CARL FRIEDRICH NORDMEIER

Zulässigkeit und Bindungswirkung gemeinschaftlicher Testamente im Internationalen Privatrecht

Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht 201

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

201

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt und Reinhard Zimmermann

Carl Friedrich Nordmeier

Zulässigkeit und Bindungswirkung gemeinschaftlicher Testamente im Internationalen Privatrecht

Unter besonderer Berücksichtigung der Rechte portugiesischsprachiger Länder

Mohr Siebeck

Carl Friedrich Nordmeier, geboren 1981; Studium der Rechtswissenschaft in Bonn, Porto Alegre (Brasilien) und Heidelberg; 2007 Promotion; Mitarbeiter am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg; Referendar am LG Darmstadt.

e-ISBN PDF 978-3-16-151368-2
ISBN 978-3-16-149655-4
ISSN 0720-1141 (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über *http://dnb.d-nb.de* abrufbar.

© 2008 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Held in Rottenburg gebunden.

Meinen Eltern

Meinem Bruder

Vorwort

Diese Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg im Wintersemester 2007/08 als Dissertation angenommen. Sie befindet sich auf dem Stand von Januar 2008.

Dank gebührt zuvorderst meinem hochverehrten Doktorvater, em. Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Erik Jayme, als dessen Assistent ich am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht vor, während und nach der Abfassung dieser Dissertation tätig sein durfte. Er hat das Thema dieser Arbeit angeregt und ihren Werdegang hervorragend betreut. Stets fand ich bei ihm ein offenes Ohr für meine Überlegungen und Fragen – selbst in der Bibliothek der Universität von Coimbra mit Blick auf den Mondego.

Für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens danke ich Prof. Dr. Christian Baldus. Seine Anmerkungen haben geholfen, die Arbeit an verschiedenen Stellen weiter zu verfeinern und abzurunden. Den Direktoren des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg, insbesondere Prof. Dr. Dr. h. c. Jürgen Basedow, danke ich für die Aufnahme der Dissertation in diese Schriftenreihe.

Die Erarbeitung und Durchdringung der lusophonen Rechte konnte nur mit Hilfe von Juristen, die in einem dieser Rechte beheimatet sind, gelingen. Ich danke Profa. Dra. Cláudia Lima Marques von der Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Brasilien, die bereits meinen zweisemestrigen Aufenthalt als Austauschstudent an ihrer Universität betreut hat. Herr Rafael Baretto Garcia versorgte mich mit Material und wichtigen Informationen über aktuelle Entwicklungen aus Brasília. Frau Sara Vera Jardim aus Lissabon ermöglichte mir umfangreichen Zugriff auf bedeutende Materialen des portugiesischen Rechts. Zum interlokalen Privatrecht der VR China war Dr. Baoshi Wang, Hunan Normal University, ein kompetenter Ansprechpartner. Frau Lisiane Feiten Wingert Ody und Frau Viviane Geraldes Ferreira erschlossen mir weitere, vor allem aktuelle Aspekte des brasilianischen Rechts.

In Prof. Dr. Augusto Jaeger Junior, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, fand ich einen stets gesprächsbereiten und äußerst interessierten Diskussionspartner, der mit profunden Kenntnissen und Verständnis für

die Perspektive des deutschen Juristen so manche Klippe der lusophonen Rechte zu umschiffen half.

Die Universität Heidelberg bot zur Erstellung dieser Dissertation ein hervorragendes Arbeitsumfeld. Zu danken habe ich den Angehörigen des Lehrstuhls von Prof. Dr. Dr. h. c. Peter-Christian Müller-Graff am Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht. Von dort gingen vor allem für den Abschnitt der Arbeit, der die Europäisierung des internationalen Erbrechts behandelt, wichtige Impulse aus.

Zum ganz überwiegenden Teil entstand diese Arbeit jedoch am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht. Die dort herrschende, freundlich-kollegiale Atmosphäre und das Interesse der Institutsangehörigen halfen, auch an schwierigen Stellen weder Überblick noch Motivation zu verlieren. Stellvertretend sei Frau Kristina Menzel und Herrn Robert Bayer gedankt, die „im Vorbeigehen" für – intellektuelle – Nahrung sorgten. Frau Gisela Gärtner rundete dieses Angebot mit weiterführenden Literaturhinweisen und Plätzchen ab.

Ein besonderer Dank gebührt meiner Büro-„Mitbewohnerin" Frau Kathrin Süß. Sie war nicht nur kompetente Ansprechpartnerin in allen Lebenslagen, sondern hat die Entstehung dieser Dissertation in vielerlei Hinsicht positiv beeinflusst. Insbesondere in der zeit- und arbeitsaufwendigen Phase kurz vor Abgabe war sie eine nicht zu ersetzende Stütze.

Es bleibt, meinen Eltern, Amely und Bodo Fritz Nordmeier sowie meinem Bruder Rolf Dietrich Nordmeier zu danken. Mein Bruder hat – trotz Fachfremdheit – beim Korrekturlesen geholfen. Meine Eltern haben nicht nur mein Dissertationsvorhaben, sondern meine gesamte Ausbildung materiell wie ideell stets unterstützt. Ihnen ist dieses Buch gewidmet.

Heidelberg, im Frühjahr 2008

Inhaltsübersicht

Einleitung 1

I. Einführung in das Thema 1
II. Offene Fragen 8
III. Fragestellung der Arbeit 14
IV. Die lusitanische Rechtsfamilie 16
V. Gang der Untersuchung 18

Kapitel 1: Grundlagen 20

I. Das gemeinschaftliche Testament nach deutschem Recht 20
II. Das gemeinschaftliche Testament in der historischen Perspektive .. 30
III. Das Verbot gemeinschaftlicher Testamente in ausländischen Rechten 34
IV. Das Verbot gemeinschaftlicher Testamente in lusophonen Ländern 36
V. Das deutsche Kollisionsrecht für gemeinschaftliche Testamente 48
VI. Qualifikation von Verbotsnormen 54
VII. Der Gegenstand der Qualifikation 55
VIII. Die Qualifikation ausländischer Verbote 64

Kapitel 2: Gemeinschaftliche Testamente von Testatoren derselben Staatsangehörigkeit 80

I. Portugal 80
II. Brasilien 112
Exkurs: Der Begriff des Wohnsitzes in Art. 10 bras. LICC 128
III. Kap Verde 165
IV. Angola, Guinea-Bissau, Mosambik und São Tomé und Príncipe .. 166
V. Die Sonderverwaltungsregion Macau der VR China 167
VI. Der indische Bundesstaat Goa 179
VII. Ergebnis zur Zulässigkeit 186

VIII. Bindungswirkung bei gemeinsamer ausländischer Staatsangehörigkeit ... 187
IX. Umdeutung von unzulässigen gemeinschaftlichen Testamenten ... 190
X. Konkludente Rechtswahl ... 192

Kapitel 3: Gemeinschaftliche Testamente bei divergierenden hypothetischen Erbstatuten ... 194

I. Fallkonstellationen ... 194
II. Begrifflichkeiten ... 196
III. Bisherige Lösungsansätze ... 198
IV. Kritik der Kumulationslösung ... 242
V. Ergebnisse bei Statutendivergenz ... 249

Kapitel 4: Gemeinschaftliche Testamente von eingetragenen Lebenspartnern ... 251

I. Das deutsche Kollisions- und Sachrecht ... 251
II. Fragestellungen an das ausländische Recht ... 256
III. Gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften in den lusophonen Rechten ... 259
IV. Ergebnisse ... 304

Kapitel 5: Die Europäische Perspektive ... 306

I. Die Europäisierung des Internationalen Erb- und Testamentrechts ... 307
II. Besondere Anforderungen ... 308
III. Bisherige Regelungsvorschläge ... 310
IV. Bewertung der Stellungnahmen und eigener Lösungsansatz ... 316
V. Vorschlag für eine europäische Kollisionsnorm ... 328
VI. Universelle Anwendbarkeit der Kollisionsnorm ... 329

Kapitel 6: Zusammenfassung der Ergebnisse und Ausblick ... 342

I. Resultate der Untersuchungen ... 342
II. Ausblick ... 345

Inhaltsverzeichnis

Vorwort VII
Inhaltsübersicht IX
Inhaltsverzeichnis XI
Abkürzungsverzeichnis XXV
Abkürzungen von Prozessarten XXX

Einleitung 1

I. Einführung in das Thema 1
1) Das Institut des gemeinschaftlichen Testaments 1
2) Erbfälle mit Auslandsbezug 2
3) Die Behandlung gemeinschaftlicher Testamente im deutschen Kollisionsrecht 3
a) Das Formstatut des Art. 26 Abs. 1–4 EGBGB 3
b) Das hypothetische Erbstatut des Art. 26 Abs. 5 S. 1 EGBGB ... 4
4) Das Verbot des gemeinschaftlichen Testaments durch andere, insbesondere die romanischen Rechtsordnungen 5
5) Das Verbot gemeinschaftlicher Testamente in portugiesischsprachigen Ländern 6
6) Ein praktischer Fall 7
II. Offene Fragen 8
1) Das Problem der Qualifikation ausländischer Verbote 8
a) Die Verbote des französischen, niederländischen und italienischen Rechts 9
b) Das portugiesische und das brasilianische Verbot 10
c) Die Konsequenzen für die Bindungswirkung 11
2) Eingetragene Lebenspartnerschaften 12
3) Die europäische Dimension 13
III. Fragestellung der Arbeit 14
IV. Die lusitanische Rechtsfamilie 16
V. Gang der Untersuchung 18

Kapitel 1: Grundlagen 20

I. Das gemeinschaftliche Testament nach deutschem Recht 20
1) Begriffsbestimmung 20
2) Das testamentum mere simultaneum 21
3) Das testamentum reciprocum 21
4) Das testamentum correspectivum 23
a) Die Bestimmung der Wechselbezüglichkeit 24
b) Die Rechtsfolgen der Wechselbezüglichkeit 26
aa) Beseitigung der Bindungswirkung 28
bb) Verfügungsfreiheit zu Lebzeiten 29
5) Ergebnis der Darstellung des gemeinschaftlichen Testaments nach deutschem Recht 29
II. Das gemeinschaftliche Testament in der historischen Perspektive .. 30
III. Das Verbot gemeinschaftlicher Testamente in ausländischen Rechten 34
IV. Das Verbot gemeinschaftlicher Testamente in den lusophonen Ländern 36
1) Portugal und Brasilien 36
2) Angola 37
3) Guinea-Bissau 37
4) Kap Verde 38
5) Mosambik 39
6) São Tomé und Prínicipe 40
7) Die Sonderverwaltungsregion Macau der Volksrepublik China 41
8) Der indische Bundesstaat Goa 43
9) Timor-Leste 44
a) Weitergeltung vorkonstitutionellen Rechts in Timor-Leste 45
b) Das aktuelle Internationale Privatrecht und Erbrecht von Timor-Leste 47
V. Das deutsche Kollisionsrecht für gemeinschaftliche Testamente 48
1) Das Testamentsformstatut nach Art. 1 Abs. 1 HTestFAbk bzw. Art. 26 Abs. 1–4 EGBGB 48
a) Das Verhältnis des HTestFAbk zu Art. 26 Abs. 1–4 EGBGB 48
b) Die Anwendbarkeit des Testamentsformstatuts auf gemeinschaftliche Testamente 50
c) Art. 1 Abs. 1 HTestFAbk bzw. Art. 26 Abs. 1 EGBGB als Sachnormverweisung 51
2) Inhaltliche Wirksamkeit nach Art. 26 Abs. 5 S. 1 EGBGB 51

3) Das Verhältnis von Art. 26 Abs. 5 S. 1 EGBGB zu Art. 25 Abs. 1 EGBGB ... 53
VI. Qualifikation von Verbotsnormen ... 54
VII. Der Gegenstand der Qualifikation ... 55
1) Die Qualifikation von Sachnormen ... 56
2) Argumente gegen die Qualifikation von Sachnormen und ihre Widerlegung ... 57
a) Fehlen einer dem Rechtsbegehren korrespondierenden Norm ... 58
b) Relevanz des Rechtsbegehrens, nicht der Sachnorm ... 58
c) Die Sachnorm als Resultat, nicht Gegenstand der Qualifikation ... 59
aa) Sachnormen als Spiegelbild von Rechtsfragen und Sachproblemen ... 59
bb) Die Anwendbarkeit der Sachnorm als Rechtsfolge der Kollisionsnorm ... 60
d) Die Qualifikation als Prozess ... 61
e) Die Probleme der zu stellenden Rechtsfrage ... 62
3) Ergebnis ... 64
VIII. Die Qualifikation ausländischer Verbote ... 64
1) Unterscheidung nach Sinn und Zweck der ausländischen Norm ... 64
a) Abgrenzung nach der Funktion der Norm ... 66
b) Methodisches Vorgehen ... 67
c) Behandlung von Zweifelsfällen ... 68
2) Unterscheidung von Zulässigkeit und Bindungswirkung ... 69
3) Unterscheidung nach den getroffenen letztwilligen Verfügungen ... 70
4) Qualifikation stets unter das hypothetische Erbstatut ... 70
5) Qualifikation stets unter das Formstatut ... 71
6) Europäische Tendenz zur Einordnung als Formfrage ... 72
7) Weitere Ansätze ... 73
a) Ansatz von Siehr ... 73
b) Ansatz von Lewald ... 73
c) Ergänzende Kriterien von Dörner ... 73
8) Kritik der herrschenden Ansicht ... 73
9) Stellungnahme und Erarbeitung eines eigenen Lösungsansatzes ... 75
a) Qualifikation stets als Formverbot? ... 75
b) Qualifikation stets als inhaltliches Verbot? ... 76
c) Abgrenzung nach Sinn und Zweck der Verbotsnorm ... 76
d) Behandlung von Zweifelsfällen ... 78

Kapitel 2: Gemeinschaftliche Testamente von Testatoren derselben Staatsangehörigkeit 80

I. Portugal 80
1) Sachrechtliche Ebene 82
a) Bisherige Untersuchungen aus deutscher Sicht 82
b) Die portugiesische Lehre 83
aa) Art. 2.181 port. CC bei Verfügungen zugunsten unterschiedlicher Dritter 84
bb) Der Schutzzweck von Art. 2.181 port. CC 85
cc) Wechselbezügliche Verfügen von Todes wegen in getrennten Testamenten 85
c) Ergebnis der Untersuchung der Sachnorm 87
2) Internationalprivatrechtliche Ebene 87
a) Das portugiesische Internationale Erbrecht – Quellenlage 88
aa) Die Regelungen des Internationalen Erbrechts im Código Civil 89
bb) Die Bestimmung des „persönlichen Rechts“ in Art. 31 port. CC 90
b) Die kollisionsrechtliche Einordnung von Art. 2.181 port. CC durch Acórdão vom 14. März 1979 des port. Supremo Tribunal de Justiça 90
aa) Der Inhalt des Urteils 91
bb) Die Bedeutung des Urteils 92
cc) Probleme der Anwendung des intertemporalen Rechts durch das port. Supremo Tribunal de Justiça 92
dd) Kritische Würdigung des Urteils 94
c) Die kollisionsrechtliche Einordnung von Art. 2.181 port. CC durch die portugiesische Lehre 95
d) Stellungnahme 97
e) Übernahme der portugiesischen Qualifikationsentscheidung 98
3) Prüfung des portugiesischen Internationalen Privatrechts 99
a) Die Sonderkollisionsnorm des Art. 64 lit. c) port. CC 100
b) Die Bestimmung des Anknüpfungsmoments des Art. 64 lit. c) port. CC – Die lei pessoal 100
c) Konkretisierung der lei pessoal auch durch Art. 31 Nr. 2 port. CC 102
d) Die „Zuständigkeit“ des deutschen Rechts nach Art. 31 Nr. 2 port. CC 104

aa) Praktische Erwägungen und weite Auslegung des Art. 31 Nr. 2 port. CC ... 104
bb) Der Abbruch der Verweisung im Ausland durch das portugiesische IPR ... 105
(1) Grundsatz der Sachnormverweisung ... 105
(2) Gesamtnormverweisung wegen Art. 18 Nr. 1 port. CC? ... 106
(3) Weitere Einschränkung des Renvoi durch Art. 19 Nr. 1 port. CC ... 107
(4) Zusammenfassende Betrachtung zum Abbruch der Verweisung durch das portugiesische Recht ... 108
cc) Auswirkungen für die Anwendung des Art. 31 Nr. 2 port. CC ... 108
e) Die Sonderbestimmung des Art. 2.223 port. CC ... 109
f) Ergebnis der kollisionsrechtlichen Prüfung ... 111
4) Gesamtergebnis für die Zulässigkeit gemeinschaftlicher Testamente mit Bezug zu Portugal ... 111
II. Brasilien ... 112
1) Beschreibung der Sachnorm ... 114
a) Art. 1.863 bras. CC bei Testamentserrichtung in verschiedenen Urkunden ... 116
b) Ausnahme vom Verbot gemeinschaftlicher Testamente in Art. 1.729 bras. CC? ... 117
2) Die Quellenlage im brasilianischen IPR ... 119
a) Das Internationale Erbrecht im bras. LICC ... 119
b) Das Verbot gemeinschaftlicher Testamente im Código Bustamante ... 120
aa) Position von Samtleben ... 122
bb) Die brasilianische Rechtsprechung ... 123
cc) Die brasilianische Lehre ... 123
dd) Ergebnis ... 124
c) Die Interamerikanische Konvention über Allgemeine Normen des Internationalen Privatrechts ... 125
d) Ergebnis zur Quellenlage ... 126
3) Konsequenzen für die Frage der Zulässigkeit gemeinschaftlicher Testamente aus Sicht des deutschen IPR ... 126
4) Erste Konstellation: Wohnsitz im Errichtungszeitpunkt in Deutschland ... 127

Exkurs: Der Begriff des Wohnsitzes in Art. 10 bras. LICC ... 128
1) Quellenlage ... 129
a) Das LICC ... 129

b) Staatsvertragliche Quellen 131
c) Der Código Civil – Art. 70 ff. bras. CC 131
2) Das Verhältnis der Quellen zueinander – Die Entwicklung eines kollisionsrechtlichen Wohnsitzbegriffs 133
3) Ein kollisionsrechtlich selbständiger Wohnsitzbegriff 135
4) Der Familienwohnsitz nach Art. 7 § 7 bras. LICC 136
5) Ausländische Wohnsitze aus der Sicht des brasilianischen Kollisionsrechts 138
6) Gesamtergebnis zum Wohnsitzbegriff nach brasilianischem Recht 139
a) Ausschluss der Rückverweisung durch den brasilianischen ordre public? 139
b) Die Fixierung des Anknüpfungszeitpunkts durch Art. 26 Abs. 5 S. 1 EGBGB 141
aa) Anknüpfung an den Wohnsitz im Errichtungszeitpunkt bei Statutenwechsel durch das brasilianische Kollisionsrecht? 141
bb) Reichweite der Fixierung des hypothetischen Erbstatuts durch Art. 26 Abs. 5 S. 1 EGBGB 143
(1) Beachtlichkeit eines späteren Statutenwechsels bei der Renvoiprüfung 144
(2) Unbeachtlichkeit eines späteren Statutenwechsels bei der Renvoiprüfung 145
(3) Entscheidung für die Unbeachtlichkeit eines späteren Statutenwechsels 146
cc) Konsequenzen für die Zulässigkeit gemeinschaftlicher Testamente bei Veränderung des Wohnsitzes nach der Errichtung 147
c) Ergebnis 148
5) Zweite Konstellation: Wohnsitz im Errichtungszeitpunkt in Brasilien 148
a) Die Qualifikation des Verbots gemeinschaftlicher Testamente durch das brasilianische Kollisionsrecht 149
aa) Die Qualifikation unter das Testamentsformstatut und Anwendung der Regel locus regit actum 151
bb) Qualifikation unter das Erbstatut des Art. 10 bras. LICC 152
b) Zwischenergebnis 154
c) Entwicklung in der brasilianischen Rechtsprechung – Tendenz zur Ausweitung des Testamentsformstatuts und des Grundsatzes locus regit actum 155

d) Ergebnis der Qualifikation des Art. 1.863 bras. CC durch das brasilianische Kollisionsrecht ... 157
e) Die Qualifikation von Art. 1.863 bras. CC durch das deutsche Kollisionsrecht ... 157
aa) Argumente für die Qualifikation unter das Testamentsformstatut ... 158
bb) Argumente für die Qualifikation unter das hypothetische Erbstatut ... 158
cc) Entscheidung ... 159
(1) Kein Widerspruch zu Art. 1.729 bras. CC ... 159
(2) Keine Bindungswirkung selbst bei letztwilligen Verfügungen in verschiedenen Urkunden ... 160
(3) Weitere Argumente ... 161
(4) Ergebnis ... 162
f) Variante: Wohnsitz der Testatoren im Errichtungszeitpunkt in Brasilien und im Todeszeitpunkt in Deutschland ... 162
aa) Heilung bei Statutenwechsel ... 163
bb) Heilung nach tatsächlichem Erbstatut ... 163
cc) Keine Heilung durch Statutenwechsel ... 163
dd) Eigene Position ... 164
4) Gesamtergebnis zur Zulässigkeit gemeinschaftlicher Testamente mit Bezug zu Brasilien ... 165
III. Kap Verde ... 165
IV. Angola, Guinea-Bissau, Mosambik und São Tomé und Príncipe ... 166
V. Die Sonderverwaltungsregion Macau der VR China ... 167
1) Das Kollisionsrecht von Macau ... 167
2) Grundsätzliche Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt ... 169
3) Kollisionsrechtliche Probleme aufgrund der Stellung Macaus als Sonderverwaltungsregion der VR China ... 169
a) Die VR China als Staat mit mehreren Teilrechtsgebieten ... 170
b) Chinesisches Binnenkollisionsrecht ... 172
aa) Analoge Anwendung des chinesischen IPR auf interlokale Rechtskollisionen ... 172
(1) Die Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts der VR China ... 174
(2) Die versuchsweise durchgeführten Ansichten des Obersten Volksgerichts ... 174
(3) Fehlen einer Kollisionsnorm für Zulässigkeit und Bindungswirkung gemeinschaftlicher Testamente ... 176
bb) Die engste Verbindung nach Art. 4 Abs. 3 S. 2 EGBGB ... 177

c) Ergebnis der kollisionsrechtlichen Prüfung 178
4) Ergebnis zur Zulässigkeit gemeinschaftlicher Testamente mit Bezug zu Macau 178
VI. Der indische Bundesstaat Goa 179
1) Die Geltung des India Succession Act, 1925 179
2) Indien als Staat mit mehreren Teilrechtsgebieten 181
3) Das Internationale Erbrecht des portugiesischen Código Civil von 1867 182
a) Art. 24 port. CC/1867 182
b) Art. 1.961 port. CC/1867 183
c) Das Verhältnis von Art. 24 port. CC/1867 und Art. 1.961 port. CC/1867 184
3) Die Qualifikation des Verbots gemeinschaftlicher Testamente, Art. 1.753 port. CC/1867 185
4) Ergebnis zur Zulässigkeit gemeinschaftlicher Testamente mit Bezug zu Goa 185
VII. Ergebnis zur Zulässigkeit 186
VIII. Bindungswirkung bei gemeinsamer ausländischer Staatsangehörigkeit 187
1) Portugiesisches Recht und die ihm folgenden Rechte von Angola, Guinea-Bissau, Kap Verde, Mosambik und São Tomé und Príncipe 188
2) Brasilien 189
3) Macau und Goa 190
4) Ergebnis 190
IX. Umdeutung von unzulässigen gemeinschaftlichen Testamenten 190
X. Konkludente Rechtswahl 192

Kapitel 3: Gemeinschaftliche Testamente bei divergierenden hypothetischen Erbstatuten 194

I. Fallkonstellationen 194
II. Begrifflichkeiten 196
III. Bisherige Lösungsansätze 198
1) Kumulation der hypothetischen Erbstatute 198
2) Distributive Anwendung der hypothetischen Erbstatute 199
3) Auswirkung der Theorien auf Fälle mit Bezug zu lusophonen Rechtsordnungen 199
a) Kumulative Rechtsanwendung 200
b) Distributive Rechtsanwendung 200

4) Die Frage der Nichtigkeit der Verfügung des Testators mit ausländischem hypothetischem Erbstatut als Vorfrage des § 2270 Abs. 1 BGB ... 202
a) Der Begriff der Vorfrage und seine Abgrenzung ... 202
aa) Teilfrage ... 203
bb) Erstfrage ... 203
cc) Vorfrage ... 204
b) Nichtigkeit nach § 2270 Abs. 1 BGB als Vorfrage ... 204
aa) Konkretisierung der Vorfrage ... 205
bb) Die Behandlung der Vorfrage im deutschen Kollisionsrecht ... 205
5) Abstützung des gefundenen Ergebnisses durch die Datumtheorie ... 206
a) Die Grundlagen der Datumtheorie ... 207
aa) Moral data ... 208
bb) Local data ... 209
(1) Erfüllung eines Tatbestandsmerkmals im Ausland ... 209
(2) Das weite Verständnis von local data ... 211
(a) Die strenge Zweistufentheorie ... 212
(b) Die Verallgemeinerung der Zweistufentheorie ... 212
cc) Maßstab für die Ermittlung von local data ... 213
dd) Parallelen zur Theorie der Gegenrechtslagen ... 214
b) Anwendung der Datumtheorie auf § 2270 Abs. 1 BGB ... 215
aa) Die Auslegung von § 2270 Abs. 1 BGB ... 215
bb) Berücksichtigung der ausländischen Nichtigkeit als local datum ... 216
6) Zwischenergebnis bei distributiver Rechtsanwendung ... 218
7) Substitution der Nichtigkeit nach § 2270 Abs. 1 BGB durch ausländisches, lusophones Recht bei Annahme einer Vorfrage ... 218
a) Substitutionsprüfung und Vorfrage ... 219
aa) Der weite Substitutionsbegriff ... 220
bb) Einwände gegen die Substitutionsprüfung im Rahmen der Vorfrage ... 221
cc) Ergebnis zum Verhältnis von Substitution und Vorfrage ... 223
b) Die Voraussetzungen der Substitution ... 224
aa) „Offenheit" der Sachnorm ... 224
bb) Funktionale Gleichwertigkeit ... 225

cc) Überprüfung der funktionalen Gleichwertigkeit der Nichtigkeitsbegriffe nach § 2270 Abs. 1 BGB und der Verbote gemeinschaftlicher Testamente lusophoner Rechte 226
(1) Der Nichtigkeitsbegriff nach § 2270 Abs. 1 BGB 226
(2) Die Nichtigkeit als Rechtsfolge eines Verstoßes gegen das Verbot gemeinschaftlicher Testamente der lusophonen Rechtsordnungen 228
(a) Portugal 228
(aa) Nichtigkeit nach Art. 294 port. CC als Rechtsfolge von Art. 2.181 port. CC 228
(bb) Substitution der Nichtigkeit nach § 2270 Abs. 1 BGB durch die Nichtigkeit nach portugiesischem Recht 230
(b) Brasilien 232
(aa) Nichtigkeit nach Art. 166 Nr. 7 bras. CC als Rechtsfolge von Art. 1.863 bras. CC 232
(bb) Substitution der Nichtigkeit nach § 2270 Abs. 1 BGB durch die Nichtigkeit nach § 166 Nr. 7 bras. CC 237
(c) Substitution der Nichtigkeit in § 2270 Abs. 1 BGB durch die Nichtigkeit der übrigen lusophonen Rechtsordnungen 238
8) Ergebnis bei selbständiger Anknüpfung des Merkmals der Nichtigkeit als von § 2270 Abs. 1 BGB aufgeworfener Vorfrage 239
9) Berücksichtigung der Nichtigkeit nach ausländischem Recht durch die Datumtheorie – Abgrenzung zur Substitution 240
10) Anwendungsbeispiel 241
11) Konsequenzen der verschiedenen Theorien 242
IV. Kritik der Kumulationslösung 242
1) 1. Fallgruppe: Gemeinschaftliches Testament nach ausländischem Recht zwar zulässig, aber nicht bindend 243
2) 2. Fallgruppe: Verbot des gemeinschaftlichen Testaments nach ausländischem Recht – Qualifikation der Verbotsnorm als zur Form gehörig 244
3) 3. Fallgruppe: Verbot des gemeinschaftlichen Testaments nach ausländischem Recht – Qualifikation der Verbotsnorm als zum Inhalt gehörig 245
4) Die Kumulation der hypothetischen Erbstatute als Korrekturmechanismus 245

a) Der Grundsatz der distributiven Rechtsanwendung nach Art. 26 Abs. 5 S. 1 EGBGB 245
b) Die Legitimationslücke der kumulativen Theorie 247
5) Ablehnung der Kumulationslösung 248
V. Ergebnisse bei Statutendivergenz 249

Kapitel 4: Gemeinschaftliche Testamente von eingetragenen Lebenspartnern 251

I. Das deutsche Kollisions- und Sachrecht 251
1) Die sachrechtliche Ausgestaltung 251
2) Die kollisionsrechtliche Behandlung 253
a) Die Anwendung der allgemeinen Vorschriften nach Art. 17b Abs. 1 EGBGB 254
b) Art. 26 EGBGB als „allgemeine Vorschrift" nach Art. 17b Abs. 1 254
II. Fragestellungen an das ausländische Recht 256
a) 1. Frage an das ausländische Sachrecht: Existenz eines funktional gleichwertigen Rechtsinstituts? 256
b) 2. Frage an das ausländische Kollisionsrecht: Verstoß gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaften gegen den ordre public? 256
c) Die Bedeutung der Registerfähigkeit ausländischer gleichgeschlechtlicher Partnerschaften 257
d) Das Verhältnis der beiden Fragen zueinander 258
III. Gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften in den lusophonen Rechten 259
1) Portugal 260
a) Gleichgeschlechtliche Partnerschaften als união de facto - Grundlagen 260
aa) Unterschiede zur deutschen eingetragenen Lebenspartnerschaft 261
(1) Geschlechterunabhängigkeit 261
(2) Entstehen durch faktisches Zusammenleben 262
(3) Auflösung auch durch den Willen der Partner 263
bb) Registerfähigkeit 263
cc) Die „ökonomische Gemeinschaft" als der união de facto nahestehendes Rechtsinstitut 264
b) Erbrechtliche Konsequenzen der união de facto und der eingetragenen Lebenspartnerschaft im Vergleich 265
c) Konsequenzen für die Behandlung gemeinschaftlicher Testamente eingetragener Lebenspartner 266

aa) Eingreifen des portugiesischen ordre public 266
(1) Die portugiesische ordre-public-Klausel 267
(2) Nichteingreifen des portugiesischen ordre public 267
(3) Übertragbarkeit der für gemeinschaftliche Ehegattentestamente gefundenen Ergebnisse 268
bb) Funktionale Gleichwertigkeit der eingetragenen Lebenspartnerschaft und der união de facto 269
d) Ergebnis für gemeinschaftliche Testamente eingetragener Lebenspartner mit Bezug zu Portugal 271
2) Brasilien 271
a) Anerkennung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften als união estável 271
aa) Rechtliche Ausgangslage 271
bb) Position für die Anerkennung als união estável 273
(1) Anerkennung als união estável wegen verfassungsrechtlicher Grundwerte 274
(2) Andere Begründungsversuche 275
cc) Position gegen die Anerkennung als união estável 276
(1) Anerkennung als schuldrechtliche sociedade de fato durch die höchstrichterliche Rechtsprechung 276
(2) Bestätigung dieser Rechtsprechung 277
(3) Korrektur abweichender untergerichtlicher Entscheidungen 279
dd) Ergebnis 279
ee) Folgeproblem bei der Anerkennung als sociedade de fato 280
ff) Registrierbarkeit der sociedade de fato 282
b) Konsequenzen für die Behandlung gemeinschaftlicher Testamente gleichgeschlechtlicher Lebenspartner mit Bezug zu Brasilien 283
aa) Gemeinschaftliche Testamente eingetragener Lebenspartner 283
(1) Der brasilianische ordre-public-Vorbehalt, Art. 17 bras. LICC 284
(2) Nichteingreifen des brasilianischen ordre public 285
(3) Übertragbarkeit der für gemeinschaftliche Ehegattentestamente gefundenen Ergebnisse 286
bb) Gemeinschaftliche Testamente von Partnern, die in einer sociedade de fato leben 287
3) Macau 288
a) Anerkennung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften als união de facto 288

b) Kollisionsrechtliche Behandlung – die Sonderkollisionsnorm Art. 58 mac. CC ... 289
c) Ergebnisse ... 291
4) Angola ... 292
a) Anerkennung gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaften als união de facto ... 292
b) Verstoß gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaften gegen den ordre public ... 293
5) Mosambik ... 294
6) Kap Verde ... 296
a) Geschlechterverschiedenheit als konstitutives Merkmal der união de facto nach kap-verdischem Recht ... 297
aa) Beschränkung im Wortlaut des Gesetzes ... 297
bb) Enge Auslegung der Voraussetzungen der faktischen Lebensgemeinschaft durch die Rechtsprechung ... 298
b) Die besondere Problematik des ordre public unter Berücksichtigung des kap-verdischen Kollisionsrechts der união de facto ... 299
(1) Das kap-verdische Kollisionsrecht der união de facto ... 299
(2) Nichteingreifen des kap-verdischen ordre public ... 301
7) São Tomé und Príncipe ... 302
8) Guinea-Bissau ... 303
IV. Ergebnisse ... 304

Kapitel 5: Die Europäische Perspektive ... 306

I. Die Europäisierung des Internationalen Erb- und Testamentrechts ... 307
II. Besondere Anforderungen ... 308
III. Bisherige Regelungsvorschläge ... 310
1) Antworten auf das Grünbuch ... 310
a) Das für die Gültigkeit in Bezug auf gemeinschaftliche Testamente anwendbare Recht – Frage 3, 2. Spiegelstrich, 3. Punkt des Grünbuchs ... 310
b) Die Rechtswahl für gemeinschaftliche Testamente – Frage 8 des Grünbuchs ... 313
2) Vorschlag von Lehmann ... 315
IV. Bewertung der Stellungnahmen und eigener Lösungsansatz ... 316
1) Kompetenzwidrige Vorschläge ... 317
2) Distributive Anknüpfung der im gemeinschaftlichen Testament enthaltenen letztwilligen Verfügungen ... 318
3) Andere Regelungskonzepte ... 319

4) Kritik der verschiedenen Ansätze 320
5) Alternative Anknüpfung als Lösung 321
6) Ausdrückliche Entscheidung der Qualifikationsfrage 321
7) Der für die Anknüpfung relevante Zeitpunkt 323
a) Alleiniges Abstellen auf den Errichtungszeitpunkt 324
b) Besondere Bedeutung der Vorhersehbarkeit der Wirksamkeit gemeinschaftlicher Testamente 324
c) Reichweite der Fixierung des anwendbaren Rechts im Errichtungszeitpunkt 326
7) Rechtswahl für gemeinschaftliche Testamente 327
V. Vorschlag für eine europäische Kollisionsnorm 328
VI. Universelle Anwendbarkeit der Kollisionsnorm 329
1) Die Problematik der Kompetenz in Art. 61 lit. c) EGV i.V.m. Art. 65 lit. b) EGV 330
2) Allgemeine Natur des Kompetenzproblems 331
a) Das Owusu-Urteil des EuGH 331
b) Das Lugano-Gutachten des EuGH 332
3) Parallelen in anderen europäischen Legislativvorhaben 333
a) Harmonisierung des Kollisionsrechts 333
b) Harmonisierung des Prozessrechts 335
4) Eigene Einschätzung 336
5) Die Reichweite der Kompetenz aus Art. 61 lit. c) EGV i.V.m. Art. 65 lit. b) 1. Alt. EGV 337
a) Restriktive Handhabung der Kompetenz 337
b) Schaffung universell geltender Kollisionsnormen 338
c) Entscheidung für das weite Kompetenzverständnis 340

Kapitel 6: Zusammenfassung der Ergebnisse und Ausblick 342

I. Resultate der Untersuchungen 342
II. Ausblick 345

Literaturverzeichnis 349
Sachverzeichnis 380

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
Abl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADV	Advocacia Dinâmica – Boletim Semanal
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
allg.	allgemein
ang. CC	angolanischer Código Civil
ang. CFam	angolanischer Código da Família
ang. LC	angolanische Lei Constitucional
Ans.	Ansicht
Apr.	April
Arc. Jud.	Archivo Judiciario – Publicação Quinzenal do Jornal do Commercio
Art.	Artikel / Artigo
Artt.	Artikel (Plural) / Artigos
Aug.	August
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bol. Fac. Dir. Coimbra	Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
bras. CC	brasilianischer Código Civil von 2002
bras. CC/1916	brasilianischer Código Civil von 1916
bras. CF	brasilianische Constituição Federal
Bras. Jor. Not.	Jornal do Notário – Informativo do Colégio Notarial do Brasil
bras. LICC	brasilianische Lei de Introdução ao Código Civil
BRD	Bundesrepublik Deutschland
Bsp.	Beispiel
BT	Bundestag
Buff. L. Rev.	Buffalo Law Review
BVerfG	Bundesverfassungsgericht

BVerfGE	Entscheidungssammlung des Bundsverfassungsgerichts
BW	Burgerlijk Wetboek
BWNotZ	Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
bzw.	beziehungsweise
Cadernos PPGDir./UFRGS	Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Can. Bar. Rev.	Canadian Bar Review
Chinese JIL	Chinese Journal of International Law
CLR	California Law Review
CMLR	Common Market Law Review
DBJV-Mit.	Mitteilungen der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung
DDR	Deutsche Demokratische Republik
ders.	derselbe
Dez.	Dezember
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe(n)
D.J.T.	Deutscher Juristentag
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift – Verkündungsblatt der Bundesnotarkammer
EG	Europäische Gemeinschaften
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGVÜ	Brüsseler EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuLF	The European Legal Forum – Forum iuris communis Europae
EuR	Europarecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Feb.	Februar
ff.	folgende
Fn.	Fußnote
FPR	Familie, Partnerschaft, Recht
franz. CC	französischer Code Civil
FS	Festschrift
gb. Const.	Constituição da República da Guiné-Bissau
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haf tung
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil
h.L.	herrschende Lehre

h.M.	herrschende Meinung
HeimG	Heimgesetz
Hrsg.	Herausgeber
HS.	Halbsatz
HErbAbk	Haager Erbrechtsabkommen = Haager Übereinkommen über das auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzu wendende Recht
HTestFAbK	Haager Testamentsformabkommen = Haager Übereinkommen über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht
INF	Informaciones – Zeitschrift für den deutsch-spanischen Rechtsverkehr
INSC	Supreme Court of India
Int. Comp. Law Quart.	The International and Comparative Law Quarterly
Int. Survey FamL	The International Survey of Family Law
IPG	Gutachten zum Internationalen und Ausländischen Privatrecht
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRspr.	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts
i.S.v.	im Sinne von
ital. CC	italienischer Codice Civile
i.E.	im Ergebnis
i.V.m.	in Verbindung mit
Jan.	Januar
JPrIL	Journal of Private International Law
JR	Juristische Rundschau
Jul.	Juli
Jun.	Juni
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
kapv.	kap-verdisch
kapv. CC	kap-verdischer Código Civil
kapv. Const.	kap-verdische Constituição da República
KG	Kammergericht
KJ	Kritische Justiz
kroat. ErbG	kroatisches Erbgesetz
Lex Familiae	Lex Familiae – Revista portuguesa de Direito da Família
lit.	litera (Buchstabe)
LPartG	Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaftsgesetz
mac. CC	macauischer Código Civil
mac. LB	macauische Lei Basíca da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China
Mär.	März
m.a.W.	mit anderen Worten
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.E.	meines Erachtens

MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
MittBayNot (S)	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern – Sonderheft
MittRhNotK	Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer
mos. CC	mosambikanischer Código Civil
mos. Const.	mosambikanische Constituição da República
mos. LFam	mosambikanische Lei da Família
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
no.	number
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
Nov.	November
ÖJR	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
Okt.	Oktober
Öst. NZ	Österreichische Notariatszeitung
öst. ABGB	österreichisches Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Pers. Dir.	Perspectivas do Direito; online verfügbar unter: http://www.macaolaw.gov.mo/pt/display2.asp?inputkey=mag.asp
port.	portugiesisch
port. B.M.J.	(portugiesisches) Boletim do Ministério da Justiça
port. CC	portugiesischer Código Civil
port. CC/1867	portugiesischer Código Civil in der Fassung vom 1. Juli 1867
port. CC/1967	portugiesischer Código Civil in der Fassung vom 25. November 1966
port. Col. Jur.	(portugiesische) Coletânea de Jurisprudência
port. CP	portugiesische Constituição da República
port. CRegCiv	portugiesischer Código do Registo Civil
RA	Rechtsanwalt
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Recueil des Cours	Recueil des Cours – Collected Courses of the Hague Academy of International Law
Rev. bras. Dir. Com.	Revista Brasileira de Direito Comparado
Rev. bras. Dir. Fam.	Revista Brasileira de Direito de Família
Rev. crit. dr. int. priv.	Revue Critique de Droit International Privé
Rev. Dir.	O Direito – Revista de Legislação, Doutrina e Jurisprudencia
Rev. Dir. Ec.	Revista de Direito e Economia
Rev. Fac. Dir. Porto	Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto
Rev. Fac. Dir. UFRGS	Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Rev. For.	Revista Forense
Rev. Jur. Bras.	Revista de Jurisprudência Brasileira
Rev. Leg. Jur.	Revista de Legislação e de Jurisprudência
Rev. Trib.	Revista dos Tribunais
Rhein. Mus. Jur.	Rheinisches Museum für Jurisprudenz

Riv. dir. int.	Rivista di Diritto Internazionale
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
RPfleger	Der deutsche Rechtspfleger
Rs.	Rechtssache
RTDC	Revista Trimestral de Direito Civil
S.	Satz
S.	Seite
SchweizJBIntR	Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht – Annuaire suisse de droit international
schweiz. ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
Sec.	Section
Sep.	September
SGB I	Sozialgesetzbuch: Erstes Buch – Allgemeiner Teil
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts erster Instanz
sog.	sogenannt
span. CC	spanischer Código Civil
st.	são-toméisch
Staat	Der Staat: Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und europäisches öffentliches Recht
StAZ	Das Standesamt – Zeitschrift für das Standesamtswesen, Ehe- und Kindschaftsrecht, Staatsangehörigkeitsrecht
st. CC	são-toméischer Código Civil
st. Const.	são-tomeische Constituição da República
u.a.	und andere
UN	United Nations
USA	United States of America
v.	von
v.	vor
Var.	Variante
VN-Charta	Charta der Vereinten Nationen
VO	Verordnung
vol.	volume
Vorbem.	Vorbemerkung
VR	Volksrepublik
WM	Wertpapier-Mitteilungen
Y.P.I.L.	Yearbook of Private International Law
z.B.	zum Beispiel
ZErb	Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert (als)
ZPO	Zivilprozessordnung
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft

Abkürzungen von Prozessarten

Es handelt sich um Prozessarten vor den brasilianischen obersten Gerichten.

RE	Recurso Extraordinário
Resp.	Recurso Especial
AI	Agravo de Instrumento
Ext.	Extradição
SE	Sentença Estrangeira
SEC	Sentença Estrangeira Contestada
EResp	Embargos de Divergência no Recurso Especial

Hinweis zu den Urteilsnachweisen: Die in der Arbeit nur mit Aktenzeichen bzw. Prozessnummer oder Datum nachgewiesenen ausländischen Urteile können unter der aufgeführten Bezeichnung auf der Internetseite des jeweiligen Gerichts (letzter Aufruf jeweils Januar 2008) abgerufen werden.

I. Brasilianische Gerichte
Supremo Tribunal Federal: http://www.stf.gov.br
Superior Tribunal de Justiça: http://www.stj.gov.br
Tribunal Regional Federal da 4a. Região: http://www.trf4.gov.br
Tribunal de Justiça de Minas Gerais: http://www.tjmg.gov.br
Tribunal de Justiça de Paraíba: http://www.tj.pb.gov.br
Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: http://www.tj.rj.gov.br
Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte: http://www.tjrn.gov.br
Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: http://www.tj.rs.gov.br
Tribunal de Justiça de Santa Catarina: http://www.tj.sc.gov.br/
Tribunal de Justiça de São Paulo: http://portal.tj.sp.gov.br/wps/portal/home

II.Goanesische / Indische Gerichte:
Supreme Court of India: http://www.judis.nic.in/supremecourt/chejudis.asp

III. Kap-verdische Gerichte
Supremo Tribunal de Justiça: http://www.stj.cv

IV. Macauische Gerichte
Tribunal da Última Instância: http://www.macaolaw.gov.mo/pt/index2.asp
Tribunal da Primeira Instância: http://www.macaolaw.gov.mo/pt/index2.asp

V. Portugiesische Gerichte
Sämtliche portugiesischen Gerichtsentscheidungen können über die Seite http://www.dgsi.pt abgerufen werden.

VI. São-toméische Gerichte
Supremo Tribunal de Justiça: http://dre.pt/stp/drstpq.asp
Tribunal de 1. Instância: http://dre.pt/stp/drstpq.asp

Hinweis zu den Staatennamen: Für die Bezeichnung der Staatennamen richtet sich die vorliegende Arbeit nach dem „Verzeichnis der Staatennamen für den amtlichen Gebrauch in der Bundesrepublik Deutschland“ (Stand 18. Oktober 2006), das vom Auswärtigen Amt herausgegeben wird.

Einleitung

I. Einführung in das Thema

1) Das Institut des gemeinschaftlichen Testaments

Im deutschen Recht ist das gemeinschaftliche Testament nach §§ 2265 ff. BGB zulässig und in der Praxis für Ehegatten ein beliebtes Instrument, ihre Erbfolge zu regeln. Weit über die Hälfte aller letztwilligen Verfügungen, die von Eheleuten getroffen werden, sind gemeinschaftliche Testamente.[1] Begründet liegt dies in dem Umstand, dass Ehegatten häufig den Wunsch haben, gemeinschaftlich über ihr Vermögen – welches sie in der Regel weitgehend als einheitliche Vermögensmasse betrachten – von Todes wegen zu verfügen.[2] Diese besondere Art des Testaments ist eine Ausdrucksform der ehelichen Lebensgemeinschaft und spiegelt einen Rest der Funktion der Ehe als Wirtschaftseinheit wider.[3] Das gemeinschaftliche Testament erweist sich als ein für diese Zwecke überaus flexibles Instrument. Es eröffnet den Testierenden umfassende Gestaltungsmöglichkeiten, die über die Gestaltungsformen in einseitigen Testamenten hinausgehen.[4]

---

[1] Soweit ersichtlich werden in Deutschland von staatlicher Seite keine Statistiken über die Anzahl der eröffneten gemeinschaftlichen Testamente geführt. Nach Piske sind drei von vier Testamenten von Eheleuten gemeinschaftliche, vgl. *Piske* ZErb 2004, 214; ähnlich Stöcker aufgrund der Auswertung zweier Meinungsumfragen aus den Jahren 1970 und 1971, vgl. *Stöcker* FamRZ 1971, 609, 612; etwas zurückhaltender – 67,9% gemeinsam getroffene Ehegattenverfügungen, d.h. unter Einrechnung der Erbverträge, *Leipold* AcP 180 (1980), 161, 201. Allgemein von „großer Bedeutung" sprechen *Brox/Walker* Rn. 177.

[2] Vgl. MüKo/*Musielak* Vor § 2265 Rn. 21; Soergel/*Wolf* Vor § 2265 Rn. 2; *Lange /Kuchinke*, S. 419.

[3] Vgl. *Schlüter* Rn. 328. Das Bestehen einer besonderen Interessenlage aufgrund der Ehe unterstreicht *Olzen* JuS 2005, 673.

[4] Der Grund hierfür liegt darin, dass als Spezifikum des gemeinschaftlichen Testaments auch die Bindungswirkung der letztwilligen Verfügungen ausgestaltet werden kann. Vgl. Staudinger/*Kanzleiter* Vorbem. zu §§ 2265 ff. Rn. 42, der die Gestaltungsmöglichkeiten für „unbegrenzt" hält. Ebenso *Olzen* Rn. 466; ähnlich *Raitz v. Frentz* DNotZ 1962, 635 mit dem Verweis auf „mannigfaltige Möglichkeiten". Zu den verschiedenen Möglichkeiten mit Praxishinweisen vgl. ausführlich *Langenfeld*, Ehegattentestament, S. 83 ff.; ferner Staudinger/*Kanzleiter* Vorbem. zu §§ 2265 Rn. 43 f. und in kurzer Übersicht *Olzen* Rn. 440–443 sowie *Brox/Walker* Rn. 186.

Gemeinschaftliche Testamente weisen im deutschen Recht zwei Besonderheiten auf: Erstens besteht eine Formerleichterung nach § 2267 BGB. Die gemeinschaftliche Erklärung muss nicht von beiden Testierenden eigenhändig geschrieben werden. Es genügt die eigenhändige Niederschrift eines Testators, wenn der andere Testator eigenhändig seine Unterschrift dazusetzt.[5] Einer der beiden Testatoren kann demnach ein gemeinschaftliches Testament allein durch Mitunterzeichnung der vom anderen getroffenen Verfügungen formgültig errichten.[6]

Als zweite Besonderheit des gemeinschaftlichen Testaments haben die Testatoren die Möglichkeit, wechselbezügliche Verfügungen zu treffen.[7] Rechtsfolgen der Wechselbezüglichkeit sind hauptsächlich die Gegenseitigkeit der Verfügungen in ihrem Bestand, § 2270 Abs. 1 BGB, erhöhte Formerfordernisse für den einseitigen Widerruf zu Lebzeiten beider Erblasser, § 2271 Abs. 1 BGB, und der Eintritt der Bindungswirkung nach dem Tod des Erstversterbenden, § 2271 Abs. 2 S. 1, 1. HS. BGB.

In vielen anderen Rechtsordnungen dagegen ist das gemeinschaftliche Testament entweder gänzlich verboten oder zwar gestattet, entfaltet aber keine Bindungswirkung.[8] Daraus ergeben sich Konfliktfälle im Internationalen Privatrecht.

2) Erbfälle mit Auslandsbezug

Erbfälle mit Auslandsberührung spielen in der Praxis eine immer größere Rolle;[9] dennoch existieren kaum einschlägige deutsche Statistiken zu der Frage, wie viele dieser Erbfälle pro Kalenderjahr anfallen.[10] Für die hier in

---

[5] Vgl. Soergel/*Wolf* § 2667 Rn. 1; *Schlüter* Rn. 336; *Leipold* Rn. 459.

[6] Palandt/*Edenhofer* § 2.267 Rn. 1; Soergel/*Wolf* § 2267 Rn. 2. Eine Erklärung, dass das Testament des anderen Testators auch als eigenes gelten solle, war in der Ursprungsfassung des BGB erforderlich. § 2267 BGB wurde jedoch abgeschwächt. Heute genügt die bloße Unterzeichnung; ein weitergehender Zusatz ist allerdings unschädlich, vgl. Staudinger/*Kanzleiter* § 2267 Rn. 1 und 16.

[7] Diese beiden Zielsetzung des Gesetzes, Formprivileg und bindender Charakter, sind in sich verschieden, vgl. *Kipp/Coing*, S. 216.

[8] Formprivileg und Bindungswirkung sind jedoch nicht Wesensmerkmale des gemeinschaftlichen Testaments. So kennt etwa das österreichische Recht das gemeinschaftliche Testament, gibt den Testatoren jedoch weder ein Formprivileg, noch lässt es das Testament Bindungswirkung entfalten, vgl. *Riering/Bachler* DNotZ 1995, 580, 587; *Steiner* ZEV 2004, 362, 363 f.

[9] Das Volumen der Erbschaften wird im Zeitraum von 1998 bis 2010 ebenfalls eine Verdopplung erfahren. Daher ist auch unter diesem Gesichtspunkt eine steigende Relevanz des Erbrechts und mit ihm des Internationalen Erbrechts zu beobachten, vgl. *Pintens* ZEuP 2001, 628.

[10] Vgl. *Dörner/Hertel/Lagarde/Riering* IPRax 2005, S.1, die aus der Bevölkerungsstatistik und aus Schätzungen über das Auslandsvermögen von EU-Bürgern diese Tendenz ableiten.

Frage stehenden gemeinschaftlichen Testamente kann die Zahl ausländischer oder gemischtnationaler Ehepaare, die in Deutschland leben, einen ersten Anhaltspunkt bieten. Von den etwa 19 Millionen Ehepaaren, die im März 2004 mit Wohnsitz in Deutschland gemeldet waren, sind etwa 1,2 Millionen rein ausländische Ehen[11] und 974.000 gemischtnationale Ehen.[12] Insgesamt lebten im Jahr 2005 in Deutschland ca. 7,3 Millionen Ausländer.[13] Die Statistik erfasst allerdings nicht gemischtnationale Ehepaare mit deutscher Beteiligung, die im Ausland leben. Auch bei diesen Ehepaaren können sich Probleme ergeben, wenn sie gemeinschaftliche Testamente errichten. Einen weiteren Anhaltspunkt bietet die gutachterliche Tätigkeit universitärer Institute im Bereich des Internationalen Rechts. Die hohe Anzahl an Kollisionsfällen gerade im Internationalen Erbrecht wird hier besonders deutlich.[14]

3) Die Behandlung gemeinschaftlicher Testamente im deutschen Kollisionsrecht

Das deutsche Kollisionsrecht unterscheidet für Verfügungen von Todes wegen Fragen des Inhalts und Fragen der Form. Erstere fallen unter das Erbstatut des Art. 25 EGBGB oder unter das hypothetische Erbstatut des Art. 26 Abs. 5 S. 1 EGBGB, letztere unterliegen der Anknüpfung nach dem Formstatut des Art. 1 Abs. 1 HTestFAbk[15] bzw. Art. 26 Abs. 1–4 EGBGB.[16] Für die kollisionsrechtliche Behandlung gemeinschaftlicher Testamente sind zunächst das Testamentsformstatut und das hypothetische Erbstatut von entscheidender Bedeutung.

a) Das Formstatut des Art. 26 Abs. 1–4 EGBGB

Das Formstatut stellt zehn alternative Anknüpfungsmomente zur Verfügung.[17] Insbesondere genügt für die Formwirksamkeit einer Verfügung von

---

[11] Es handelt sich um Ehen, bei denen beide Ehepartner eine ausländische Staatsangehörigkeit haben. Von den 1.237.000 Ehen liegt bei 1.166.000 Ehen dieselbe ausländische Staatsangehörigkeit vor, vgl. StatBA, Familien und Lebensformen, S. 19.

[12] StaBA, Familien und Lebensformen, S. 19.

[13] Vgl. die „Lange Reihe – Deutsche und ausländische Bevölkerung nach Geschlecht" (Stand: 19. Juni 2007); abrufbar auf der Internetseite des Statistischen Bundesamtes www.destatis.de (Letzter Zugriff Juni 2007). Diese Statistik ist aber nur begrenzt aussagekräftig, weil ein gewisser Teil der ausländischen Wohnbevölkerung nur vorübergehend in Deutschland lebt. Siehe *Dörner/Hertel/Lagarde/Riering* IPRax 2005, 1 ff.

[14] Vgl. *Jayme* StAZ 1976, 358, 359.

[15] Vgl. unten Fn. 18.

[16] Zum Verhältnis des HTestFAbk zu den Vorschriften des EGBGB vgl. unten S. 48.

[17] Darstellung im Detail bei Soergel/*Schurig* Art. 26 Rn. 8 ff.; *Junker* Rn. 589. Dabei sind acht Möglichkeiten vom HTestFAbk (vgl. folgende Note) vorgegeben, zwei weitere

Todes wegen die Beachtung des Rechts des Ortes, an dem der Erblasser verfügt hat, Art. 1 Abs. 1 lit. a) HTestFAbk bzw. Art. 26 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB.

In Abs. 1–3 des Art. 26 EGBGB wurden die Bestimmungen des Haager Testamentsformabkommens (HTestFAbk)[18] in das EGBGB übernommen.[19] Dieses Abkommen, das als eines der erfolgreichsten der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht gilt,[20] erfasst in seinem Art. 4 ausdrücklich auch gemeinschaftliche Testamente. Zu beachten ist jedoch, dass nur Fragen der Formgültigkeit, nicht jedoch Fragen des Inhalts oder der Wirkungen gemeinschaftlicher Testamente durch das Testamentsformabkommen geregelt werden. Auch definiert das Abkommen für gemeinschaftliche Testamente nicht abschließend, was es als zur Form gehörig ansieht. Es bleibt den nationalen Rechten überlassen, diese Frage zu beantworten.[21]

b) Das hypothetische Erbstatut des Art. 26 Abs. 5 S. 1 EGBGB

Art. 26 Abs. 5 S. 1 EGBGB bezieht sich seinem Wortlaut nach auf die „Gültigkeit" und die „Bindungswirkung" einer Verfügung von Todes wegen. „Gültigkeitsangelegenheit"[22] des Art. 26 Abs. 5 S. 1 EGBGB ist unter anderem die Frage der Zulässigkeit von bestimmten Verfügungen von Todes wegen, insbesondere von gemeinschaftlichen Testamenten und Erbverträgen.[23] Inhaltliche Zulässigkeit und Bindungswirkung von letztwilligen Verfügungen unterstehen nach deutschem Kollisionsrecht zwar beide dem hypothetischen Erbstatut, sind aber dennoch getrennt zu betrachten. Dies

---

wurden vom deutschen Gesetzgeber in Art. 26 Abs. 1 Nr. 5 EGBGB autonom eingefügt, vgl. *Kegel/Schurig* S. 1011; *Lange* ZEV 2000, 469, 471.

[18] Haager Übereinkommen über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht vom 5. 10. 1961 (Haager Testamentsformabkommen). Es trat für die Bundesrepublik Deutschland am 1. Januar 1966 in Kraft, vgl. BGBl. 1965 II, S. 1145. Abgedruckt findet sich das Übereinkommen in deutscher Übersetzung bei *Jayme/Hausmann* Nr. 60 oder Soergel/*Schurig* Art. 26 Rn. 49 ff.; zur Entstehungsgeschichte detailliert *Volken* in: FS Overbeck, S. 581 ff.

[19] Vgl. BT-Drucksache 10/504, S. 75.

[20] Vgl. *Pirrung* in: FS Ferid 80, S. 345.

[21] Vgl. *Ferid* RabelsZ 27 (1962), 411, 423; *v. Schack* DNotZ 1966, 131, 134; einschränkend *Scheucher* ZfRV 1964, 216, 219, der zwar zugesteht, dass während der Verhandlungen zum Abkommen die Frage offengelassen wurde, aber die Auffassung vertritt, trotzdem auch die Zulässigkeit gemeinschaftlicher Testamente dem Abkommen unterstellen zu müssen; zweifelnd *v. Schack* DNotZ 1966, 131, 134; ausführlich unten S. 50.

[22] *v. Bar* Rn. 381.

[23] Bamberger/Roth/*S. Lorenz* Art. 26 Rn. 12; Erman/*G. Hohloch* Art. 26 Rn. 27; Hk-BGB/*Staudinger* Art. 26 Rn. 9; MüKo/*Birk* Art. 26 Rn. 17; Soergel/*Schurig* Art. 26 Rn. 35; Staudinger/*Dörner* Art. 26 Rn. 68; *Looschelders* Rn. 28; PWW/*Freitag* Art. 25 Rn. 16; *v. Bar* Rn. 381; *Kropholler*, S. 438; *Rauscher*, S. 223.

gilt auch für Zulässigkeit und Bindungswirkung gemeinschaftlicher Testamente.[24]

4) Das Verbot des gemeinschaftlichen Testaments durch andere, insbesondere die romanischen Rechtsordnungen

Vor allem die romanischen Rechtsordnungen lehnen gemeinschaftliche Testamente ab.[25] Der französische Code Civil von 1804 verbat als erste Kodifikation das gemeinschaftliche Testament. Art. 968 franz. CC bestimmt, dass ein Testament nicht von zwei oder mehr Personen in demselben Akt errichtet werden kann, weder zugunsten eines Dritten noch als gegenseitige Verfügung.[26] Die Bestimmung findet sich im Abschnitt des französischen Code Civil, der die Testamentsform regelt,[27] und bewirkt die Nichtigkeit des von mehreren Personen als gemeinsam gewollten Testaments.[28] Begründet wird das Verbot hauptsächlich mit der freien Widerruflichkeit des letzten Willens; diese würde beeinträchtigt, wenn man für den Widerruf die Willensübereinstimmung zweier Personen (nämlich beider Testatoren) benötigte.[29] Obgleich viele weitere Rechte das Verbot ebenfalls kennen,[30] haben – neben Art. 968 franz. CC – vor allem die Verbote des italienischen,[31] des niederländischen[32] und des spanischen[33] Rechts in

[24] Vgl. z.B. LG Leipzig vom 5. Mai 1999, NJW 2000, 438, 439 (zu einem intertemporalen Fall mit Bezug zur DDR); Palandt/*Heldrich* Art. 26 Rn. 14; *Süß* IPRax 2002, 22, 28.

[25] *Lange/Kuchinke*, S. 420; Süß/Haas/*Süß*, S. 96 Rn. 59; *Edenfeld* ZEV 2001, 457, 461. Teils sind gemeinschaftliche Testamente unbekannt, teils sind sie ausdrücklich verboten, vgl. Staudinger/*Kanzleiter* Vorbem. zu §§ 2665 Rn. 56.

[26] Im Wortlaut: „Un testament ne pourra être fait dans le même acte par deux ou plusieurs personnes, soit au profit d'un tiers, soit à titre de disposition réciproque et mutuelle"; zur Übersetzung vgl. IPG 1976 Nr. 39 (Freiburg), S. 444 mit Fn. 7; *Schack* in: FS Lüderitz; *Neuhaus/Gündisch* RabelsZ 21 (1956), 550, 557.

[27] „Des règles générales sur la forme des testaments". Die Bestimmung wurde durch die am 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Reform des franz. CC (Loi nº 2006-728 du 23 juin 2006 Art. 9, Art. 17 Journal Officiel du 24 juin 2006) nicht verändert.

[28] Vgl. *Ferid/Sonnenberger* Franz. FamR/ErbR, S. 523.

[29] Vgl. *Grigolet/Vergé* Art. 968 Rn. 4.

[30] Vgl. den Nachweis bei *Süß* IPRax 2002, 22, 23 Fn. 15, der mehr als zwanzig Rechtsordnungen aufzählt, die eine entsprechende Vorschrift enthalten; umfassende Nachweise auch bei *Umstätter* DNotZ 1984, 532, 540 f.

[31] Art. 589 ital. CC, vormals Art. 761 ital. CC.

[32] Art. 977 BW.

[33] Art. 669 span. CC. Nach spanischer Auffassung liegt ein materielles Verbot vor, vgl. *Neuhaus/Gündisch* RabelsZ 21 (1956), 550, 557. Allerdings lassen einige Foralrechte, wie das von Aragonien, Katalonien oder Navarra – die insoweit Vorrang genießen – gemeinschaftliche Testamente zu, vgl. *Schömmer/Gebel* Rn 296; *Steiner* ZEV 2004, 362 f., der deshalb von einer „unklaren Rechtslage" spricht. Zu beachten ist ferner, dass das Verbot nach Art. 733 span. CC auch auf durch Spanier im Ausland errichtete, im

der deutschen Rechtsprechung und Literatur besondere Aufmerksamkeit erregt.

5) Das Verbot gemeinschaftlicher Testamente in portugiesischsprachigen Ländern

Die portugiesische Sprache ist außer in Portugal und Brasilien[34] Amtssprache in Angola, Guinea-Bissau[35], Kap Verde[36], Mosambik[37], Timor-Leste und Saõ Tomé und Príncipe sowie in Macau (als Sonderverwaltungsregion der Volksrepublik China). Bei diesen Ländern handelt es sich um ehemalige portugiesische Kolonien. Mit Beschluss vom 4. September 1967, Portaria Nr. 22.869, erstreckte das damalige portugiesische Ministerium für Übersee-Angelegenheiten (*Ministério do Ultramar*) den portugiesischen Código Civil in der Fassung vom 25. November 1966 auch auf seine Provinzen in Übersee, d.h. auf die Territorien der eben genannten Länder.[38] Der Código Civil in der Fassung vom 25. November 1966, Decreto-Lei Nr. 47.344, enthält das Verbot des gemeinschaftlichen Testaments in Art. 2.181 port. CC Es wird zu zeigen sein, dass das Verbot gemeinschaftlicher Testamente des portugiesischen Código Civil in den jeweiligen Ländern[39] – mit Ausnahme von Timor-Leste – weiter besteht.

Einen Sonderfall bildet Goa als Bundesstaat der Republik Indien. Auch Goa ist eine ehemalige portugiesische Provinz, wurde jedoch bereits am 19. Dezember 1961, also vor der Erstreckung des Código Civil am 4. September 1967, von Indien annektiert. Portugiesisch hat in Goa seinen Status als Amtssprache verloren. Dennoch gilt dort noch der alte portugiesische Código Civil aus dem Jahr 1867, der in Art. 1.753 port. CC/1867 gemeinschaftliche Testamente verbietet.

Errichtungsstaat wirksame Testamente erstreckt wird, vgl. *Schömmer/Gebel* Rn. 309; IPG 1985/1986 Nr. 44 (Hamburg), S. 419 f. m.w.N. zur Diskussion. Zur Derogation dieser Vorschrift durch spätere Gesetzgebung und zum allseitigen Ausbau der Vorschrift IPG 1997 Nr. 39 b (Hamburg), S. 527 f.; *v. Hoffmann/Ortiz-Arce* RabelsZ 39 (1975), 647, 672.

[34] Auf Portugiesisch „Brasil“. Die vorliegende Arbeit verwendet die deutsche Schreibweise.

[35] Die portugiesische Schreibweise ist „Guiné-Bissau“.

[36] Auf Portugiesisch „Cabo Verde“.

[37] Die portugiesische Schreibweise ist „Moçambique“.

[38] Diário da República Nr. 206, S. 1582, abgedruckt in portugiesischer Sprache bei *Alves/Barbosa Rodrigues/Gune*, S. 349 f. Für vor dem 31. Dezember 1967 errichtete Testamente galt jedoch das alte Recht, vgl. Portaria Nr. 22.869, Diário da República Nr. 206, S. 1583.

[39] Macau ist kein Staat im völkerrechtlichen Sinn. Dennoch soll im Folgenden das Territorium von Macau der Einfachheit halber als „Land“ bezeichnet werden.

Die Divergenzen, d.h. die Zulässigkeit des gemeinschaftlichen Testaments durch das deutsche Recht einerseits und das Verbot durch die lusophonen Rechtsordnungen andererseits, führen in der Praxis häufig zu Kollisionsfällen. Besonders schwierig ist es, Testamente gemischtnationaler Ehepaare zu beurteilen, bei denen das Heimatrecht des einen Ehegatten das gemeinschaftliche Testament gestattet, dasjenige des anderen dagegen nicht.

6) Ein praktischer Fall

Ein Fall aus der Praxis soll in die Probleme einführen.

Ein in zweiter Ehe mit einer Brasilianerin verheirateter Deutscher stirbt. Er hinterlässt Frau und drei Kinder aus erster Ehe sowie Frau und zwei Kinder aus zweiter Ehe. Der Erblasser hat mit seiner zweiten Ehefrau in Deutschland ein gemeinschaftliches Testament nach §§ 2265 ff. BGB in der Form errichtet, dass die Frau handschriftlich den Testamentstext niedergeschrieben und der Mann die Urkunde mit dem Vermerk unterzeichnet hatte, dass das von der Ehefrau verfasste Testament auch als das seinige gelten solle. In dem Testament haben sich die Eheleute gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt. Schlusserben sollten die drei erstehelichen Kinder des Ehemanns und die beiden gemeinsamen Kinder sein. Nach dem Tod des Mannes wenden sich die Frau und die drei Kinder aus erster Ehe gegen die Erteilung eines Erbscheins an die Ehefrau aus zweiter Ehe, der diese als Alleinerbin ausweisen soll.

Das gemeinschaftliche Testament des Erblassers und seiner zweiten Ehefrau ist nach deutschem Recht wirksam, verstößt aber gegen das Verbot gemeinschaftlicher Testamente aus Art. 1.863 bras. CC. Es stellt sich die Frage, ob dieses Verbot zur Unwirksamkeit des Testaments führt. Hierfür ist von entscheidender Bedeutung, ob die brasilianische Norm unter das Formstatut des Art. 1 Abs. 1 HTestFAbk bzw. Art. 26 Abs. 1–4 EGBGB oder unter das hypothetische Erbstatut des Art. 26 Abs. 5 S. 1 EGBGB fällt. Dies ist ein Problem der Qualifikation. Qualifizierte man das brasilianische Verbot als Frage der Form, erwüchse das gemeinschaftliche Testament in Wirksamkeit. Denn für die Formwirksamkeit ist nach Art. 1 Abs. 1 lit. a) HTestFAbk bzw. Art. 26 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB die Beachtung des Rechts des Ortes, an dem das Testament errichtet wurde, hinreichend. Da die Ehegatten in Deutschland testierten und das Testament den Anforderungen des deutschen Rechts genügt, wäre es wirksam. Qualifiziert man hingegen die brasilianische Norm als materielles Verbot, käme das hypothetische Erbstatut des Art. 26 Abs. 5 S. 1 EGBGB zum Zug. Art. 1.863

bras. CC könnte zu beachten sein[40] und würde sich auf die Wirksamkeit des Testaments auswirken.

II. Offene Fragen

1) Das Problem der Qualifikation ausländischer Verbote

Die Qualifikation von Verboten gemeinschaftlicher Testamente ausländischer Rechtsordnungen ist seit jeher als „Zankapfel des IPR" bezeichnet worden.[41] Für einige Rechte wurden bereits Lösungen entwickelt. Dennoch raten Praxisratgeber für das Notariat und für die Testamentsgestaltung dringend von einem gemeinschaftlichen Testament ab, wenn Auslandsberührung besteht. In einem solchen Fall sei es angezeigt, Einzeltestamente errichten zu lassen.[42]

Probleme entstehen vor allem dadurch, dass die kollisionsrechtliche Betrachtung zwischen Formwirksamkeit, inhaltlicher Wirksamkeit und Bindungswirkung nicht immer genau unterscheidet. Dies liegt daran, dass ausländische Gesetzgeber, die ein Verbot des gemeinschaftlichen Testaments anordnen, diese Unterscheidung nicht zu treffen brauchen. Prägnant stellt Kegel hierzu fest: „… ihnen [d.h. den ausländischen Gesetzgebern] könnte die Form missfallen; ihnen könnte der Inhalt missfallen (vor allem die Bindung); ihnen könnten Form und Inhalt missfallen. Wahrscheinlich werden sie am meisten die Bindung, also den Inhalt, missbilligen und deswegen einfach die Form verbieten."[43]

Die Frage von Zulässigkeit und Bindungswirkung bauen gedanklich aufeinander auf. Nur ein formell und materiell zulässiges Testament kann Bindungswirkung entfalten: Zunächst ist also zu untersuchen, ob ein gemeinschaftliches Testament trotz Auslandsberührung formell und materiell wirksam ist. Im Anschluss muss geklärt werden, ob das Testament Bindungswirkung entfaltet.

---

[40] Voraussetzung ist, dass das brasilianische Kollisionsrecht die Verweisung des Art. 26 Abs. 5 S. 1 EGBGB annimmt. Vgl. hierzu unten S. 127 ff.

[41] Die Formulierung stammt von *Raape*, S. 426.

[42] Vgl. *Langenfeld*, Testamentsgestaltung Rn. 33 („Faustregel für die Praxis"); *Nieder* Rn. 406 („… jedenfalls getrennt testieren lassen.") ErbRKo/*Völkl* Art. 25 Rn. 57 („Vorsicht bei der Empfehlung von gemeinschaftlichen Testamenten und Erbverträgen!"); *Merz* NJW 1954, 1505 („Ausländer sollten es vermeiden, … Verfügungen in der Form des gemeinschaftlichen Testaments zu errichten …"). *Ferid* Rn. 9-65,1 mahnt unter der Überschrift „Warnung für die Praxis" größte Sorgfalt an, um spätere Unliebsamkeiten zu vermeiden; ebenso *Schack* in: FS Lüderitz, S. 673 f.; vgl. auch die Darstellung der Problematik aus notarieller Sicht bei *Unstätter* DNotZ 1984, 532 f.

[43] *Kegel* in: FS Jahrreiss, S. 154.

a) Die Verbote des französischen, niederländischen und italienischen Rechts

Die Einordnung der Verbote des französischen, italienischen und niederländischen Rechts kann für Praxisfragen im Großen und Ganzen als geklärt angesehen werden. Die Verbotsvorschriften des 968 franz. CC[44] und des Art. 977 BW[45] werden als Formvorschriften qualifiziert, das Verbot des Art. 598 ital. CC[46] als materielle Verbotsnorm. Die Qualifikation stützt sich dabei auf die Einordnung, welche die ausländische Rechtsordnung vornimmt,[47] etwa auf die Stellung der Vorschrift im Gesetz,[48] auf die Motive des Gesetzgebers[49] und auf den Sinn und die Funktion der Verbotsnorm.[50] Die gefundenen Ergebnisse sind jedoch nicht unbedenklich. Es leuchtet nicht vollständig ein, wieso ein deutsch-französisches Ehepaar ein gemeinschaftliches Testament errichten kann, wohingegen einem deutsch-italienischen Ehepaar diese Möglichkeit nicht offensteht.[51] Das erscheint umso mehr zweifelhaft als rechtshistorisch gesehen das italienische Verbot das französische zum Vorbild hatte.[52]

---

[44] Vgl. *Grigolet/Vergé* Art. 968 Rn. 31; IPG 1976 Nr. 39 (Freiburg), S. 445 m.w.N.; AKBGB/*Kroiß* Art. 26 Rn. 33; Süß/Haas/*Süß*, S. 96 Rn. 60; *Rabel*, RabelsZ 5 (1931), 241, 259; vorsichtiger Soergel/*Schurig* Art. 26 Rn. 23; *Ferid/Sonnenberger* franz FamR/ErbR, S. 523 Fn. 4; *Neuhaus/Gündisch* RabelsZ 21 (1956), 550, 557; zur unwiderruflichen Schenkung in Eheverträgen nach französischem Recht vgl. *Kegel* in: FS Jahrreiss, S. 145 f.

[45] Es handelt sich hierbei um ein Formverbot, vgl. KG vom 11. April 2000, FamRZ 2001, 794; *Kegel/Schurig*, S. 1013; kritisch *Schnitzer*, S. 528; vorsichtiger MüKo/*Birk* Art. 26 Rn. 100 unter Darstellung der Entwicklung in der Rechtsprechung und Ferid 9-45 (jedoch ohne nähere Begründung); zur Bindungswirkung OLG Hamm vom 18. Dezember 1963, NJW 1964, 553, 555. Das niederländische IPR lässt jedoch für gemeinschaftliche Verfügungen von Todes wegen eine Rechtwahl zu, vgl. Art. 7 Abs. 2 Wet Conflictenrecht Erfopvolging (Text abgedruckt in IPRax 2000, 59 f.); *Weber* IPRax 2000, 41. Zum ähnlich liegenden Problem des Verbots des holographischen Testaments nach Art. 992 BW siehe *Fragistas* RabelsZ 4 (1930), 930, 931.

[46] Vgl. BayObLG vom 13. Dezember 1957, BayObLGZ 1957, 376; OLG Frankfurt am Main vom 17. Mai 1985, IPRax 1986, 111, 112; IPG 1980/1981 Nr. 43 (Hamburg), S. 365; Soergel/*Schurig* Art. 26 Rn. 23; AKBGB/*Kroiß* Art. 26 Rn. 32; *Jayme*, Recueil des Cours 251 (1995), S. 109; *Grundmann* IPRax 1986, 94, 97; Raape, S. 427; *Rabel* RabelsZ 5 (1931), 241, 259; mit Anwendungsbeispielen Umstätter DNotZ 1984, 532, 537.

[47] Vgl. *Schotten/Schmellenkamp* Rn. 316.

[48] Kritisch hierzu *Schack* in: FS Lüderitz, S. 664 f.; *Süß* IPRax 2002, 22, 24.

[49] Beispielsweise *Neuhaus/Gündisch* RabelsZ 21 (1956) 550, 559 für das italienische und das französische Verbot.

[50] Vgl. *Kropholler*, S. 440; *Wolff*, S. 230.

[51] So auch MüKo/*Birk* Art. 26 Rn. 100.

[52] Kritisch auch *Raape*, S. 427 und *Rabel* RabelsZ 5 (1931), 241, 260.