

## SACHVERHALT

Die minderjährige Mandantin Sandra Busse, dt. Staatsangehörige, wird von ihrer allein sorgeberechtigten Mutter britischer Herkunft, Petra Busse, vertreten. Ihr dt. Vater Jochen Busse verstarb im Jahr 2003.

Sandra Busse hat einen Bruder und eine Halbschwester.

Der heute volljährige Stephan Busse, britischer Staatsangehöriger, ist Sohn der Petra Busse. Jochen Busse nahm ihn als Minderjährigen im Rahmen einer Volladoption an, nachdem er Petra Busse geheiratet hatte. Sandras Halbschwester Klara Busse, stammt aus der ersten Ehe des Vaters.

Der Erblasser, Konrad Busse, ist der Vater von Jochen Busse und Großvater der Mandantin.

Er verstarb nach seinem Sohn Jochen am 20.6.2005 in Berlin. Er war Witwer der Agnes Busse, die bereits im Jahr 1992 verstorben war. Beide Eheleute hatten in Berlin gelebt, besaßen aber die österreichische Staatsangehörigkeit.

Der Erblasser Konrad Busse hatte drei Kinder. Neben seinem Sohn Jochen Busse sind das die noch lebenden beiden Töchter Martha Schmidt und Franziska Müller.

Sandra, Stephan und Klara Busse waren im Jahre 2003 zunächst zu gleichen Teilen gesetzliche Erben ihres vorverstorbenen deutschen Vaters, also nach Jochen Busse geworden, hatten aber dann die Erbschaft rechtzeitig ausgeschlagen.

Konrad Busse hinterließ nun zwei Verfügungen von Todes wegen – einen Erbvertrag von 1990 und ein notarielles Testament von 1997. Beide errichtete er vor einem Notar in Hamburg.

Den Erbvertrag hatte er mit seiner Schwester Ronja Lange geschlossen. Beide waren jeweils zur Hälfte Miteigentümer einer Eigentumswohnung in Hamburg gewesen. Konrad Busse hatte seine Ehefrau Agnes als Erbin seines Miteigentumsanteiles eingesetzt. Die Schwester Ronja Lange war zur Ersatzerbin in erster Linie bestimmt und in zweiter Linie seine Abkömmlinge nach den Regeln der deutschen gesetzlichen Erbfolge. Die Schwester setzte ihren Bruder, ersatzweise dessen Ehefrau in erster und dessen Abkömmlinge in zweiter Linie als Erben ihres Miteigentumsanteiles ein.

Das Testament bestätigt den Erbvertrag. Darüber hinaus setzte der Erblasser seine Enkel Bernd Schmidt und Klara Busse, ersatzweise deren Abkömmlinge nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge als Erben je zur Hälfte ein. Seine mittelbaren Abkömmlinge, die Mandantin Sandra Busse einerseits und ihren Bruder andererseits

schloss er damit von der Erbfolge aus. Martha Schmidt erhielt daneben ein lebenslanges Wohnungsrecht im Haus in Hamburg.

Die eingesetzten Enkel Bernd Schmidt und Klara Busse schlugen die Erbschaft nach Konrad Busse aus. Die Erklärungen erfolgten gegenüber dem Nachlassgericht in Berlin, durch von einem dt. Notar beglaubigte Ausschlagungserklärungen. Konrad Busse hatte zuletzt in Berlin gewohnt und war dort verstorben.

Neben der Eigentumswohnung besteht der Nachlass im wesentlichen aus einem Wohngrundstück in Hamburg, zwei PKW (Mercedes C-Klasse und ein Oldtimer) und einem Wertpapierdepot über 60.000,00 € in Deutschland.

---

#### ALTERNATIVE 1:

Agnes Busse hat die dt. Staatsangehörigkeit.

---

#### ALTERNATIVE 2:

Der eingesetzte Enkel Bernd Schmidt hat einen nichtehelichen Abkömmling. Mit der Vaterschaftsanerkennung vom 24.4.2003 ist die dreijährige Tanja Schmidt seine Tochter geworden.

Die Mutter der Mandantin interessiert sich nun für folgende Fragen:

Wie ist ihre Tochter und ggf. ihr volljähriger adoptierter Sohn am Erbe beteiligt?

Wie erfährt sie den Umfang des Erbes am leichtesten?

Mit welchen Quoten ist ihre Tochter an den Grundstücken/Immobilien beteiligt, wenn überhaupt?

## 2. ANNAHME DER ERBSCHAFT

---

### (VERLASSENSCHAFTSABHANDLUNG MIT ERBSERKLÄRUNG/ERBANTRITTSERKLÄRUNG UND EINANTWORTUNG)

Bei jedem Todesfall in Österreich wird das Nachlassgericht von Amts wegen tätig<sup>1</sup>, § 20 AußStrG alte Fassung, auf die Kroiß noch Bezug nimmt, jetzt seit 1.5.2005 §§ 143 ff AußStrG.

Die maßgeblichen Normen dazu sind im Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen<sup>2</sup> (AußStrG) und im Gesetz Jurisdiktionsnorm<sup>3</sup> (JN) zu finden.

---

<sup>1</sup>Kroiß, Rn. 191; Schömmel/ Faßold/ Bauer, Rn. 382;

Eine Verlassenschaftsabhandlung besteht aus

- der Todesfallaufnahme,
- der Erbeserklärung/jetzt Erbantrittserklärung und
- der Einantwortung.

Die Erbeserklärung heißt nach neuer Fassung Erbantrittserklärung, § 157 AußStrG, und ist unbedingte Voraussetzung der Einantwortung. Sie ist nur dann unnötig, wenn ein Abhandlungsverfahren ausnahmsweise unterbleibt.<sup>4</sup> Mit der Erbeserklärung/Erbantrittserklärung nach § 799 ABGB tritt ein Erbe die Erbschaft ausdrücklich an.

*§ 799. Wer eine Erbschaft in Besitz nehmen will, muss den Rechtstitel, ob sie ihm aus einer letzten Anordnung; aus einem gültigen Erbvertrage; oder aus dem Gesetze zufalle, dem Gerichte ausweisen, und sich ausdrücklich erklären, dass er die Erbschaft annehme.*

So bleibt er am Abhandlungsverfahren beteiligt. Versäumt er die Erklärungsfrist, ist er vom weiteren Verfahren ausgeschlossen, verliert nicht seinen Erbenspruch<sup>5</sup>, kann aber nach § 157 Abs. III AußStrG die Erklärung nachholen.

Wird gar keine Erbantrittserklärung abgegeben, fällt die Verlassenschaft, also der Nachlass, durch Vermittlung eines einzusetzenden Verlassenschaftskurators, § 184 AußStrG, dem österreichischen Fiskus an (der Finanzprokurator der Republik Österreich).

Die Einantwortung (ein Gerichtsbeschluss) verschafft den Erben nach § 797 ABGB den rechtlichen Besitz am Nachlass,

*§ 797. Niemand darf eine Erbschaft eigenmächtig in Besitz nehmen. Das Erbrecht muss vor Gericht verhandelt und von demselben die Einantwortung des Nachlasses, das ist, die Übergabe in den rechtlichen Besitz, bewirkt werden.*

---

<sup>2</sup> In der Fassung BGBl I 8/2006 - Achtung! Die Fundstelle in Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, Österreich, Texte III, Nr.17 sind insoweit ebenso wie bei Kroiß nicht mehr aktuell.

Fundstelle z.B.:

[http://www.parlinkom.gv.at/pls/portal/docs/page/PG/DE/XXII/BNR/BNR\\_00082/FNAMEORIG\\_010948.HTML](http://www.parlinkom.gv.at/pls/portal/docs/page/PG/DE/XXII/BNR/BNR_00082/FNAMEORIG_010948.HTML)

<sup>3</sup> Gesetz vom 1.8.1895 idF BGBl. I Nr. 120/2005

- Fundstelle in Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, Österreich, Texte III, Nr.16

<sup>4</sup> Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, Österreich, Rn. 121

<sup>5</sup> Kroiß, Rn. 194

Sie bildet gem. § 819 ABGB den Abschluss des Verfahrens.

Mit ihr geht der Nachlass auf die Erben über. Sie beendet zugleich das Abhandlungsverfahren.<sup>6</sup> Das österreichische Erbrecht kennt also anders als das deutsche Recht keinen unmittelbaren Rechtserwerb.<sup>7</sup>

Grundsätzlich ist gemäß §§ 105, 106 JN das Bezirksgericht als Verlassenschaftsgericht zuständig, in dessen Bezirk der Erblasser seinen letzten Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Das Gericht bestimmt einen Gerichtskommissär, in der Regel der Notar vor Ort. Dieser hat die Todesfallaufnahme zu errichten, § 145 AußStrG, und den Nachlass zu ermitteln und zu sichern. Die Todesfallaufnahme hat z.B. die Urkunden über letztwillige Anordnungen zu enthalten.

Wohnte der Österreicher im Ausland, wird gemäß § 106 JN das Bezirksgericht zuständig, in dem sich der unbewegliche Nachlass befindet. Ist kein unbeweglicher Nachlass vorhanden, wird das Bezirksgericht zuständig, in dem sich der überwiegende Teil des in Österreich belegenen Vermögens befindet.

*§ 105. Die Verlassenschaftsverfahren (§§ 143 bis 185 AußStrG) gehören vor das Gericht, in dessen Sprengel der Verstorbene seinen allgemeinen Gerichtsstand in Streitsachen hatte. Lässt sich ein solcher im Inland nicht ermitteln oder ist er bei mehreren Gerichten begründet, so gehören sie vor das Gericht, in dessen Sprengel sich der größte Teil des im Inland gelegenen Vermögens des Verstorbenen befindet, sonst vor das Bezirksgericht Innere Stadt Wien.*

*§ 106. (1) Die inländische Gerichtsbarkeit für die Abhandlung einer Verlassenschaft und für diese ersetzende Verfahren (§§ 153 ff AußStrG) ist gegeben*

- über das im Inland gelegene unbewegliche Vermögen;
- über das im Inland gelegene bewegliche Vermögen, wenn
  - der Verstorbene zuletzt österreichischer Staatsbürger war oder
  - der Verstorbene seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hatte oder
  - die Durchsetzung aus dem Erbrecht, Pflichtteilsrecht oder einer letztwilligen Erklärung abgeleiteter Rechte im Ausland unmöglich ist;
- über das im Ausland gelegene bewegliche Vermögen, wenn der Verstorbene zuletzt österreichischer Staatsbürger war und
  - seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hatte oder
  - die Durchsetzung aus dem Erbrecht, Pflichtteilsrecht oder einer letztwilligen Erklärung abgeleiteter Rechte im Ausland unmöglich ist.

*(2) Die inländische Gerichtsbarkeit nach Abs. 1 erstreckt sich auch auf eine Substitutionsabhandlung.*

Fraglich ist, was für das Nachlassverfahren gilt, wenn ein Österreicher ausschließlich Vermögen in Deutschland hinterlässt. Gem. § 143 Abs. II AußStrG ist die Abhandlung der Verlassenschaft über im Ausland (von Österreich aus betrachtet) gelegenes bewegliches Vermögen, § 106 JN, nur auf Antrag einer Partei einzuleiten, die ihr Erbrecht nachweist. Das könnte beim bloßen deutschen Nachlassvermögen dann nur in Form eines

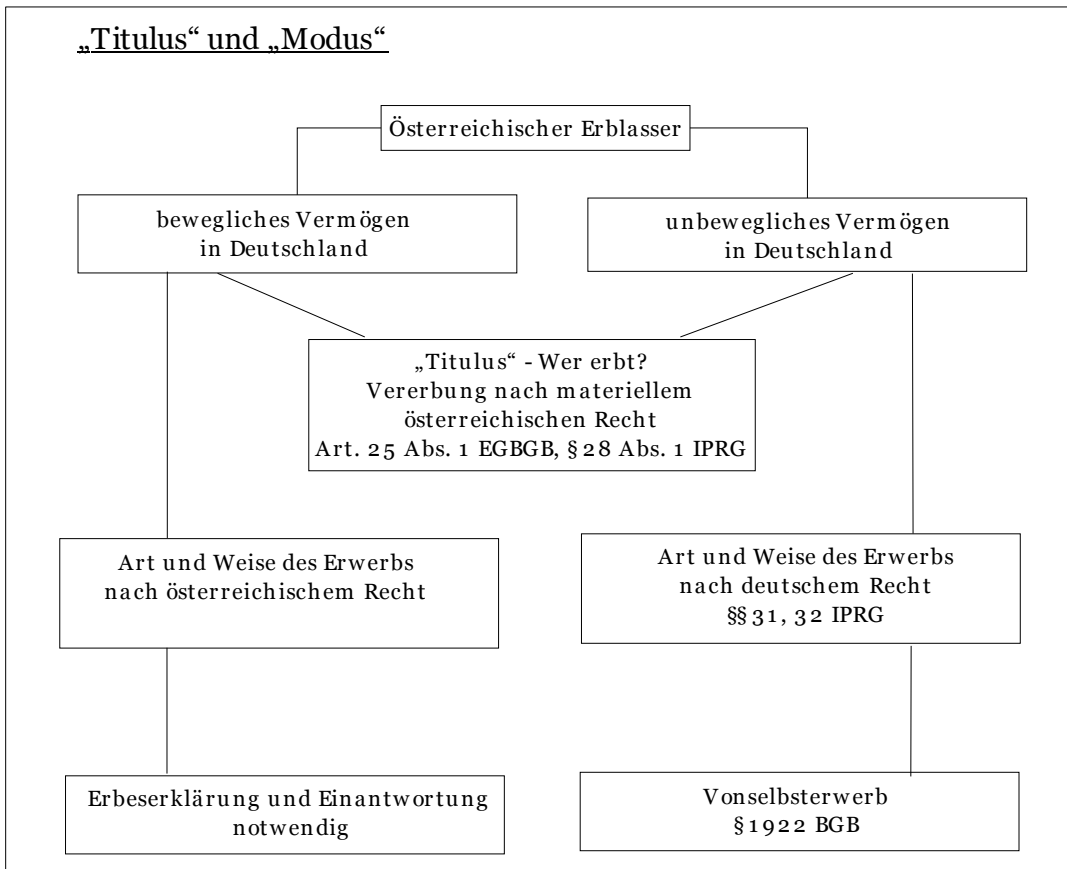
---

<sup>6</sup> Schömmel/ Faßold/ Bauer, Rn. 389; Kroiß, Rn. 195

<sup>7</sup> Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, Österreich, Rn. 116

gegenständlich beschränkten Erbscheines (Fremdrechtserbschein) geschehen, siehe unten Fn 39.

Für die Rechtsnachfolge von Todes wegen verweist § 28 Abs. 1 iVm § 9 Abs. 1 S. 1 IPRG einheitlich auf das Personalstatut des Erblassers im Todeszeitpunkt, ohne zwischen beweglichen oder unbeweglichen Sachen oder Belegenheitsort zu unterscheiden.<sup>8</sup> Die §§ 31 Abs. 1, 32 IPRG, die für die dinglichen Rechte an unbeweglichen Sachen auf das Recht der belegenen Sache verweisen, sind daher so zu verstehen, dass sich der Eigentumserwerb an Grundstücken im Erbgang (sog. „Modus“ - wie fällt die Erbschaft dem berufenen Erben an) nach der lex rei sitae richtet, während es für die Berufung zum Erben (wer ist Erbe geworden - sog. „Titulus“) beim Erbstatut gemäß § 28 IPRG bleibt.<sup>9</sup>



( Schema entsprechend Kroiß, Rdn 197, der nach dt. Erblasser mit Wohnsitz in Deutschland aufbaut)

<sup>8</sup> vgl. OLG Köln, NJW-RR 1997, 1091 m.w.N. =FamRZ 97, 1176

<sup>9</sup> vgl. Urteil d. LG Stuttgart vom 14.12.2005, AZ 14 O 141/05. nicht.-veröff.; OLG Köln a.a.O.

Wer zum Erben berufen ist, bestimmt sich danach in der Fallstudie nach österreichischem Recht. Wie die Erbschaft erworben wird, bestimmt sich für das bewegliche Vermögen nach österreichischem, für unbewegliches Vermögen in Deutschland nach deutschem Recht. Für das bewegliche Vermögen wären danach Erbeserklärung und Einantwortung erforderlich. Eine Immobilie ginge – neben dem Fremdrechtserschein – nach § 1922 BGB von selbst über.<sup>10</sup>

Es ist jedoch umstritten, ob eine Einantwortung von deutschen Gerichten durchgeführt werden kann und ob sie im deutschen Nachlassverfahren überhaupt erforderlich ist.<sup>11</sup>

Das BayObLG<sup>12</sup> führt dazu aus, ein deutsches Nachlassgericht dürfe *grundsätzlich* nur dann einen Fremdrechtserschein erteilen, wenn eine Erbeserklärung vorliege und der Nachlass von einem österreichischen Nachlassgericht eingewortet worden sei. Der Einantwortungsbeschluss setzt nämlich die Erbantrittserklärung nach § 797 ABGB voraus, ohne welche zumindest für bewegliche Sachen die Erben noch gar nicht feststehen würden. Daher könne ein Fremdrechtserschein gem. § 2369 BGB erst dann erteilt werden, wenn beide Voraussetzungen vorlägen<sup>13</sup>.

Sofern eine Verlassenschaftsabhandlung nicht durchgeführt werde, könne

- so nun das BayObLG –( FN 39 ) das deutsche Nachlassgericht auf eine Einantwortung verzichten und eine Erklärung über die Annahme der Erbschaft entgegen nehmen.

Ein Nachlass gehe – anders als im deutschen Recht – nach österreichischem Recht nicht ohne weiteres mit dem Erbfall auf den Erben über. Voraussetzung seien Erbeserklärung( jetzt Erbantrittserklärung) und Einantwortung im Nachlassverfahren. Daraus folge dem Grundsatz nach, dass einem Erben, der die Erbschaft noch nicht durch eine wirksame Erbeserklärung angenommen habe, kein Erbschein erteilt werden dürfe.<sup>14</sup> Werde allerdings eine Verlassenschaftsabhandlung und damit eine Einantwortung mangels eines zuständigen österreichischen Verlassenschaftsgerichts nicht stattfinden können, weil der Erblasser nicht in Österreich verstorben sei, dort auch keinen Wohnsitz gehabt habe und keine seiner Vermögensgegenstände dort belegen seien, könne auf eine Einantwortung verzichtet<sup>15</sup> und die Annahme der Erbschaft auch vor dem deutschen Nachlassgericht erklärt werden<sup>16</sup>.

In unserer Fallstudie ist kein Verlassenschaftsgericht zuständig. Der Erblasser Konrad Busse verstarb in Deutschland ohne Wohnsitz in Österreich. Sein gesamtes Vermögen befand sich in Deutschland. Eine Verlassenschaftsabhandlung war nicht erforderlich. Die Erben können die Annahme der Erbschaft auch vor einem deutschen Nachlassgericht erklären. Dabei ist zu empfehlen, das nach § 72 FGG zuständige

---

<sup>10</sup> Köln NJW-RR 1997, 1091; Ludwig, ZEV 2005, 419; Palandt-Edenhofer, § 2369, Rn. 10;

Staudinger/Dörner Anh zu Art 25 f EGBB, Rdn 497

<sup>11</sup> Kroiß, Rn. 200

<sup>12</sup> MittRhNotK 1995, 105

<sup>13</sup> Staudinger/Dörner, Anh zu Art 25 f EGBGB, Rdn 497

<sup>14</sup> So auch BayObLGZ 1971, 34, 44; Steinert ZEV 2005, 144; Ludwig ZEV 2005, 419;

<sup>15</sup> So auch BayObLGZ 1967, 197, 201 und 1971, 34, 44; LG Köln MittRhNotK 1990, 285 f.; Firsching, DNotZ 1963, 329, 335 f.; Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, Österreich, Rn. 18; Johnen, MittRhNotK 1986, 57, 65 f

<sup>16</sup> vgl. auch BayObLGZ 1995, 47; Riering/ Bachler, DnotZ 1995, 580

Nachlassgericht zu erwähnen und vorsorglich unter Hinweis auf die genannte Rechtsprechung des BayObLG eine formlose schriftliche Annahmeerklärung einzureichen oder diese zu Protokoll der Geschäftsstelle abzugeben.

Dörner weist zu Recht warnend darauf hin, dass mit der unbedingten Erbantrittserklärung zugleich die unbeschränkte Haftung folgt<sup>17</sup>, denn wir haben es ja nicht mit dem deutschen Recht und der Möglichkeit der Berufung auf die Dürftigkeit des Nachlasses im Nachhinein oder auf die beschränkte Erbenhaftung oder die Nachlassinsolvenz, §§ 1973, 1980, 1990 ff BGB, 780 ZPO etc. zu tun, sofern hinterher noch bislang unbekannte Verbindlichkeiten auftauchen.

---

#### EXKURS:

Zwischenfrage: Was folgt nach deutschem Recht für die Erben hinsichtlich der Haftungsbeschränkung, wenn die Erbauseinandersetzung bereits stattgefunden hat, da jeder Erbe seinen Anteil erhalten hat?

Im Rahmen der Nachlassauseinandersetzung werden nach § 2046 BGB vorab die Nachlassverbindlichkeiten berichtet. Nicht fällige oder streitige Nachlassverbindlichkeiten sind durch Einbehalte zu sichern.

*Daher haften die Miterben nach der Teilung grundsätzlich unbeschränkt, persönlich und gesamtschuldnerisch für alle Nachlassverbindlichkeiten, die noch übrig bleiben im vollen Umfang ohne Haftungsbeschränkung.*<sup>18</sup>

Haftung auf ideelle Erbquote zu beschränken ist möglich in folgenden Fällen:

- Nachlassinsolvenzeröffnung vor Teilung, § 2061 Nr. 3 BGB;
- Nachlassverwaltung vor Teilung angeordnet, § 2062 BGB;
- freiwillige Inventarerrichtung nach §§ 1973 ff BGB vor Beschränkungsaufhebung, § 2063 I BGB;
- Ausschluss des Gläubigers im Aufgebotsverfahren, §§ 1970 ff BGB ( § 2060 Nr. 1 BGB);
- Gläubiger versäumt 5-Jahresfrist nach Erbfall, §§ 2060 Nr. 2, 1974 I BGB.

---

<sup>17</sup> Staudinger/Dörner Fn 31 a.a.O.

<sup>18</sup> v. Morgen in Praxishandbuch, Groll, C IV Rdn 296

