

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 Prof. Dra. Cláudia Lima Marques von der Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Brasilien, die bereits meinen zweiseimstrigen 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 Materialien 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 Geraldine 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 Län- dern.....	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 Príncipe	40
7) Die Sonderverwaltungsregion Macau der Volksrepublik Chi- na.....	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 gemein- schaftliche 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 Qualifika- tion.....	59
aa) Sachnormen als Spiegelbild von Rechtsfragen und Sach- problemen	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 Verfü- gungen	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 Lösungsan- satzes	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 Verfügungen 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 Qualifikationsentschei- dung	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 Kol- lisionsrechts.....	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 Kollisi- onsrecht?.....	141
bb) Reichweite der Fixierung des hypothetischen Erbsta- tuts 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 spä- teren 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 Testa- mente 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 Testamentformstatut.....	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 Staatsangehör- igkeit.....	187
1) Portugiesisches Recht und die ihm folgenden Rechte von An- gola, 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

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 Lebens- partnerschaft	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 ein- getragenen 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.	Arquivo 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
BGBI.	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 Bundesverfassungsgerichts
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 Haftung
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 anzuwendende 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 Básica 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 Jurisprudência
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