgesetzte Pflichtteil gegebenenfalls durch einen minderen Erbteil ausländischen Rechts zu ersetzen.
7. Die nötige Fairness zugunsten des überlebenden Ehegatten muss beim Aufeinanderprallen von ausländischem Erb- und deutschem Ehegüterrechtsstatut einen Festsetzung des güterrechtlichen Ausgleichs nach §§ 1373 ff. BGB gewährleisten.

¹⁵⁷ Walther, GPR 2014, 325 (328 Fn. 40); NK-BGB/Looschelders (Fn. 2), Art. 1 EuErbVO Rn. 36 sowie Bandel, ZEV 2018, 207 (208).

Ausübung des Stifterrechts auf Vorstandsbestellung in einer Verfügung von Todes wegen nach Ausscheiden aus den Stiftungsorganen

zugleich Anmerkung zu den Urteilen des LG Aachen vom 20.06.2017 – 10 O 470/16 und des OLG Köln vom 02.03.2018 – 1 U 50/17*

Rechtsanwältin Dr. Anna Katharina Gollan, LL.M., Berlin**



Erbrecht und Stiftungsrecht weisen diverse Berührungspunkte auf. Insbesondere kann ein Erblasser in einer Verfügung von Todes wegen nicht nur eine Stiftung errichten oder mit Vermögen ausstatten, sondern hierin ggf. auch letztmals Stifterrechte ausüben. Das LG Aachen und nachfolgend das OLG Köln hatten jüngst Gelegenheit, sich mit den Voraussetzungen letztwillig ausübbarer Stifterrechte und Fragen der Organbesetzung von Stiftungen im Allgemeinen zu befassen.

I. Mögliche Ausgestaltung von Stifterrechten in Personalfragen in der Satzung

Viele Stifter möchten sich zu Lebzeiten oder auch im Rahmen letztwilliger Verfügungen die Einflussnahme auf „ihre“ rechtsfähige Stiftung vorbehalten, insbesondere in Personalfragen.

1. Ausgangslage

Der Stiftung als eigentümerloser Vermögensmasse sind mitgliederschafts- oder gesellschafterähnliche Einwirkungsmöglichkeiten

grds. fremd. Auch gesetzliche Stifterrechte existieren de lege lata allenfalls auf landesrechtlicher Grundlage als lebzeitige Vetorechte¹

* ErbR 2018, 358 (Ls), in diesem Heft.

** Die Autorin ist Fachanwältin für Steuerrecht bei P+P Pöllath + Partners. Sie ist Mitglied des Gesetzgebungsausschusses Erbrecht des Deutschen Anwaltsvereins und Dozentin im Master-Studiengang Erbrecht & Unternehmensnachfolge an der Universität Münster.

¹ Siehe § 6 Satz 2 Halbs. 2 BaWüStiftG, § 8 Abs. 1 Satz 3 BremStiftG, § 7 Abs. 2 Satz 2 SaarStiftG, § 9 Abs. 2 Satz 2 SächsStiftG.