

# Verstoß englischen Erbrechts gegen den deutschen ordre public wegen Fehlen eines Pflichtteilsrechts von Kindern – Besprechung von BGH, Urt. v. 29.6.2022 – IV ZR 110/21

Rechtsanwalt Dr. Axel Wenzel und Rechtsanwalt David Falkowski, Köln

In dem zu besprechenden Urteil bestätigt der BGH erstmals die Unvereinbarkeit der Anwendung ausländischen Erbrechts mit dem deutschen ordre public, soweit hierdurch Kindern des Erblassers ihr Pflichtteil abgeschnitten würde. Die Entscheidung wird erheblichen Einfluss auf die Nachfolgegestaltungen bei grenzüberschreitenden Sachverhalten haben, sodass es sich lohnt, Begründung und Reichweite der Entscheidung sowie die verbleibenden Gestaltungsspielräume für die Praxis eingehend zu untersuchen.

## I. Einleitung

Der BGH hat mit Urt. v. 29.6.2022<sup>1</sup> entschieden, dass die Anwendung des englischen Erbrechts auf den Nachlass eines in Deutschland lebenden Erblassers aufgrund einer Rechtswahl in der letztwilligen Verfügung insoweit mit dem deutschen ordre public unvereinbar ist, als hierdurch Kindern des Erblassers ihr nach BVerfG, Beschl. v. 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00<sup>2</sup> – grundsätzlich unentziehbarer und bedarfsunabhängiger Pflichtteilsanspruch entzogen wird und ein hinreichender Inlandsbezug besteht. Hiermit entscheidet der BGH anders, als dies eine Reihe höchstrichterlicher Entscheidungen anderer europäischer Jurisdiktionen getan haben, die die ordre public Relevanz des eigenen Pflichtteilsrechts gerade abgelehnt haben. Die Entscheidung des BGH beendet die langjährigen Diskussionen in Literatur und Rechtsprechung darüber, ob fehlende Pflichtteilsansprüche überhaupt einen Verstoß gegen den deutschen ordre public begründen können. Gleichzeitig werden durch die Entscheidung aber eine ganze Reihe von Unsicherheiten und Folgeprobleme nicht behoben bzw. erst geschaffen, mit denen in der Praxis umzugehen ist.

## II. Die Entscheidung des BGH im Einzelnen

### 1. Sachverhalt und Verfahrenslauf

Der Kläger ist der Adoptivsohn des Erblassers und macht gegen dessen Nachlass Auskunfts- und Wertermittlungsansprüche nach § 2314 Abs. 1 BGB unter Berufung auf sein (deutsches) Pflichtteilsrecht geltend. Der Erblasser besaß die britische Staatsbürgerschaft, lebte aber seit über fünfzig Jahren in Deutschland und unterhielt seit mehr als dreißig Jahren keine Verbindung mehr nach Großbritannien. Mit notariellem Testament vom 13.3.2015 wählte der Erblasser für seine Rechtsnachfolge von Todes wegen englisches Recht, setzte die Beklagte zu 1 (eine gemeinnützige GmbH) als alleinige Erbin ein und bestimmte die Beklagte zu 2 zum *executor*.

Das LG Köln<sup>3</sup> hatte die Klage als unbegründet abgewiesen. Zwar sei die Mindestbeteiligung von Kindern des Erblassers am Nachlass nach der Rechtsprechung des BVerfG grundrecht-

lich geschützt und damit geeignet, einen ordre public Verstoß zu begründen. In dem fehlenden Pflichtteil eines volljährigen, wirtschaftlich selbstständigen Abkömmlings nach dem zulässig gewählten englischen Recht läge aber kein so krasser Widerspruch zur deutschen Rechtsordnung, dass von einer offensichtlichen Unvereinbarkeit i.S.d. Art. 35 EuErbVO<sup>4</sup> auszugehen ist.

Vor dem OLG Köln<sup>5</sup> als Berufungsinstanz drang der Kläger mit seinem Auskunftsbegehren dagegen durch. Zwar habe der Erblasser zulässigerweise englisches Recht wählen können, das einen dem deutschen Recht vergleichbaren Pflichtteilsanspruch nicht kennt. Das englische Recht sei aber in Hinblick auf die Grundsatzentscheidung des BVerfG zur Bedeutung des Pflichtteilsrechts von Kindern insoweit mit dem deutschen ordre public offensichtlich unvereinbar. Dem Kläger stünden daher Pflichtteilsansprüche sowie die zugehörigen Auskunftsansprüche zu, die allerdings nur gegenüber der Beklagten zu 1 als Alleinerbin geltend gemacht werden könnten. In Hinblick auf die Beklagte zu 2 wurde die Klage abgewiesen.

Die Entscheidung des BGH vom 29.6.2022 bestätigt die vorangegangene Entscheidung des OLG Köln nun uneingeschränkt.

### 2. Urteilsbegründung

Der Senat bejahte einen Anspruch des Klägers gegen die Beklagte zu 1 aus § 2314 Abs. 1 BGB.

#### a) Grundsätzlich zulässige Rechtswahl

Mit den Vorinstanzen bejahte der BGH die Zulässigkeit der Rechtswahl nach Art. 22 Abs. 1 EuErbVO. Das Testament des Erblassers stamme zwar vom 13.3.2015, während die EuErbVO erst seit dem 17.8.2015 gilt. Da der Erblasser aber im Jahr 2018 verstorben war, gelte nach Art. 83 Abs. 4 EuErbVO (gemeint war wohl eher Art. 83 Abs. 2 EuErbVO) dasjenige Recht, dessen Anwendung der Erblasser vor dem Stichtag im Rahmen einer Verfügung von Todes wegen nach dem nach Art. 22 EuErbVO wählbaren Recht angeordnet habe.

1) BGH, Urt. v. 29.6.2022 – IV ZR 110/21, ZErb 2022, 470 = NJW 2022, 2547 = DStR 2022, 1917.

2) BVerfG, Beschl. v. 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00, NJW 2005, 1561; bestätigt durch BVerfG, Beschl. v. 26.11.2018 – 1 BvR 1511/14, ZEW 2019, 79.

3) LG Köln, Urt. v. 10.7.2020 – 20 O 246/19, BeckRS 2020, 49567.

4) Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses vom 4.7.2012, ABl Nr. L 201, 107.

5) OLG Köln, Urt. v. 22.4.2021 – 24 U 77/20, BeckRS 2021, 15421.

**b) Das Pflichtteilsrecht als Teil des deutschen ordre public**

Das anwendbare englische Erbrecht sei aber im vorliegenden Fall mit dem deutschen ordre public offensichtlich unvereinbar i.S.d. Art. 35 EuErbVO. Das Pflichtteilsrecht sei als Institutionsgarantie dem Bestand des deutschen ordre public zuzurechnen. Das BVerfG hat in seiner Grundsatzentscheidung vom 19.4.2005 klargestellt, dass dem Pflichtteilsrecht der Kinder des Erblassers unter Verweis auf die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 GG Grundrechtscharakter im Sinne einer grundsätzlich unentziehbaren und bedarfsunabhängigen wirtschaftlichen Mindestbeteiligung der Kinder des Erblassers an dessen Nachlass zukommt. Dieses Pflichtteilsrecht schützt die durch die Abstammung begründete familienrechtliche Bindung über den Tod hinaus und beschränkt insoweit die Testierfreiheit. Das Pflichtteilsrecht der Kinder schützt die durch die Abstammung begründete familienrechtliche Bindung über den Tod hinaus und beschränkt insoweit die Testierfreiheit.

**c) Fehlen adäquater Pflichtteilsrechte nach englischem Recht**

Das englische Recht bleibt nach Auffassung des BGH in seiner gesetzlichen und konkreten Ausgestaltung hinter diesen Anforderungen zurück. Nach den Regelungen des einschlägigen Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975 („Inheritance Provision 1975“) existiert kein quotenmäßiges Pflichtteils- oder Noterbrecht, sondern allenfalls eine bedarfsabhängige und im richterlichen Ermessen stehende finanzielle Beteiligung am Nachlass, die im konkreten Fall aber schon daran scheitert, dass das letzte *domicile* des Erblassers nicht, wie für den Anspruch erforderlich, in England oder Wales lag. Hierüber hinaus seien die Regelungen der Inheritance Provision 1975 aber auch in Hinblick darauf, dass sie im gerichtlichen Ermessen stünden und von zahlreichen Faktoren des Einzelfalls abhingen, mit den Vorgaben des BVerfG an den Pflichtteil nicht vereinbar.

**d) Kein Widerspruch zu den Vorgaben der EuErbVO**

Dies stünde auch im Einklang mit den Vorgaben der EuErbVO. Das Nebeneinander von Art. 35 EuErbVO und Art. 22 EuErbVO zeige, dass der europäische Verordnungsgeber im Einzelfall den Schutz des Pflichtteilsberechtigten für möglich gehalten habe, auch wenn hierdurch die grundsätzliche Rechtswahlfreiheit des Erblassers tangiert wird. Die Wertung in Erwägungsgrund 38 S. 2 EuErbVO, nach dem ein Schutz der Pflichtteilsberechtigten schon dadurch erreicht wird, dass die Rechtswahlmöglichkeiten der EuErbVO auf das Heimatrecht des Erblassers beschränkt sind, stünde dem nicht entgegen. Ein Anwendungsfall des Erwägungsgrunds 58 S. 2 EuErbVO, nach dem ein ordre public Verstoß dann nicht angenommen werden dürfte, wenn dadurch gegen die Charta der Grundrechte der Europäischen Union verstoßen würde, sei ebenfalls nicht anzunehmen.<sup>6</sup> Die Tatsache, dass im Kommissionsvorschlag<sup>7</sup> noch

vorgesehen war, eine (im finalen Art. 35 EuErbVO fehlende) Ausnahme für Pflichtteilsrechte in die Regelung zum ordre public Vorbehalt aufzunehmen, spreche ebenso für die Möglichkeit des ordre public Verstoßes.

**e) Hinreichend starker Inlandsbezug**

Den für den Rückgriff auf den ordre public Vorbehalt erforderlichen hinreichend starken Inlandsbezug begründete der BGH mit dem letzten gewöhnlichen Aufenthalt von Kläger und Erblasser in Deutschland, der Belegenheit des Erblasservermögens in Deutschland sowie der deutschen Staatsangehörigkeit des Klägers.

**f) Rechtsfolge des Verstoßes**

Da das englische Recht keinen den Anforderungen des Art. 14 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 GG genügenden Anspruch des Klägers auf Teilhabe am Nachlass vorsieht, sei die durch den ordre public Verstoß entstehende Lücke nicht durch dieses als vorrangige *lex causae* zu schließen, sondern durch Rückgriff auf das deutsche Pflichtteilsrecht, das den Pflichtteils(auskunfts)anspruch vorsieht.

**g) Vorlage an den EuGH**

Eine Vorlage an den EuGH unterließ der BGH mit der Begründung, dass es im Rahmen des Art. 35 EuErbVO gerade um die Vereinbarkeit des gewählten Rechts mit der öffentlichen Ordnung des Staats des angerufenen Gerichts gehe. Ob ein ordre public Verstoß hiernach vorliegt, könne aber nur von dem nationalen Gericht für das jeweilige nationale Recht beantwortet werden.

**III. Einordnung der Entscheidung****1. Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur**

Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein nach deutscher Vorstellung inadäquates ausländisches Pflichtteilsrecht im Rahmen des ordre public korrigiert werden kann, ist bislang stark umstritten.

Die ältere Rechtsprechung bis zur Entscheidung des BVerfG vom 19.4.2005 ging davon aus, dass das Fehlen eines Pflichtteilsanspruchs nach dem anwendbaren ausländischen Recht nicht geeignet ist, einen ordre public Verstoß zu begründen.<sup>8</sup> Eine Reaktion auf die Entscheidung des BVerfG zeichnete sich schon mit der Entscheidung des KG vom 26.2.2008 – 1 W 59/07 ab, das die ältere Rechtsprechung bereits als überholt und einen ordre public Verstoß als möglich sah, eine Entscheidung hierüber aber noch offen lassen konnte.<sup>9</sup>

In der Literatur blieb die Behandlung von Pflichtteilsrechten im Rahmen des ordre public auch nach der Entscheidung des BVerfG vom 19.4.2005 stark umstritten. Teilweise wird vertreten, dass sich ein Durchschlagen des deutschen Pflichtteils-

6) Ungeachtet der Frage danach, wie es sich auswirkt, dass England nicht Vertragsstaat der Verordnung geworden ist.

7) Nach Art. 27 Abs. 2 des Vorschlags für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen und öffentlichen Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, KOM/2009/0154 endg. – COD 2009/0157 sollte eine Unvereinbarkeit des zur Anwendung kommenden Rechts mit dem ordre public nicht bereits deshalb anzunehmen sein, dass es den Pflichtteilsanspruch anders regelt als das Recht am Ort des angerufenen Gerichts.

8) RG JW 1912, 22; BGH, Urt. v. 21.4.1993 – XII ZR 248/91, NJW 1993, 1920, 1921; OLG Köln v. 26.6.1975 – U 215/74, FamRZ 76, 170; OLG Hamm, Beschl. v. 28.2.2005, ZEV 2005, 436, 439.

9) KG, Beschl. v. 26.2.2008 – 1 W 59/07, NJW-RR 2008, 1109.

rechts auf andere Rechtsordnungen über Art. 35 EuErbVO regelmäßig verbiete.<sup>10</sup> Eine andere Ansicht hält den ordre public Verstoß bei Fehlen von Pflichtteilsrechten zwar grundsätzlich für möglich, will ihn aber an weitere Voraussetzungen knüpfen. So soll der Verstoß ausscheiden, wenn ein volljähriger und wirtschaftlich unabhängiger Abkömmling betroffen sei<sup>11</sup> oder der Betreffende der deutschen Sozialhilfe nicht zur Last falle.<sup>12</sup> Die wohl überwiegende Meinung nimmt dagegen unter Verweis auf die Rechtsprechung des BVerfG einen ordre public Verstoß jedenfalls dann an, wenn einem Abkömmling nach ausländischen Regelungen gar keine Beteiligung am Nachlass zuteilwird.<sup>13</sup>

Die weitere Frage, ob ein fehlender Pflichtteilsanspruch auch durch andere Rechte, insbesondere Noterbenrechte oder Unterhaltsansprüche, kompensiert werden kann und der ordre public Verstoß in Hinblick auf diese entfällt, wird überwiegend bejaht. Abzustellen sei auf das (wirtschaftliche) Ergebnis der Rechtsanwendung.<sup>14</sup>

Mit seiner Entscheidung stellt der BGH fest, dass vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BVerfG weder die einen ordre public Verstoß verneinende Rechtsprechung und Literatur noch die Literaturstimmen, die den ordre public Verstoß an weitere Voraussetzungen knüpfen wollen, Bestand haben können.<sup>15</sup> Eine Kompensation fehlender Pflichtteilsansprüche durch Ersatzmechanismen wie die englische Inheritance Provision 1975 scheidet nach Ansicht des BGH ebenso aus, da diese als ermessens- und einzelfallabhängige Regelungen den Vorgaben des BVerfG nicht gerecht würden.<sup>16</sup>

## 2. Meinungsstand in anderen europäischen Jurisdiktionen

Das Urteil des BGH weicht von einer Reihe von Entscheidungen in anderen europäischen Jurisdiktionen ab, die in der pflichtteilsausschließenden Rechtswahl keinen ordre public Verstoß sahen.

### a) Österreich

Mit Urt. v. 25.2.2021 verneinte der Oberste Gerichtshof (OGH)<sup>17</sup> einen ordre public Verstoß in einem Fall, in dem die

britische Erblasserin durch testamentarische Wahl ihres Heimatrechts Pflichtteilsansprüche ihrer Nachkommen ausgeschlossen hatte. Begründet wurde dies zum einen mit dem geringeren Stellenwert des Pflichtteilsrechts, das – anders als in Deutschland – im Rahmen der Eigentumsгарantie aus Art. 5 StGG auch nicht ausdrücklich genannt wird und einfachgesetzlich differenziert mit Entzugs-, Minderungs- und Stundungsmöglichkeiten ausgestaltet sei. Letztlich weise der konkrete Fall durch die Lage des betroffenen Vermögens in britischen trusts und der britischen Staatsangehörigkeit der Kläger auch einen nur sehr geringen Inlandsbezug auf. Ob ein stärkerer Inlandsbezug zu einem anderen Ergebnis führen würde, ließ das Gericht ausdrücklich offen.

### b) Italien

Der italienische Kassationsgerichtshof<sup>18</sup> entschied bereits im Jahr 1996, dass Pflichtteilsansprüche nicht vom ordre public erfasst sind. Auf die Erbfolge des kanadischen Erblassers fand dessen Heimatrecht Anwendung, durch das seine Tochter von einer Partizipation am Nachlass ausgeschlossen war. Das Gericht lehnte einen ordre public Verstoß insbesondere deshalb ab, da Art. 42 der italienischen Verfassung, welcher das Eigentum und das Erbrecht regelt, keinen Bezug auf die Pflichtteilsberechtigten nimmt, denen daher auch kein besonderer Schutz im Rahmen des ordre public zukäme.

### c) Frankreich

Dass der Ausschluss von Pflichtteilsrechten nicht gegen den französischen ordre public verstoße, entschied auch der französische Kassationsgerichtshof mit zwei Urteilen vom 27.9.2017.<sup>19</sup> In beiden Fällen unterfiel der jeweilige Nachlass nach den Vorgaben des französischen Internationalen Privatrechts kalifornischem Erbrecht, das einen Pflichtteil für die jeweils testamentarisch enterbten Kinder nicht vorsah. Der Kassationsgerichtshof begründete seine Ablehnung eines ordre public Verstoßes damit, dass die Pflichtteilsrechte durch das Reformgesetz vom 23.6.2006 sowie die EuErbVO (die auf die Erbfälle noch keine Anwendung fand), die einen Ausschluss von Pflichtteilsrechten durch Rechtswahl ermöglicht, an Bedeutung verloren hätten. Ein ordre public Verstoß komme außerdem nur ausnahmsweise infrage und nicht für die jeweils volljährigen und nicht wirtschaftlich bedürftigen Anspruchsinhaber.

Der französische Gesetzgeber hat daraufhin 2021 durch eine Änderung des Code Civil<sup>20</sup> eine Umgehung des französischen Pflichtteilsrechts untersagt. Anwendungsbereich und Vereinbarkeit mit der EuErbVO sind allerdings äußerst umstritten.<sup>21</sup>

10) Siehe etwa *Ayazi*, NJOZ 2018, 1041, 1045; zweifelnd *Stijß*, Erbrecht in Europa, § 5 Grenzen der Anwendung ausländischen Erbrechts Rn 19; im Ergebnis in Hinblick auf den Verfassungsrang des Pflichtteilsrechts offenlassend *Herzog*, ErbR 2013, 2, 5; zurückhaltend *Simon/Buschbaum*, NJW 2012, 2393, 2395.

11) *Ludwig/A. Baetge*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl. 2020 (Stand: 25.4.2022), Art. 35 EuErbVO Rn 9, 17, 21; *Rühel*, in: FS v. Hoffmann, S. 348, 361 f.; *Dörner*, in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2007, Art. 25 EGBGB Rn 726; *Staudinger/Beiderwieden*, juris PR-IWR 6/2021, Anm. 2.

12) *Dutta*, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. 2020, Art. 35 EuErbVO Rn 8 m.w.N.

13) So etwa *Köhler*, in: Kroiß/Horn/Solomon, Nachfolgerecht, 2. Aufl. 2019, Art. 35 EuErbVO, Rn 8; *Looschelders*, in: Hüfstege/Mansel, BGB – Rom-Verordnungen, 3. Aufl. 2019, Art. 35 EuErbVO Rn 23; *J. Schmidt*, in: BeckOGK-EuErbVO (Stand: 1.8.2022), Art. 35 Rn 22.2; *Thorn*, in: Grüneberg, BGB, 81. Aufl. 2022, Art. 35 EuErbVO Rn 2; *Voltz*, in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2013, Art. 6 EGBGB Rn 190 (Stand: 31.5.2021) jeweils m.w.N.

14) Vgl. etwa *J. Schmidt*, in: BeckOGK-EuErbVO, Stand: 1.8.2022, Art. 35 Rn 12; *Lagarde*, in: Bergquist/Damascelli/Frimston/Lagarde/Odersky/Reinhardt, EU-Erbrechtsverordnung, 2015, Art. 35 Rn 6.

15) Rn 21, 27 der besprochenen Entscheidung.

16) Rn 28 der besprochenen Entscheidung.

17) OGH Wien, Urt. v. 25.2.2021 – 2 Ob 214/20i, ZEVB 2021, 722.

18) Kassationsgerichtshof, Urt. v. 24.6.1996 – Cass., Sez. II Civ., n. 5832.

19) Kassationsgerichtshof, Urt. v. 27.9.2017 – Cass Civ 1 n. 16-13151, Cass Civ 1 n. 16-17198; Besprechung von *Stade*, ZEVB 2018, 29, *Stijß*, ZEVB 2017, 567 sowie *ders*, Erbrecht in Europa, § 5 Grenzen der Anwendung ausländischen Erbrechts Rn 15 ff.

20) Loi n° 2021 – 1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République; hierzu ausführlich *Boosfeld*, ErbR 2022, 186.

21) *J. Schmidt*, in: BeckOGK-EuErbVO (Stand: 1.8.2022), Art. 35 Rn 22.4.

#### IV. Bewertung der Entscheidung

Der Entscheidung kann nicht ohne Weiteres gefolgt werden. So darf schon bezweifelt werden, ob Art. 35 EuErbVO auch in Verbindung mit der neueren Judikatur des BVerfG und bei völligem Fehlen von Pflichtteilsansprüchen eines Kindes einen ordre public Verstoß begründen kann. Selbstverständlich scheint dies gerade vor der Reichweite der Grundrechte bei Fällen mit Auslandsberührung wie auch dem Sinn und Zweck der EuErbVO nicht. Auch wenn man – wohl richtigerweise – diese Frage bejaht, führte es zu weit, dieses Ergebnis uneingeschränkt auf alle Fälle zu übertragen, in denen eine wirtschaftliche Teilhabe am Nachlass nach dem ausländischen Recht im Ergebnis zwar stattfindet, aber quantitativ oder der Art der Ansprüche nach hinter dem deutschen Pflichtteilsrecht auch nur irgendwie zurückbleibt. Dies wird vom BGH aber zumindest impliziert. Eine Auseinandersetzung mit der Person des richtigen Klagegegners fehlt leider. Insoweit eine Vorlage an den EuGH abgelehnt wird, kann dem nicht zugestimmt werden.

##### 1. Reichweite des Art. 35 EuErbVO im Allgemeinen

Nach Art. 35 EuErbVO ist eine Rechtsnorm dann nicht anzuwenden, wenn diese Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts unvereinbar ist. Entscheidend ist das konkrete Ergebnis der Rechtsanwendung, nicht der abstrakte Regelungsgehalt der ausländischen Regel an sich. Schon durch den Wortlaut des Art. 35 EuErbVO, nach dem die Unvereinbarkeit „offensichtlich“ zu sein habe, wird klar, dass der Art. 35 EuErbVO eng auszulegen ist und nur in Ausnahmefällen zur Anwendung kommen soll.<sup>22</sup> Eine weitere Einschränkung erfolgt dadurch, dass ein hinreichend starker Inlandsbezug zu fordern ist.<sup>23</sup>

Ein solches enge Verständnis des Art. 35 EuErbVO ist mit Blick auf die Konzeption der EuErbVO zwingend. Diese geht von der grundsätzlichen Zulässigkeit einer Rechtswahl und einem ausreichenden Schutz der hierdurch Betroffenen, insbesondere der Pflichtteilsberechtigten, dadurch aus, dass nach Art. 22 EuErbVO nur das Heimatrecht des Erblassers gewählt werden kann, wie auch Erwägungsgrund 38 EuErbVO entnommen werden kann. Umgekehrt sind die sich daraus ergebenden Beschränkungen des Pflichtteilsrechts der Pflichtteilsberechtigten grundsätzlich hinzunehmen.<sup>24</sup> Ein zu weites Verständnis des ordre public Vorbehalts liefe dem Harmonieziel der EuErbVO gravierend zuwider.<sup>25</sup>

Hieran ändert sich nichts durch Einstellung der Wertungen aus dem Beschluss des BVerfG vom 19.4.2005. Dieser bezog sich nur auf innerdeutsche Sachverhalte, sodass sich schon aus diesem Grund eine unbesehene Übertragung der durch das BVerfG getroffenen Aussagen auf einen Auslands Sachverhalt verbietet.<sup>26</sup> Zwar kommt der Beachtung der deutschen Grundrechte aufgrund ihres verfassungsrechtlichen Rangs im Rahmen des ordre public eine herausragende Bedeutung zu, ihre Bedeutung und Reichweite kann allerdings auch nach der Rechtsprechung des BVerfG bei Sachverhalten mit Auslandsberührung vorab einzuschränken sein.<sup>27</sup> Nach dem „Spanierbeschluss“ des BVerfG<sup>28</sup> ist im Einzelfall zu prüfen, inwieweit das jeweilige Grundrecht „nach Wortlaut, Inhalt und Funktion unter Berücksichtigung der Gleichstellung anderer Staaten und der Eigenständigkeit ihrer Rechtsordnungen für auslandsbezogene Sachverhalte Geltung erlangt“<sup>29</sup>. Nicht jede Rechtsanwendung, die bei einem rein innerdeutschen Sachverhalt grundrechtswidrig wäre, ist dies auch bei Vorliegen eines Auslands Sachverhalts und damit geeignet, einen ordre public Verstoß zu begründen.<sup>30</sup>

##### 2. Ordre public Verstoß im vom BGH zu entscheidenden Fall

Vor diesem Hintergrund verwundert es, mit welcher Selbstverständlichkeit der BGH die durch das BVerfG postulierte Mindestbeteiligung der Kinder am Nachlass zum Inhalt des deutschen ordre public und die Anwendung des deutschen Pflichtteilsrechts (anscheinend) für vollumfänglich anwendbar erklärt.

Jedenfalls für den entschiedenen Fall, in dem die konkrete Anwendung englischen Rechts gar keine Partizipation des nach deutschem Recht pflichtteilsberechtigten Kindes ergab, wird man einen ordre public Verstoß im Ergebnis annehmen müssen. Wollte man dies anders sehen, würde der verfassungsrechtliche Kerngehalt des Pflichtteilsrechts als Ausfluss der Erbrechtsgarantie sowie des Familienschutzes bei entsprechenden Auslands Sachverhalten völlig ausgehöhlt. Eine so weitreichende Schlechterstellung des Pflichtteilsanspruchsinhabers gegenüber demjenigen bei einem rein innerdeutschen Sachverhalt scheint vor dem Hintergrund, dass im Rahmen der ordre public Prüfung stets auch ein hinreichend starker Inlandsbezug<sup>31</sup> zu fordern ist, nicht angebracht.<sup>32</sup>

22) *Odersky*, in: Hausmann/Odersky, Int. PrivatR in der Notar- und Gestaltungspraxis, 4. Aufl. 2021, § 15 Anwendbares Erbrecht Rn 340; *J. Schmidt*, in: BeckOGK-EuErbVO (Stand: 1.8.2022), Art. 35 Rn 12.

23) Zu Erfordernis und „Relativität“ des Inlandsbezugs in Hinblick auf Bedeutung der verletzten Grundsätze der lex fori: *Köhler*, in: Kroiß/Horn/Solomon, Nachfolgerecht, 2. Aufl. 2019, Art. 35 EuErbVO Rn 5; *Voltz*, in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2013, Art. 6 EGBGB Rn 161 (Stand 31.5.2021).

24) *Ayani*, NJOZ 2018, 1041, 1043; *Looschelders*, in: Hüfstege/Mansel, BGB – Rom-Verordnungen, 3. Aufl. 2019, Art. 35 EuErbVO Rn 23.

25) *J. Schmidt*, in: BeckOGK-EuErbVO, Stand: 1.8.2022, Art. 35 Rn 12; *Lagarde*, in: Bergquist/Damascelli/Frimston/Lagarde/Odersky/Reinhardt, EU-Erbrechtsverordnung, 2015, Art. 35 Rn 6.

26) *Holtz/Lorenz*, DStR 2022, 1917, 1923.

27) *Looschelders*, in: Hüfstege/Mansel, BGB – Rom-Verordnungen, 3. Aufl. 2019, Art. 35 EuErbVO Rn 10, 14; *Voltz*, in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2013, Art. 6 EGBGB Rn 135, 141 (Stand: 31.5.2021).

28) BVerfG, Beschl. v. 4.5.1971 – 1 BvR 636/68, BVerfGE 31, 58 = NJW 1971, 1509.

29) BVerfG, Beschl. v. 4.5.1971 – 1 BvR 636/68, BVerfGE 31, 58, 87 (insoweit nicht abgedruckt bei NJW 1971, 1509).

30) *Köhler*, in: Kroiß/Horn/Solomon, Nachfolgerecht, 2. Aufl. 2019, Art. 35 EuErbVO Rn 5; *Voltz*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2013, Art. 6 EGBGB Rn 141, 190 (Stand: 31.5.2021); *Looschelders*, in: Hüfstege/Mansel, BGB – Rom-Verordnungen, 3. Aufl. 2019, Art. 35 EuErbVO Rn 26.

31) Siehe Fn. 23.

32) Im Ergebnis zustimmend zum Ergebnis des BGH etwa *Bühler*, Notar 2022, 191, 195; *Windeknecht*, NJW 2022, 2547, 2552 f.; *Weber*, RFamU 2022, 424, 430; zu OLG Köln: *Lehmann*, ZEV 2021, 698, 701; zweifelnd dagegen *Holtz*, DStR 2022, 1917, 1923.

Dieses Ergebnis kann auch nicht vor dem Hintergrund verwundern, dass im Ausland mitunter stärkere Noterben- und Pflichtteilsrechte nicht durchgedrungen sind<sup>33</sup>, da hier gerade keine verfassungsrechtliche Absicherung vorlag, was der österreichische OGH (dieser in ausdrücklicher Abgrenzung zum deutschen Recht) sowie der italienische Kassationsgerichtshof auch ausdrücklich hervorhoben. Nichts anderes wird für das französische Recht gelten<sup>34</sup>, auch wenn der fehlende Verfassungsrang in den entsprechenden Entscheidungen nicht ausdrücklich herausgestellt wurde. Die Außenseiterposition Deutschlands rechtfertigt sich durch seine verfassungsrechtlich besondere Lage.

### 3. Ordre public Verstoß in anderen Fällen

Keine Zustimmung verdient die Entscheidung des BGH dagegen, insoweit der Eindruck erweckt wird, dass jedes Zurückbleiben der einschlägigen Auslandsbestimmungen hinter dem Vorbild des deutschen Pflichtteilsrechts einen ordre public Verstoß begründe, dem durch volle Anwendung des deutschen Pflichtteilsrechts abzuhelfen ist.

Das BVerfG begründet die gebotene Mindestbeteiligung von Kindern am Nachlass gerade im Sinne einer verfassungsrechtlichen Institutsgarantie, deren konkrete Ausfüllung mit einem weiten Ermessensspielraum dem Gesetzgeber obliegt, was im Grundsatz auch der BGH zur Kenntnis nimmt.<sup>35</sup> Hat schon der deutsche Gesetzgeber einen weiten Ermessensspielraum, muss dies auch vor der gebotenen engen Auslegung des ordre public Vorbehalts (siehe vorstehend Nr. 1) erst recht für Vorschriften des Auslandsgesetzgebers gelten<sup>36</sup> – ein ordre public Verstoß ist nur dann anzunehmen, wenn im konkreten Einzelfall das nach dem deutschen ordre public zwingend gebotene Mindestmaß unterschritten wird. Dieses ist mit der einfachgesetzlichen Ausgestaltung des Pflichtteilsrechts nicht deckungsgleich und wäre im Einzelfall zu bestimmen. Hierdurch ergibt sich dann gleichzeitig auch die Rechtsfolge eines ordre public Verstößes: Die bestehende Lücke ist so auszufüllen, dass ein gerade noch dem ordre public entsprechendes Ergebnis erzielt wird.<sup>37</sup>

Zur quantitativen Untergrenze hatte der BGH sich nicht zu äußern, da jedenfalls das völlige Fehlen eines Pflichtteilsanspruchs einen ordre public Verstoß begründet und auf Ebene des Auskunfts- und Wertermittlungsanspruchs nach § 2314 Abs. 1 BGB über den Umfang der Partizipation am Nachlass nicht zu entscheiden war. Gleichwohl wird durch den für notwendig befundenen und nicht näher eingeschränkten Rückgriff auf das deutsche Pflichtteilsrecht<sup>38</sup> der Eindruck erweckt, maßgeblich für den ordre public Verstoß sowie die Lückenfüllung sei das deutsche Pflichtteilsrecht in vollem

Umfang, d.h. einschließlich der entsprechenden vollen Pflichtteilsquoten. Dies ist abzulehnen. Sieht die ausländische Rechtsordnung eine geringere Beteiligung am Nachlass vor, ist dies nur insoweit schädlich, als das für den deutschen ordre public zwingend erforderliche Mindestmaß unterschritten würde.<sup>39</sup>

Ebenso abzulehnen ist die pauschale Aussage des BGH, dass die Inheritance Provision 1975 oder ähnliche Ersatzmechanismen generell nicht geeignet seien, den fehlenden Pflichtteil eines Kindes zu kompensieren.<sup>40</sup> Im Rahmen des Art. 35 EuErbVO kommt es richtigerweise darauf an, dass ein im *konkreten* Einzelfall mit dem deutschen ordre public unvereinbares Ergebnis besteht. Ein solches begründet der BGH in seiner Entscheidung auch korrekt damit, dass dem Anspruchsteller nach englischen Recht schon aufgrund des fehlenden domiciles in England oder Wales keine Ansprüche zukamen.<sup>41</sup> Zu weit geht es dagegen, die Anwendung englischen Rechts *generell* zu versagen mit der Begründung, dieses sehe gerichtliches Ermessen vor und sei von zahlreichen Faktoren des Einzelfalls abhängig.<sup>42</sup> Dies liefe letztlich auf eine abstrakte Prüfung des Auslandsrechts hinaus, die im Rahmen des ordre public gerade nicht erfolgen darf. Zeigt die konkrete Anwendung des ausländischen Rechts, dass ein unzureichender Pflichtteil durch andere Regelungen, etwa des Unterhaltsrechts, kompensiert wird, scheidet ein ordre public Verstoß daher aus, und zwar auch dann, wenn die Anwendung ausländischen Rechts ermessensabhängig ist oder von unbestimmten Rechtsbegriffen abhängt.<sup>43</sup> Das gilt erst recht, wenn diese Rechte sogar noch über das deutsche Pflichtteilsrecht hinausgehen und dem Berechtigten etwa eine Beteiligung am Nachlass im Sinne eines Noterbenrechts einräumen. Es verwundert vor diesem Hintergrund, dass das OLG – nunmehr durch den BGH bestätigt – auch eine Kompensation durch Noterbenrechte ausdrücklich ausschloss.<sup>44</sup>

Zuletzt äußert die Entscheidung sich ebenso wenig wie der Beschluss des BVerfG vom 19.4.2005 dazu, ob auch ein zwingender Mindestbestand des Pflichtteils von Ehegatten oder Eltern anzunehmen ist.

### 4. Falscher Klagegegner

Bislang außer von *Bühler*<sup>45</sup> unbemerkt geblieben ist, dass es sich bei der Beklagten zu 1, d.h. der Erbin nach *deutschem* Verständnis, um den falschen Klagegegner handeln dürfte. Nach dem zulässig gewählten und – abgesehen von zwingenden ordre public Durchbrechungen – vorrangig anzuwendendem *englischen* Erbrecht geht der gesamte Nachlass zunächst auf die Beklagte zu 2 als *executor* über. Konsequenz wäre es daher, auch diese als Klagegegner heranzuziehen.

33) So aber *Lehmann*, ZEV 2021, 698, 702 zur Entscheidung des OLG Köln.

34) Vgl. *Benzina*, Les enjeux constitutionnels de la réserve héréditaire, in: *Pères/Potentier*, La réserve héréditaire, 2019, S. 17 Rn 11.

35) Rn 14, 23 der besprochenen Entscheidung.

36) *Kindler/Kränzle*, in: *Groll/Steiner*, Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung, 5. Aufl. 2019, Rn 41.89.

37) *Bühler*, Notar 2022, 191, 195; *Lehmann*, ZEV 2021, 698, 702; *Ayazi*, NJOZ 2018, 1041, 1044; *Pfeiffer*, LMK 2022, 811862, S. 2 f.; *Süß*, Erbrecht in Europa, § 5 Grenzen der Anwendung ausländischen Erbrechts Rn 19; *Voltz*, in: *Staudinger*, Neubearb. 2013, Art. 6 EGBGB Rn 143 (Stand: 31.5.2021); *Lorenz*, in: *BeckOK-BGB*, 63. Edition, Art. 6 EGBGB Rn 18.

38) Siehe Rn 30 des Volltextes der besprochenen Entscheidung.

39) *Lehmann*, ZEV 2021, 698, 702; *Pfeiffer*, LMK 2022, 811862, S. 3; *Bühler*, Notar 2022, 191, 195 f.

40) Rn 28 der besprochenen Entscheidung.

41) Rn 19 der besprochenen Entscheidung.

42) Rn 28 der besprochenen Entscheidung; in diesem Sinne auch: *Bühler*, Notar 2022, 191, 195; *Weber*, RFamU 2022, 424, 430; *Voltz*, in: *Staudinger*, Neubearb. 2013, Art. 6 EGBGB Rn 190 (Stand: 31.5.2021) noch zu Art. 6.

43) *Bühler*, in: *Notar* 2022, 191, 195; *Weber*, RFamU 2022, 424, 429; *Lehmann*, ZEV 2021, 698, 701 f.

44) OLG Köln, Urt. v. 22.4.2021 – 24 U 77/20, BeckRS 2021, 15421 Rn 22; *Bühler*, Notar 2022, 191, 194 f.; *Lehmann*, ZEV 2021, 698, 701 f.

45) *Bühler*, Notar 2022, 191, 196.

## 5. Vorlage an EuGH

Zu kurz greift die Annahme des BGH, einer Vorlage an den EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV habe es daher nicht bedurft, da die Entscheidung über die Unvereinbarkeit mit dem *ordre public* des angerufenen Gerichts nur durch dieses entschieden werden könne.<sup>46</sup> Auch wenn die Prüfung des deutschen *ordre public* grundsätzlich deutschen Gerichten zufällt, obliegt es durch die europarechtliche Einbettung des *ordre public* Vorbehalts in Art. 35 EuErbVO dem europäischen Gerichtshof, die äußeren Grenzen zu überwachen, innerhalb derer sich ein Staat überhaupt auf den *ordre public* stützen darf. Die vom EuGH in seiner Krombach Entscheidung<sup>47</sup> aufgestellten Grundsätze greifen nach h.M. auch im Rahmen des Art. 35 EuErbVO.

In Hinblick darauf, dass für die Bewertung der europäischen Dimension des *ordre public* (siehe vorstehend IV. Nr. 1) sowie die Tatsache, dass in anderen europäischen Jurisdiktionen schon gegenläufige Entscheidungen (siehe vorstehend III. Nr. 2) existieren, wäre eine Vorlage an den EuGH wünschenswert gewesen.<sup>48</sup>

## V. Bedeutung für die Gestaltungspraxis

Die Entscheidung wird erheblichen Einfluss auf die Beratungspraxis und Nachfolgeplanung bei grenzüberschreitenden Sachverhalten haben. Mandanten, die eine Nachfolgeplanung nach ausländischem Recht haben oder planen und starke Bezüge zu Deutschland haben, können sich nicht mehr ohne Weiteres darauf verlassen, dass diese vor deutschen Gerichten anerkannt wird, soweit Pflichtteilsberechtigte nach deutscher Vorstellung schlechter gestellt sind.

Die Gestaltungspraxis muss sich demnach darauf einstellen, dass die Wahl ausländischen Rechts zur Pflichtteilsvermeidung oder -reduzierung künftig nur noch sehr eingeschränkt möglich bzw. mit einem erheblichen Risiko verbunden ist. Die Aussagen der Entscheidung lassen sich so verstehen, dass sie selbst dann gilt, wenn das ausländische Recht keinen völligen Ausschluss des Pflichtteilsberechtigten vorsieht, aber hinter dem deutschen Pflichtteilsrecht zurückbleibt (insbesondere durch eine geringere Pflichtteilsquote) oder wenn andersartige (Unterhalts-)Ansprüche gewährt werden, insbesondere solche, die bedarfsabhängig sind und in gerichtlichem Ermessen stehen.

Die Entscheidung des BGH ist für einen Fall mit einem starken Inlandsbezug ergangen. Es scheint daher Raum für eine pflichtteilsvermeidende Rechtswahl vor allem noch in Fällen zu existieren, in denen ein hinreichender Inlandsbezug nicht derart eindeutig ist, insbesondere der Erblasser noch enge Verbindungen

zum Ausland unterhält bzw. wesentliches Erblasservermögen dort belegen ist. Inwieweit sich die Grundsätze der Entscheidung auf die Pflichtteilsansprüche von Ehegatten und Kindern übertragen lassen, ist offen. Bis Sicherheit hierüber besteht, ist auch hier besondere Vorsicht hinsichtlich nach deutscher Vorstellung bestehender Pflichtteilsansprüche geboten.

Aufgrund des Risikos, dass bei Wahl eines ausländischen Rechts mit unzureichenden Pflichtteilsansprüchen insoweit deutsches Pflichtteilsrecht zur Anwendung kommt, sollten zur Pflichtteilsvermeidung und -reduzierung zusätzlich oder alternativ zur Wahl des ausländischen Rechts andere Gestaltungen in Erwägung gezogen werden.

Die Möglichkeit des Erblassers, dem Pflichtteilsberechtigten den Pflichtteil gem. § 2333 BGB einseitig zu entziehen, beschränkt sich auf Extremfälle, die in der Praxis selten anzutreffen sind, sodass dieser Weg in der Regel ausscheiden wird. Ein sicherer Ausschluss ist stets über einen Pflichtteilsverzicht nach § 2346 Abs. 2 BGB im Einvernehmen mit dem Pflichtteilsberechtigten möglich, der sich diesen Verzicht im Zweifel aber (wenn er sich überhaupt hierauf einlässt) abgelten lassen wird.

Es bleibt daher vor allem die Möglichkeit, durch frühzeitige lebzeitige Schenkungen das künftige Nachlassvermögen und damit auch die Höhe der etwaigen Pflichtteilsansprüche so weit wie möglich zu reduzieren. Zwar werden entsprechende Zuwendungen im Rahmen eines Pflichtteilsergänzungsanspruchs nach § 2325 BGB zu beachten sein. Diese werden mit zunehmendem Zeitablauf seit der Leistung jedoch in immer geringerer Höhe in die Berechnung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs eingestellt, bis sie nach zehn Jahren gar keine Berücksichtigung mehr finden. Der Beginn der Frist kann nach der Rechtsprechung des BGH allerdings dadurch gehindert werden, dass der Schenker den Schenkgegenstand im Wesentlichen weiter nutzt (insb. im Rahmen vorbehaltenen Nießbrauchsrechte), worauf zu achten ist.<sup>49</sup> Unter Ehegatten beginnt die Frist nach § 2325 Abs. 3 S. 3 BGB nicht vor Auflösung der Ehe. Im durch den BGH zu entscheidenden Fall hätte der Erblasser ggf. gut daran getan, einen größeren Teil seines Vermögens möglichst früh und unter Ausnutzung bestehender Steuervergünstigungen auf die gGmbH zu übertragen.

46) Siehe Rn 31 des Volltextes der besprochenen Entscheidung.

47) EuGH, Urt. v. 28.3.2000 – Rs. C-7/98, NWJ 2000, 1854.

48) Bühler, Notar 2022, 191, 196; Pfeiffer, LMK 2022, 811862, S. 2; Lehmann, ZEV 2021, 698, 702; zweifelnd Weber, RFamU 2022, 424, 429.

49) BGH, Urt. v. 27.4.1994 – IV ZR 132/93, NJW 1994, 1791.

**Auf einen Blick**

Mit seinem Urt. v. 29.6.2022 hat der BGH bejaht, dass in der Anwendung englischen Erbrechts auf den Nachlass eines in Deutschland lebenden Erblassers ein Verstoß gegen den deutschen ordre public zu sehen ist, soweit hierdurch Kindern des Erblassers der ihnen nach der Rechtsprechung des BVerfG zustehende, unentziehbare und bedarfsunabhängiger Pflichtteilsanspruch entzogen wird (BVerfG, Beschl. v. 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00) und ein hinreichender Inlandsbezug besteht. Dem kann nur eingeschränkt gefolgt werden.

Jedenfalls für den entschiedenen Fall des völligen Ausschlusses von Kindern von einer Partizipation am Nachlass muss dem BGH im Ergebnis zugestimmt werden. Durch die besondere verfassungsrechtliche Verankerung des Pflichtteilsrechts unterscheidet sich Deutschland gerade von den Rechtsordnungen Österreichs, Italiens und Frankreichs, deren höchste Gerichte einen ordre public Verstoß nach eigenem Recht bislang ablehnen. Hier hätte es allerdings einer eingehenderen Auseinandersetzung mit der Reichweite der Rechtsprechung des BVerfG bedurft, die auch vor dem Hintergrund der Bedeutung der EuErbVO nicht uneingeschränkt auf Auslandssachverhalte übertragen werden kann.

Nicht gefolgt werden kann dem BGH insoweit er durch seine Entscheidung den Eindruck erweckt, jedes Zurückbleiben des

Auslandsrechts hinter dem deutschen Pflichtteilsrecht begründe einen ordre public Verstoß. Vielmehr ist in jedem konkreten Einzelfall das nach dem deutschen ordre public zwingend gebotene Mindestmaß der Nachlassbeteiligung zu bestimmen, das gerade nicht mit der einfachgesetzlichen Ausgestaltung des deutschen Pflichtteilsrechts korrespondieren muss. Erst wenn durch die konkrete Anwendung des Auslandsrechts dieses Mindestmaß unterschritten wird, liegt ein ordre public Verstoß vor. Eine abstrakte und vom konkreten Anwendungsergebnis losgelöste Prüfung des anwendbaren Auslandsrechts auf seine Vereinbarkeit mit deutschem Recht, wie sie hier der BGH (jedenfalls auch) vornimmt, verbietet sich dagegen. Die durch den ordre public Verstoß entstehende Lücke wird dann durch ein gerade noch den Mindestvorgaben des deutschen ordre public entsprechendes Ergebnis aufgefüllt.

In der Gestaltungspraxis wird die Wahl ausländischen Rechts zur Pflichtteilsvermeidung oder -reduzierung künftig nur noch sehr eingeschränkt möglich bzw. mit erheblichen Risiken verbunden sein, sodass – jedenfalls bei starkem Inlandsbezug – zusätzlich oder alternativ auf andere Möglichkeiten der Pflichtteilsbegrenzung wie den Pflichtteilsverzicht oder Übertragungen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge zuzugreifen ist.