

Erbrecht **mit Auslandberührung**

Internationales Privatrecht (IPR)-Fallstudie mit Exkursen

20./21. Oktober 2006 in Berlin

Norbert W. Kirsch

RA & Notar

Fachanwalt für Erbrecht und für Familienrecht

Auguste-Viktoria-Allee 4

13403 Berlin

INHALT

Literaturverzeichnis - 4 -

Sachverhalt - 5 -

 Alternative 1: - 6 -

 Alternative 2: - 6 -

1. Erbstatut und erbrechtliche Verfügungen - 7 -

 1.1. Erbstatut - 7 -

Schaubild..... - 7 -

 Checkliste zur Prüfung eines Erbrechtsfalles mit Auslandsberührung - 8 -

 1.2. Erbvertrag eines österr. Erblassers über eine in Deutschland belegene
Eigentumswohnung - 11 -

 Exkurs:..... - 13 -

Hinweis für die Beratungspraxis: - 15 -

 Folge: - 16 -

 Fundstellen: - 16 -

 1.3. Testamentarische Verfügungen - 17 -

 Exkurs:..... - 17 -

 Exkurs:..... - 18 -

2. Annahme der Erbschaft..... - 20 -

 (Verlassenschaftsabhandlung mit Erbserklärung/Erbantrittserklärung und
 Einantwortung) - 20 -

 Exkurs:..... - 26 -

3. Ausschlagung - 27 -

 Alternative 2 des Fallbeispiels: - 27 -

 Exkurs:..... - 30 -

 Folge: - 31 -

4. Miterbengemeinschaft..... - 32 -

 4.1. Feststellungsklage - 33 -

4.2 Fremdrechtserbschein	- 34 -
Exkurs:.....	- 35 -
4.3. Auskunftsansprüche unter Miterben.....	- 36 -
4.4. Eigentumsübergang einer deutschen Immobilie	- 38 -
4.5. Eigentumsübergang einer österreichischen Immobilie	- 39 -
<i>Zu Verlassenschaftsabhandlung und Einantwortung</i>	- 39 -
5. Verlassenschaftsabhandlung bei Minderjährigen	- 42 -
6. Gesetzliche Erbfolge	- 43 -
Exkurs zur Fallvariante 1 deutsch-österreichische Ehe und Anwendung des § 1371 Abs. I BGB.....	- 44 -
7. Pflichtteilsrechte	- 46 -
8. Auslegungsregeln	- 48 -
9. Adoption	- 49 -
Exkurs zu Adoption und Gestaltung:.....	- 51 -
Konsequenz:.....	- 51 -
10. Erbstatut einer französischen Erblasserin	- 53 -
Fallbeispiel:	- 54 -
Beraterhinweis: Kollisionsrechtliche Erbrechtswahl.....	- 56 -
Fallbeispiel:	- 59 -
Fallbeispiel :	- 61 -

LITERATURVERZEICHNIS

Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, Internationales Erbrecht - Österreich, Stand 2005

Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, Internationales Erbrecht - Frankreich, Stand 2005

Groll, *Praxishandbuch, Erbrechtsberatung*, 2. Auflage 2005

Kroiß, Internationales Erbrecht, 1999, Dt. Anwaltverlag

Krug/Rudolf/Kroiß, Erbrecht, 2003

Jayme/Hausmann, Internationales Privat- und Verfahrensrecht, 12. Aufl. 2004

Palandt-[Bearbeiter], Bürgerliches Gesetzbuch, 65. Aufl., 2006

Rummel/Schwimann, Internationales Privatrecht, 2001

Schömmel/Steinhauer/Haydu, Internationales Erbrecht – Frankreich, 2005

Schömmel/Faßold/Bauer, Internationales Erbrecht – Österreich, 2003

Staudinger-[Bearbeiter], J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2000

Zöllner-[Bearbeiter], ZPO, 25. Aufl., 2005

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.

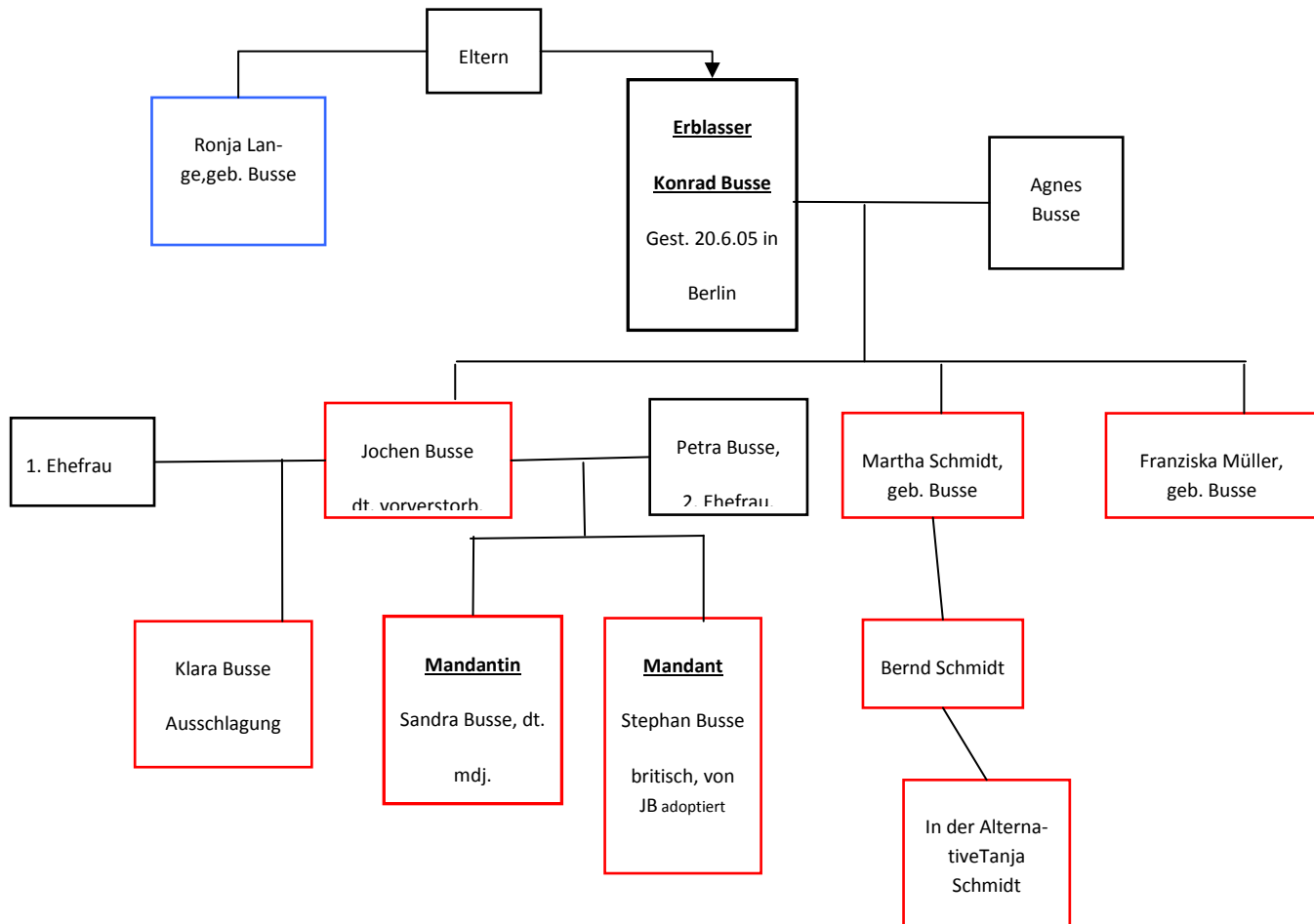
Die Mutter der Mandantin interessiert sich nun für folgende Fragen:

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?

SCHAUBILD



1. ERBSTATUT UND ERBRECHTLICHE VERFÜGUNGEN

Der Erblasser Konrad Busse hinterließ einen Erbvertrag und ein Testament.

1.1. ERBSTATUT

Da der Erblasser in Deutschland lebte, aber die österreichische Staatsangehörigkeit besaß, richten sich die Fragen der Erbfolge nach dem internationalen Privatrecht (IPR) oder vorrangig anwendbaren Staatsverträgen.

CHECKLISTE ZUR PRÜFUNG EINES ERBRECHTSFALLES MIT AUSLANDSBERÜHRUNG

- I. Wurde vom Erblasser eine wirksame Erbrechtswahl vorgenommen?
 - A. Erfolgte eine Rechtswahl für den Nachlass insgesamt nach ausländischem Recht?
 - i. Wenn „**ja**“, kommt das gewählte Recht zur Anwendung, sofern Rechtswahl zulässig.
 - ii. Wenn „**nein**“, stellt sich die Frage:
 - B. Erfolgte eine Rechtswahl gemäß Art. 25 Abs. 2 EGBGB?
 - i. Wenn „**ja**“, kommt für das unbewegliche Vermögen in Deutschland das deutsche Erbrecht zur Anwendung.
 - ii. Für bewegliches Vermögen und wenn „**nein**“, stellt sich die Frage:
- II. Besaß der Erblasser die Staatsangehörigkeit eines Staates, der Mitglied eines gemäß Art. 3 Abs. 2 Satz 1 EGBGB vorrangigen bilateralen Staatsvertrages ist?
 - i. Wenn „**ja**“,
 - a) kommen die Vorschriften des Staatsvertrages insgesamt zur Anwendung. (z.B. deutsch-türkischer oder deutsch-iranischer Staatsvertrag Fundstellen s.u.)
 - b) kommen die Vorschriften des Staatsvertrages für unbewegliches Vermögen in Deutschland zur Anwendung. (z.B. nach Art. 28 Abs. 3 des deutsch-sowjetischen Konsularvertrages, Fundstellen s.u.)
 - ii. Für bewegliches Vermögen und wenn „**nein**“:
- III. Bestimmt sich das Erbstatut objektiv nach Art. 25 Abs. 1 EGBGB.

Nach Art. 25 Abs. 1 EGBGB ist das Recht des Staats maßgeblich, dem der Erblasser zuletzt angehörte.

Art. 25. Rechtsnachfolge von Todes wegen. (1) Die Rechtsnachfolge von Todes wegen unterliegt dem Recht des Staates, dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes angehörte.

Dies führt zum österreichischen Recht, das ebenfalls auf die Staatsangehörigkeit abstellt, so dass die Gesamtverweisung, die zunächst auf das Internationale Privatrecht des berufenen Staates abstellt, nicht zu einer Rückverweisung gelangt.

Nach österreichischem Recht ist die Nachlassspaltung aufgegeben, seit am 1.1.1979 das IPR-Gesetz¹ in Kraft trat. 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.²

(Personalstatut einer natürlichen Person)

§ 9. (1) Das Personalstatut einer natürlichen Person ist das Recht des Staates, dem die Person angehört.

(Rechtsnachfolge von Todes wegen)

§ 28. (1) Die Rechtsnachfolge von Todes wegen ist nach dem Personalstatut des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes zu beurteilen.

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.³

(Allgemeine Regel)

¹ Österreichisches Bundesgesetz vom 15. Juni 1978 über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz veröffentlicht BGBl 1978 Nr. 304)

² vgl. OLG Köln, NJW-RR 1997, 1091 m.w.N.

³ vgl. Urteil d. LG Stuttgart vom 14.12.2005, AZ14 O 141/05, nicht-veröff.

§ 31. (1) Der Erwerb und der Verlust dinglicher Rechte an körperlichen Sachen einschließlich des Besitzes sind nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem sich die Sachen bei Vollendung des dem Erwerb oder Verlust zugrunde liegenden Sachverhalts befinden.

(Verhältnis zu anderen Verweisungsnormen)

§ 32. Für dingliche Rechte an einer unbeweglichen Sache ist der § 31 auch dann maßgebend, wenn diese Rechte in den Anwendungsbereich einer anderen inländischen Verweisungsnorm fallen.

Nur insoweit folgt das österreichische Recht noch dem Prinzip der Nachlassspaltung. Es verweist für den Eigentumserwerb hinsichtlich des in Deutschland belegenen Immobilienvermögens auf deutsches Recht zurück. Eine Nachlassspaltung kennt das österreichische Recht also nur insoweit, als sich der Eigentumserwerb ("modus") an ausländischen Grundstücken nach dem Recht der lex rei sitae richtet (IPRG Art 31, 32). Gehört ein in Deutschland gelegenes Grundstück zum Nachlass, werden die nach österreichischem Recht berufenen Erben gemäß § 1922 BGB mit dem Erbfall Eigentümer, ohne dass es einer nach österreichischem Recht erforderlichen "Erbserklärung" und "Einantwortung" bedarf.

Das deutsche Recht nimmt die Rückverweisung gemäß Art. 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB an.⁴

Art. 4 Rück- und Weiterverweisung; Rechtsspaltung. (1)² Verweist das Recht des anderen Staates auf deutsches Recht zurück, so sind die deutschen Sachvorschriften anzuwenden.

Für die Frage, wer Erbe nach Konrad Busse geworden ist, ist demnach das österreichische Recht anzuwenden, ebenso für die Übertragung des beweglichen Nachlasses.

Für die Frage, wie den Berufenen die Eigentumswohnung und das Grundstück in Hamburg anfällt, ist deutsches Recht anzuwenden (§ 1922 BGB).

⁴ vgl. OLG Köln, NJW-RR 1997, 1091; Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, Österreich, Rn. 15, 38 f.

1.2. ERBVERTRAG EINES ÖSTERR. ERBLASSERS ÜBER EINE IN DEUTSCHLAND BELEGENE EIGENTUMSWOHNUNG

Konrad Busse hinterließ unter anderem das Miteigentum an einer Eigentumswohnung in Hamburg. Darüber hatte er erbvertraglich bei einem deutschen Notar verfügt. Seine Schwester Ronja Lange sollte Ersatzerbin der vorverstorbenen Ehefrau Agnes Busse sein.

Fraglich ist, ob ein vor einem deutschen Notar geschlossener Erbvertrag **formell** wirksam ist, wenn österreichisches Recht Anwendung findet.

Das Haager Testamentsübereinkommen⁵ -- Haager Übereinkommen über das auf die **Form** letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht v. 5.10.1961, für die Bundesrepublik Deutschland am 1.1.1966 in Kraft getreten, (HTÜ) -- ist auf erbrechtliche Rechtsgeschäfte wie Erbverträge nicht anzuwenden⁶.

Trotz entgegenstehender Auffassung von Palandt/Heldrich, nach dem *das Abkommen allseitig, also auch gegenüber Angehörigen von Nichtmitgliedstaaten, anzuwenden und als loi uniforme* zu verstehen sei, dürfte die Anwendung von Art. 26 EGBGB bei Erbverträgen zutreffend sein. Denn Palandt/Heldrich selber sagt, trotz des Vorranges der staatsvertraglichen Regelung gem. Art 3 Abs. II S. 1 EGBGB genüge die Anwendung des Art 26 bei der Beurteilung der Testamentsform, *soweit dieser Art. nicht von den Vorschriften des HTÜ abweiche*.⁷ Weiter wird ausgeführt, die *Abs. 4 und 5 stellten eine Abweichung vom HTÜ dar*. Art 26 Abs. 4 EGBGB dehne die Anknüpfungsregeln der Abs. 1 – 3 und damit das HTÜ auf Erbverträge aus. Um diesem Widerspruch aus dem Weg zu gehen, erscheint es systematisch richtig, auf Art 26 Abs. 4 EGBGB direkt zurückzugreifen und der Auffassung von Kroiß unter Hinweis auf MüKo zu folgen (vgl. Fn 6).

Nach deutschem IPR ist ein Erbvertrag formwirksam errichtet, wenn nach Art. 26 Abs. 4 EGBGB die Ortsform gewahrt wurde.

⁵ Haager Übereinkommen über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht vom 5.10.1961 (BGBl. 1965 II, S 1145); aufgeführt in Jayme/Hausmann, Nr. 60; vgl. auch www.hcch.net Convention of 5 Oct. 1961 on the conflict of laws relating to the form of testamentary dispositions; Staudinger (Dörner) Vorbem Art. 25 f EGBGB, Rdn 31 ff

⁶ Vgl. Kroiß in Intern. Erbrecht, Rdn. 165 unter Hinweis auf MüKo/Birk zu Art. 26 EGBGB, Rdn 42 u 61; a.A. Palandt/Heldrich, Rdn 1 zu § 26 EGBGB, vgl. i.ü.: Staudinger/Dörner Rdn 17 zu Vorbem zu Art 25 f EGBGB unter Hinweis auf BT-Dr.10/504 S. 75f, Haunschmidt in ErbR in Europa, S. 704, Rdn 6

⁷ Palandt/Heldrich a.a.O.

Nach österreichischem Recht sind die §§ 8, 30 IPRG anzuwenden. Ein Erblasser hat danach die Wahl, eine Rechtshandlung nach den Vorschriften des Heimatrechts (im Zeitpunkt der Rechtshandlung oder im Zeitpunkt des Todes) oder dem Ortsrecht vorzunehmen.

(Form)

§ 8. Die Form einer Rechtshandlung ist nach demselben Recht zu beurteilen wie die Rechtshandlung selbst; es genügt jedoch die Einhaltung der Formvorschriften des Staates, in dem die Rechtshandlung vorgenommen wird.

(Gültigkeit einer Verfügung von Todes wegen)

§ 30. (1) Die Testierfähigkeit und die sonstigen Erfordernisse für die Gültigkeit einer letztwilligen Verfügung, eines Erbvertrags oder eines Erbverzichtsvertrags sind nach dem Personalstatut des Erblassers im Zeitpunkt der Rechtshandlung zu beurteilen. Wäre danach die Gültigkeit nicht gegeben, wohl aber nach dem Personalstatut des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes, so gilt dieses.

(2) Für den Widerruf bzw. die Aufhebung dieser Rechtshandlungen gilt der Abs. 1 sinngemäß.

Der Erbvertrag eines Österreicherers kann danach wirksam in Deutschland beurkundet werden. § 8 IPRG steht dem nicht entgegen. Die Vorschrift lässt die Ortsform genügen, ist aber ergänzend dahin auszulegen, dass eine Auslandsbeurkundung nicht gegen den Zweck der österreichischen Formvorschriften verstoßen darf.⁸ Eine Beurkundung nach dem deutschen Beurkundungsgesetz entspricht nach österreichischer⁹ und deutscher¹⁰ Rechtsprechung, sowie der herrschenden Meinung in Österreich¹¹ der Notariatsaktform.

Der Erblassers Konrad Busse konnte mit seiner Schwester Ronja Lange einen formwirksamen Erbvertrag errichten. Geht man davon aus, dass keine Formvorschriften verletzt wurden, erbt sie die Eigentumswohnung in Hamburg allein. Das Eigentum an der Wohnung geht nach deutschem Recht, Sukzession nach § 1922 BGB, auf sie über („Modus“ - wie).

Nach österreichischem Recht können aber grundsätzlich nur Ehegatten einen Erbvertrag errichten, §§ 602, 1249ff ABGB, sich i.ü. nach §1253 S. 2 ABGB nur über maximal $\frac{3}{4}$ des Nachlasses verständigen. Über ein Viertel bleibt die Testierfreiheit bestehen. Dieses Viertel muss frei sein von Belastungen wie Pflichtteilen und Schuldverbindlichkeiten! (§ 1253 ABGB).

⁸ Riering/Bachler, DNotZ 1995, 582

⁹ OGH vom 23.2.1989, RdW 1989, 191

¹⁰ BGH DNotZ 1981, 451; OLG Stuttgart NJW 1981, 1176

¹¹ Rummel/Schwimann, §8 Rn. 8

Demnach zieht das **materielle** Recht einen Strich durch die Kalkulation.¹²

Fallstudienbezogen ist zu schlussfolgern: **Der Erbvertrag zwischen Ronja Lange und dem Erblasser ist wegen der Anwendung materiellen österreichischen Erbrechtes unwirksam** (§ 602 ABGB) und der Miteigentumsanteil der Hamburger Eigentumswohnung fällt daher in den gesetzlich zu verteilenden oder durch Testament geordneten Nachlass.

EXKURS:

Erbrechtswahl gemäß Art. 25 Abs. II EGBGB bezogen auf den Erbvertrag mit der Schwester und bezogen auf das der Martha vermachte Wohnungsrecht

Gem. Art. 25 Abs. II EGBGB kann für in Deutschland belegenes, unbewegliches Nachlassvermögen deutsches Erbrecht gewählt werden und zwar in Form einer jeglichen, als wirksam anzuerkennenden letztwilligen Verfügung.¹³

Ob eine Rechtswahl nach Art. 25 Abs. II EGBGB greifen kann, liegt an der „Unbeweglichkeit“ des (rechtlichen oder sächlichen) Gegenstandes, für den sie angeordnet wurde.

Zweifellos fällt die nach WEG gebildete Eigentumswohnung darunter, so dass im Falle der wirksamen Rechtswahl im Rahmen des Erbvertrages zumindest ein gegenständlich beschränkter Eigenrechtserbschein erteilt werden könnte.

Die Qualifizierung/Qualifikation des Wohnungsrechtes hingegen ist nicht so einfach, wie die der Eigentumswohnung. Die Qualifikation entscheidet generell darüber, welcher Kollisionsnorm eine Sachnorm zuzuordnen ist, hier ist die Frage zu beantworten, ob das Wohnungsrecht der Kollisionsnorm des Art. 25 Abs. II EGBGB unterfällt oder nicht.

Das LG Saarbrücken und mit ihm Dörner meinen, auch dingliche Nutzungs- und Verwertungsrechte an Grundstücken, also beschränkt persönliche Dienstbarkeiten oder Grundpfandrechte seien als unbewegliche Sachen zu qualifizieren.¹⁴

¹² Schömmel/ Faßold/ Bauer, Internat. ErbR - Österreich, Rn. 317, 318.

¹³ Palandt/Heldrich Art. 25 EGBGB, Rdn 7

Auch Heldrich teilt mit, umfasst seien ferner die beschränkt dinglichen Rechte an Grundstücken unter Hinweis auf oben zitiertes LG Saarbrücken.¹⁵

Die h.M. ordnet dem Begriff „unbewegliches Vermögen“ nur unter:

- Grundstücke und grundstücksgleiche Rechte wie
- Sondereigentum (WEG)
- Erbbaurechte und
- wesentliche Bestandteile von Grundstücken oder Gebäuden, die mit dem Eigentum verbunden sind (§§ 94, 96 BGB).

Allerdings ist nach §§ 11, 35 ö. IPRG Rechtswahl nur im Schuld- und Ehegüterrecht vorgesehen. Die Anknüpfung des Erbstatuts wird von Österreichern als zwingende, unabdingbare Regel angesehen.¹⁶

Demzufolge könnte die Nichtanwendung des ö. R. nur durch Staatsangehörigkeitswechsel erreicht werden.¹⁷

Fallbezogen bliebe es aus österreichischer Sicht bei der Unwirksamkeit des Erbvertrages, der mit der Schwester Ronja Lange geschlossen wurde.

Dennoch sind deutsche Gerichte großzügig darin, durch Anwendung geltungserhaltender Reduktion (*favor testamenti* gem. § 2084 BGB) eine solche Erbrechtswahl für das in Deutschland belegene unbewegliche Vermögen anzuerkennen.¹⁸

¹⁴ LG Saarbrücken v 4.5.00, DNotI-Report 2000, 115; Staudinger/Dörner, Art 25, Rdn 483ff, Rdn 485

¹⁵ Pal./Heldrich, Art. 25, Rdn 7

¹⁶ Haunschmidt, ErbR in Europa, S. 705, Rdn 11

¹⁷ ebenda

¹⁸ OLG Zweibrücken, ZEV 03, 162; LG Stuttgart v. 11.09.02, IPRax 03, S. IX

HINWEIS FÜR DIE BERATUNGSPRAXIS:

Liegt ein vergleichbarer Fall vor (Absicht des in Österreich unzulässigen Erbvertragsschlusses ggf. mit aus österreichischer Sicht nicht anerkennenswerter Rechtswahl nach Art. 25 Abs. II EGBGB), hat der zukünftige Erblasser österreichischer Staatsangehörigkeit vorher *dafür zu sorgen, dass kein ö. Gericht für die Verlassenschaftsabhandlung zuständig ist* sondern alle beweglichen Nachlassgegenstände aus dem Land zu schaffen, keinen Wohnsitz beizubehalten und etwaige Immobilien rechtzeitig zu veräußern, nicht zu vergessen, alle Konten zu transferieren und zu löschen.

Da die Frage noch interessanter, freilich kontrovers, bei **Gesamthandsbeteiligungen oder Personengesellschaften ist, soll dies im Exkurs des Exkurses** kurz dargestellt werden:

Die wohl m.M. will z.B. Miterbenanteile an Erbengemeinschaften oder Anteile an Personengesellschaften als „unbeweglich“ qualifizieren.¹⁹

Das Kammergericht hatte aber an den BGH vorgelegt, der sich für „beweglich“ entschieden hat.

Der in den Nachlass gefallene vererbliche Anteil eines Erblassers an einer nicht auseinandergesetzten Erbengemeinschaft ist bewegliches Vermögen, auch wenn sich der Anspruch auf Auseinandersetzung im Einzelfall auf Übertragung eines Grundstücks, eines Grundstücksteils oder dinglichen Rechts richtet, und unterliegt daher nicht dem nach EGBGB für unbewegliches Vermögen maßgeblichen Belegenheitsstatut.²⁰

Grund: Eigentümer sei die Gesamthandsgemeinschaft, der Beteiligte an der Gesamthandsgemeinschaft sei nur mittelbarer Eigentümer.

¹⁹ OLG Oldenburg, MittRhNotK 97, 267 ff, KG FGPrax 00, 244; Dörner Art. 25 EGBGB, Rdn 484 ff

²⁰ BGH ZEV 01, 235=BGHZ 146, 310; BayObLG 98, 242; OLG Dresden, [MittRhNotK 1997, 267](#)

FOLGE:

An z.B. Grundstücksgesellschaften in GbR-Form, also Personengesellschaften oder Erbengemeinschaften beteiligte ausländische Staatsbürger können für die Vererbung dieser Anteile kein deutsches Recht nach Art 25 Abs. II EGBGB wählen.

Den Rahmen dieser Untersuchung sprengt, ob die zulässige Rechtswahl im Schuldrecht (Fn. 14) weiterhilft und daher im Gesellschaftsvertrag eingebaute Regelungen helfen. Alleine die erbvertraglich-testamentarische Betrachtung hilft jedenfalls nicht.

FUNDSTELLEN:

Dt.-türk. Konsularvertrag v. 28.5.1929, AnwK-BGB, Kroiß, zu Art 25 EGBGB, Rdn 4;

dt.-iranisches Niederlassungsabk. V. 17.2.1929, a.a.O., Rdn 2;

dt.-sowjetischer Konsularvertrag v. 25.4.1958, a.a.O., Rdn 11 und in Staudinger (Dörner) , Vorbem. Zu Art. 25 f EGBGB, Rdn 191, sowie Rdn 158 (dt.-türk.) und Rdn 147 ff, dt.-iran.) .

1.3. TESTAMENTARISCHE VERFÜGUNGEN

Die Frage, wer Konrad Busse in seinem übrigen Vermögen bzw. i.ü. beerbt, richtet sich nach dem Testament, das er vor dem Notar in Hamburg errichtet hatte. Gemäß § 533 ABGB²¹ gehen Verfügungen von Todes wegen auch nach österreichischem Recht der gesetzlichen Erbfolge vor.²²

§ 533. Das Erbrecht gründet sich auf den nach gesetzlicher Vorschrift erklärten Willen des Erblassers; auf einen nach dem Gesetze zulässigen Erbvertrag (§ 602), oder auf das Gesetz.

EXKURS:

Arten und Formen letztwilliger Verfügungen im österreichischen Recht

Gem. § 553 ABGB lassen sich die letztwilligen Verfügungen in Testamente und Kodizille (Enterbung, Vermächtnis etc.), einteilen.²³

Im Gegensatz zu § 2258 BGB beseitigt ein späteres Testament das frühere vollständig (§ 713 ABGB), während bei Kodizillen nur im Umfang des Widerspruchs das frühere aufgehoben wird und i.ü. die Wirksamkeit des früheren erhalten bleibt.

Der Form nach kann in öffentlichen Testamenten nach §§ 587 bis 590 ABGB beim Notar (§§ 31, 70 NotO) oder vor Gericht (§ 121 Jurisdiktionsnorm, JN) testiert werden.

Privattestamente sind entweder in ordentlicher Form eigenhändig (§ 578 ABGB), fremdhändig (§ 579 ABGB) oder sogar mündlich mit drei Zeugen (§ 585 ABGB) errichtbar.

Andererseits sind sie in außerordentlicher Form auf Schiffen, bei Krankheit mit Ansteckungsgefahr und beim Militär (§ 597-599 ABGB) möglich.

²¹ Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch in Kraft seit dem 1.1.1812, idF BGBl. I Nr. 120/2005 (Österreich)

²² Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, Österreich, Rn. 65

²³ Kroiß, Rdn 173 f

Ob das Testament des Erblassers *formal* wirksam ist, richtet sich nach dem Haager Testamentsübereinkommen (HTÜ)²⁴. Als staatsvertragliche Regelung geht es gemäß § 53 Abs. 1 IPRG den Regeln der §§ 28 ff. IPRG vor.

§ 53. (1) Bestimmungen zwischenstaatlicher Vereinbarungen werden durch dieses Bundesgesetz nicht berührt.

Danach ist das notarielle Testament gemäß Art. 1 Abs. 1 a) HTÜ formwirksam, wenn es dem innerstaatlichen Recht des Ortes entspricht, an dem der Erblasser letztwillig verfügt hat.

Art. 1 (1) Eine letztwillige Verfügung ist hinsichtlich ihrer Form gültig, wenn diese dem innerstaatlichen Recht entspricht: a) des Ortes, an dem der Erblasser letztwillig verfügt hat, ...

Für das Testament des Erblassers gelten danach die deutschen Formvorschriften der §§ 2231, 2232 BGB.

Geht man davon aus, dass das Testament des Erblassers Konrad Busse diesen Vorschriften entspricht, beerbten ihn seine Enkel Bernd Schmidt und Klara Busse. Als Ersatzerben sind deren Abkömmlinge nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge eingesetzt.

EXKURS:

Auch österreichische Ehegatten können wechselseitig testieren.

Das gemeinschaftliche Testament von Verlobten (Brautleuten) wird wirksam, wenn eine Eheschließung folgt.²⁵

Ehegatten und Verlobte können sich gegenseitig oder auch andere Personen zu Erben einsetzen. Solche Verfügungen sind allerdings vor und nach dem Tod des Ehegatten frei widerruflich. Eine Bindungswirkung entsprechend § 2271 BGB kennt das österreichische Erbrecht nicht.²⁶

Das gemeinschaftliche Testament ist in § 1248 ABGB normiert.

²⁴ Staudinger/Dörner, Vorbem. Zu Art. 25 f EGBGB, Rn. 49, a.a.O. Fn 5, a.a.O. Rdn 31 ff !

²⁵ Krojß, Rn 179

²⁶ Krojß, Rn 180

§ 1248. Den Ehegatten ist gestattet, in einem und dem nämlichen Testamente sich gegenseitig, oder auch andere Personen als Erben einzusetzen. Auch ein solches Testament ist widerruflich; es kann aber aus der Widerrufung des einen Teiles auf die Widerrufung des andern Teiles nicht geschlossen werden (§ 583).

Es kann gemäß § 578 ABGB auch eigenhändig errichtet werden.

§ 578. Wer schriftlich, und ohne Zeugen testieren will, der muss das Testament oder Kodizill eigenhändig schreiben, und eigenhändig mit seinem Namen unterfertigen. Die Beisetzung des Tages, des Jahres, und des Ortes, wo der letzte Wille errichtet wird, ist zwar nicht notwendig, aber zur Vermeidung der Streitigkeiten rätlich.

Die Regelung entspricht den deutschen Formvorschriften des § 2247 BGB. Allerdings kennt das österreichische Recht nicht die Erleichterung des § 2267 BGB. Es genügt nicht, wenn ein Ehegatte die eigenhändige Erklärung des anderen mitunterzeichnet. Vielmehr hat er selbst vollständig zu testieren und dabei die Formvorschriften des § 578 ABGB zu beachten.

Errichten österreichische Ehegatten ein gemeinschaftliches Testament vor einem deutschen Notar, ist es trotz § 1248 ABGB wirksam.

Über Art. 4 HTÜ gilt das Formprivileg des § 2267 BGB.²⁷

Art. 4 Dieses Übereinkommen ist auch auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwenden, die zwei Personen in derselben Urkunde errichtet haben.

²⁷ Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, Frankreich, Rn. 10; Kroiß, Rn 179

2. ANNAHME DER ERBSCHAFT

(VERLASSENSCHAFTSABHANDLUNG MIT ERBSERKLÄ- RUNG/ERBANTRITTSERKLÄRUNG UND EINANTWORTUNG)

Bei jedem Todesfall in Österreich wird das Nachlassgericht von Amts wegen tätig²⁸, § 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 Streitsachen²⁹ (AußStrG) und im Gesetz Jurisdiktionsnorm³⁰ (JN) zu finden.

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.³¹ 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.

²⁸Kroiß, Rn. 191; Schömmel/ Faßold/ Bauer, Rn. 382;

²⁹ 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/PAGE/DE/XXII/BNR/BNR_00082/FNAMEORIG_010948.HTML

³⁰ Gesetz vom 1.8.1895 idF BGBl. I Nr. 120/2005
- Fundstelle in Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, Österreich, Texte III, Nr.16

³¹ Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, Österreich, Rn. 121

So bleibt er am Abhandlungsverfahren beteiligt. Versäumt er die Erklärungsfrist, ist er vom weiteren Verfahren ausgeschlossen, verliert nicht seinen Erbenspruch³², 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.

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

Mit ihr geht der Nachlass auf die Erben über. Sie beendet zugleich das Abhandlungsverfahren.³³ Das österreichische Erbrecht kennt also anders als das deutsche Recht keinen unmittelbaren Rechtserwerb.³⁴

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.

³² Kroiß, Rn. 194

³³ Schömmel/ Faßold/ Bauer, Rn. 389; Kroiß, Rn. 195

³⁴ Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, Österreich, Rn. 116

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.*

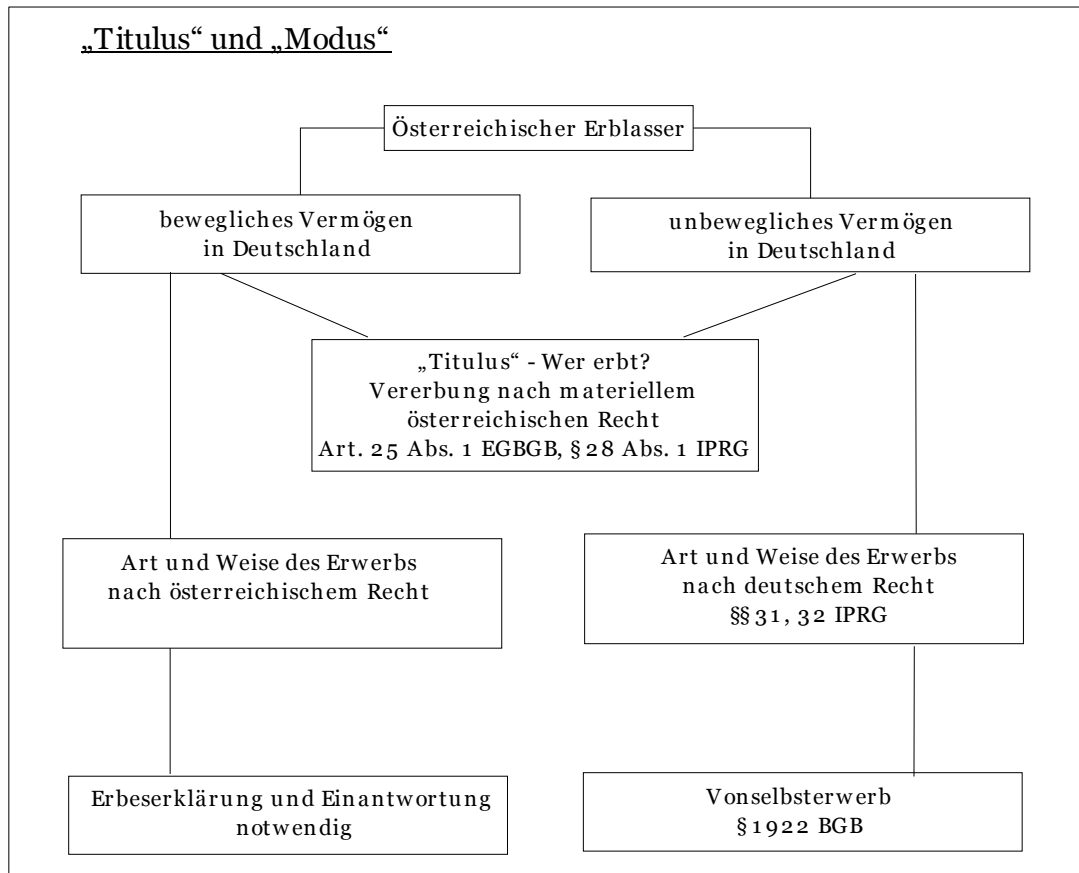
(2) Die inländische Gerichtsbarkeit nach Abs. 1 erstreckt sich auch auf eine Substitutionsabhandlung.

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 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.³⁵ 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.³⁶

³⁵ vgl. OLG Köln, NJW-RR 1997, 1091 m.w.N. =FamRZ 97, 1176

³⁶ vgl. Urteil d. LG Stuttgart vom 14.12.2005, AZ 14 O 141/05. nicht.-veröff.; OLG Köln a.a.O.



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

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.³⁷

³⁷ Köln NJW-RR 1997, 1091; Ludwig, ZEV 2005, 419; Palandt-Edenhofer, § 2369, Rn. 10;

Es ist jedoch umstritten, ob eine Einantwortung von deutschen Gerichten durchgeführt werden kann und ob sie im deutschen Nachlassverfahren überhaupt erforderlich ist.³⁸

Das BayObLG³⁹ führt dazu aus, ein deutsches Nachlassgericht dürfe *grundsätzlich* nur dann einen Fremdrechtserschein erteilen, wenn eine Erbserklärung vorliege und der Nachlass von einem österreichischen Nachlassgericht eingewantwortet 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 vorlägen⁴⁰. Wenn in der Zwischenverfügung zum Ausdruck gebracht wird, dass das deutsche Gericht den Erbscheinsantrag ohne vorherige Einantwortung durch ein österreichisches Verlassenschaftsgericht ablehnen wird, müssen österreichische Gerichte ihre Zuständigkeit nach § 106 I Nr. 3 lit. b JN bejahen.⁴¹

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 Erbserklärung (jetzt Erbantrittserklärung) und Einantwortung im Nachlassverfahren. Daraus folge dem Grundsatz nach, dass einem Erben, der die Erbschaft noch nicht durch eine wirksame Erbserklärung angenommen habe, kein Erbschein erteilt werden dürfe.⁴² 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 Vermögensgegen-

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

³⁸ Kroiß, Rn. 200

³⁹ MittRhNotK 1995, 105

⁴⁰ Staudinger/Dörner, Anh zu Art 25 f EGBB, Rdn 497

⁴¹ ZErB 9/2007 S. 342 r. Sp.

⁴² So auch BayObLGZ 1971, 34, 44; Steinert ZEV 2005, 144; Ludwig ZEV 2005, 419;

tände dort belegen seien, könne auf eine Einantwortung verzichtet⁴³ und die Annahme der Erbschaft auch vor dem deutschen Nachlassgericht erklärt werden⁴⁴.

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 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 folgt⁴⁵, 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.*⁴⁶

⁴³ 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

⁴⁴ vgl. auch BayObLGZ 1995, 47; Riering/ Bachler, DnotZ 1995, 580

⁴⁵ Staudinger/Dörner Fn 31 a.a.O.

⁴⁶ v. Morgen in Praxishandbuch, Groll, C IV Rdn 296

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.

3. AUSSCHLAGUNG

ALTERNATIVE 2 DES FALLBEISPIELES:

Der eingesetzte Enkel Bernd Schmidt hat einen nicht-ehelichen Abkömmling. Mit der Vaterschaftsanerkennung vom 24.4.2003 ist die einjährige Tanja Schmidt seine Tochter geworden.

Die eingesetzten Erben Bernd Schmidt und Klara Busse schlugen die Erbschaft durch Erklärung vor dem Notariat Karlsruhe aus. Die Tochter wäre im Fall einer *wirksamen* Ausschlagung testamentarische Alleinerbin nach Konrad Busse, da sie als Abkömmling ersatzweise eingesetzt worden ist.

Die Frage, ob diese Ausschlagung materiell-rechtlich wirksam ist, richtet sich auf Grund des Erbstatuts nach österreichischem Recht.

Nach österreichischem Recht wird also grundsätzlich die Frage entschieden, mit welchem Inhalt wem gegenüber die Erklärung abzugeben ist.⁴⁷

Die Ausschlagung kann gemäß §§ 799, 805 Satz 1 ABGB bis zur Einantwortung erklärt werden. Die Erklärung hat nach § 157 Abs. 1 AußStrG schriftlich oder mündlich gegenüber dem Abhandlungsgericht respektive dem Gerichtskommissär zu erfolgen.⁴⁸

Es ist darin der jeweilige Erbrechtstitel (Gesetz, Testament, Erbvertrag) anzuführen sowie, ob die Erbschaft bedingt oder unbedingt angetreten wird.⁴⁹

⁴⁷ Staudinger/Dörner Art 25 EGBGB, Rdn 108,

⁴⁸ Haunschild in ErbR in Europa, S. 728, Rdn 112 ff, noch unter Bezug auf altes AußStrG

§ 805. Wer seine Rechte selbst verwalten kann, dem steht frei, die Erbschaft unbedingt, oder mit Vorbehalt der obigen Rechtswohlthat anzutreten oder auch auszuschlagen.

§ 4. (1) Die Parteien können in erster und zweiter Instanz selbst vor Gericht handeln und sich in erster Instanz durch jede eigenberechtigte Person vertreten lassen.

Formell würde in Österreich der Gerichtskommissär nach § 157 Abs. I AußStrG als Erben in Frage kommende Personen zur Erklärung auffordern, ob sie die Erbschaft antreten (Erbantrittserklärung) oder ausschlagen!

Da jedoch mangels Wohnsitz des Erblassers in Österreich und mangels Nachlassbefindlichkeit ebenda grundsätzlich kein österreichisches Gericht zuständig ist (vgl. §§ 105 – 108 JN), bleibt es zwar bei den materiellen Voraussetzungen des ö.R. .

Allerdings stellt sich die Frage, ob die deutschen Gerichte zur Entgegennahme der Ausschlagungserklärung überhaupt international zuständig sind.

Es ist *keine Formfrage*, an welchen Erklärungsempfänger die Ausschlagungserklärung zu gelangen hat. Es handele sich um ein Substitutionsproblem und müsse ermittelt werden, ob das österreichische Recht eine solche Erklärung als funktionell gleichwertig und ausreichend anerkenne.⁵⁰

Soweit aber ohnehin – wie im Beispielfall unserer Fallstudie - nur deutsche Gerichte mit dem Fall befasst sein werden und sowieso nur deutsche Grundbuchämter die Folgen der Erbschaft bearbeiten, erscheint nicht vorstellbar, dass die Anerkennung der Gleichwertigkeit verweigert werden wollte.

Die Form ist nach Art. 11 EGBGB dann gesondert anzuknüpfen.

Demnach ist ein Rechtsgeschäft formgültig, wenn es die Formerfordernisse des Rechts erfüllt, das auf das seinen Gegenstand bildende Rechtsverhältnis anzuwenden ist oder die Ortsform eingehalten wird (Recht des Staates, in dem es vorgenommen wird).

⁴⁹ Haunschmidt a.a.O., S. 734, Rdn 141, dto.

⁵⁰ Staudinger/Dörner, Art 15 EGBGB, Rdn 113

Das ist bei vor dem deutschen Notar in Deutschland vorgenommener, respektive mit entsprechender Unterschriftsbeglaubigung versehener Ausschlagung erfüllt.

Im Beispielsfall schlugen die Enkel des Erblassers die Erbschaft nicht in Österreich, sondern vor dem Nachlassgericht in Berlin, dem Sterbe- und letzten Wohnort des Erblassers aus.

Eine *höchstrichterliche* Entscheidung darüber, ob eine Ausschlagung in dieser Konstellation formwirksam ist, ist nicht ersichtlich.

Allerdings hat sich das LG Hagen dazu geäußert. Wenn es zu einer Rechtsschutzverweigerung für den Erben führte, weil kein ausländisches Gericht zuständig wäre (Bsp.: Staatsangehörigkeits- gegen Wohnsitzprinzip), ist das deutsche Nachlassgericht ausnahmsweise international zuständig.⁵¹

„Deutsche Nachlassgerichte sind - als Ausnahme vom Grundsatz des Gleichlaufs - international zuständig für die Entgegennahme von Erbausschlagungserklärungen nach italienischem Recht, wenn der Erblasser seinen letzten Wohnsitz in der Bundesrepublik hatte, und eine Verneinung der internationalen Zuständigkeit des deutschen Nachlassgerichts mangels der Zuständigkeit italienischer Gerichte zu einer Verweigerung des Rechtsschutzes führen würde“, LG Hagen a.a.O.

Offen gelassen hatte diese Frage das LG Stuttgart.⁵²

Danach galt: Unabhängig davon, ob die Ausschlagung wirksam erklärt wurde, kann die Mandantin Sandra Busse nicht Erbin nach Konrad Busse werden. Denn wenn die Ausschlagung wirksam war, würde Tanja Schmidt Testamentserbin werden; wenn nicht, wären weiterhin die Enkel Bernd Schmidt und Klara Busse berufen.

Wendete man deutsches Recht auf die Ausschlagungserklärung an, würde sie nach § 1953 Abs. 2 BGB nicht für Tanja Schmidt gelten.

⁵¹ LG Hagen, FamRZ 1997, 645; Staudinger/Dörner Art 25 EGBGB, Rdn 803 ff,808

⁵² offen gelassen in Urteil d. LG Stuttgart vom 14.12.2005, AZ 14 O 141/05, n.-v.

Wenn österreichisches Recht auf die Ausschlagung Anwendung finden würde⁵³, so ist fraglich, ob die Ausschlagung ebenfalls nur für ihn selbst und nicht seine Tochter Tanja Schmidt wirkt. Zwar gilt im österreichischen Erbrecht für die Auslegung einer Ausschlagung⁵⁴ analog § 551 ABGB, dass diese im Zweifel auch gegen die Nachkommen wirkt, jedoch ist im vorliegenden Fall zu unterstellen, dass keine Zweifel daran bestehen, dass Bernd Schmidt allein für sich ausgeschlagen hatte. Allerdings: PROBLEM

§ 551. Wer über sein Erbrecht gültig verfügen kann, ist auch befugt, durch Vertrag mit dem Erblasser im voraus darauf Verzicht zu tun. Der Vertrag bedarf zu seiner Gültigkeit der Aufnahme eines Notariatsaktes oder der Beurkundung durch gerichtliches Protokoll. Eine solche Verzichtleistung wirkt, wenn nichts anderes vereinbart ist, auch auf die Nachkommen.

Müsste über die Wirksamkeit der Ausschlagungserklärung entschieden werden, wäre sie wohl als wirksam anzusehen.

Es gibt kein zuständiges österreichisches Nachlassgericht. Eine Verlassenschaftsabhandlung wird nicht durchgeführt, da der Erblasser nicht in Österreich verstorben und er dort keinen Wohnsitz oder Vermögensgegenstände hatte.

So wie auf eine Einantwortung verzichtet und die Annahme der Erbschaft in Deutschland erklärt werden kann, sollte auch die Ausschlagungserklärung gegenüber der zuständigen deutschen Stelle erklärt werden können.

Erklärungsempfänger ist nach deutschem Recht gemäß § 1945 Abs. 1 BGB, § 72 FGG das zuständige Nachlassgericht. In Anwendung des Urteiles des o.g. LG Hagen ist in Durchbrechung des sonst von der Rechtsprechung angewendeten Gleichlaufprinzips also die internationale Zuständigkeit des deutschen (Fallstudie: Berliner) Nachlassgerichtes zu bejahen.

EXKURS:

Erb- und PT-Verzicht des dt. Ehemannes nach österr. Ehefrau:

(Hinweis für Notare: Dnotl-Gutachten, Dokumentnr.: 14166)

Anerkennt das ö.R. den „deutschen“ Pflichtteilsverzicht, oder anders gefragt:

⁵³ Staudinger-Dörner, Art. 25 EGBGB, Rn, 108

⁵⁴ Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, Österreich, Rn. 122

Kann ein deutscher Ehegatte einen PT-Verzicht nach dem ö. Ehegatten erklären?

Wie geprüft, s.o. 1.2, Exkurs, ist eine Erbrechtswahl nicht hilfreich, weil sie nur aus deutscher Sicht für das in Deutschland vorhandene Immobilienvermögen Geltung entfalten kann. Die Rechtswahl würde aber in Österreich nicht anerkannt werden, und zwar weder für den gesamten Nachlass noch für einzelne Teile des Nachlasses ist sie im ö. Erbkollisionsrecht bekannt.

Auch der Erb- oder Pflichtteilsverzicht unterliegt also dem auf diese Weise bestimmten Erbstatut.⁵⁵ Das Erbstatut gilt aber nicht für den einem Erbverzicht ggf. zugrundeliegenden Abfindungsvertrag.⁵⁶

Das Personalstatut des Verzichtenden hat keine Auswirkung.⁵⁷

Zeitpunkt ist derjenige der Verzichtserklärung und eine spätere Staatsangehörigkeitsänderung wird für unerheblich betrachtet.⁵⁸

§ 30 Abs I IPRG bestimmt ein gleiches: Personalstatut bzw. Heimatrecht des Erblassers im Zeitpunkt des Vertragsschlusses.

Das ö.R. kennt den Erb- oder PT-Verzicht in §§ 551, 567, 762 ABGB, wobei der Verzicht auch gegenüber den Abkömmlingen des Verzichtenden wirkt, wenn nichts anderes bestimmt wurde.

Nach Art. 11 Abs I EGBGB ist für die Formwirksamkeit das Erbstatut oder die Ortsform maßgeblich. Ortsform wäre § 2348 BGB, notarielle Beurkundung. § 551 S 2 ABGB verlangt ebenfalls notarielle Beurkundung oder gerichtliche Protokollierung. Nach § 8 IPRG gilt grundsätzlich ebenfalls Erbstatut oder Ortsform für die Anerkennung der formellen Wirksamkeit.

FOLGE:

Ein in Deutschland nach Ortsform beurkundeter Erb- oder Pflichtteilsverzicht ist in Österreich anzuerkennen.

⁵⁵ Palandt/Heldrich Art. 25 EGBGB, Rdn 10 unter Hinweis auf BGH NJW 97, 521 u Rdn 13

⁵⁶ Pal./Heldrich a.a.O., Rdn 13

⁵⁷ Staudinger/Dörner Art 25 EGBGB, Rdn 373

⁵⁸ Staudinger/Dörner a.a.O., Rdn 374

4. MITERBENGEMEINSCHAFT

§ 550 Satz 1 ABGB bestimmt, dass mehrere Erben in Ansehung ihres gemeinschaftlichen Erbrechts als eine Person angesehen werden.

Nach österreichischem Recht bilden mehrere Erben bis zur Einantwortung eine Bruchteilsgemeinschaft (§§ 825 ff ABGB). Die Verwaltung erfolgt gemäß

§ 833 ABGB gemeinschaftlich.⁵⁹ Erklärungen gegen die Miterben sind somit gegen alle Erben zu richten.

Die Erbengemeinschaft endet durch eine Erbauseinandersetzung. Jeder Miterbe kann gemäß § 830 Satz 2 ABGB verlangen, dass die Gemeinschaft aufgehoben wird.⁶⁰ Die Erbauseinandersetzung kann aber durch den Erblasser oder vertraglich durch Miterben selbst ausgeschlossen werden.⁶¹

§ 830. Satz 2 Er [jeder Teilhaber– Anm. d. Verf.] kann in der Regel auch die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen; doch nicht zur Unzeit, oder zum Nachteile der übrigen.

§ 833. Der Besitz und die Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache kommt allen Teilhabern insgesamt zu. In Angelegenheiten, welche nur die ordentliche Verwaltung und Benützung des Hauptstammes betreffen, entscheidet die Mehrheit der Stimmen, welche nicht nach den Personen, sondern nach Verhältnis der Anteile der Teilnehmer gezählt werden.

Nach der Einantwortung erhält jeder Erbe Miteigentum an den Nachlassgegenständen entsprechend seiner Quote.

Aus dieser Bestimmung, § 833 S 2 letzter HS. ABGB, die Mehrheitsverhältnisse nicht nach Köpfen sondern nach Erbanteilen regelt, wird auch geschlossen, dass die Vorschrift des §

⁵⁹ Schömmel/ Faßold/ Bauer, Rn. 349

⁶⁰ Kroiß, Rn. 189

⁶¹ Schömmel/ Faßold/ Bauer, Rn. 350

1371 I BGB keine Anwendung neben dieser Art Erbrechtvorschriften haben kann, weil damit ein unstatthafter Eingriff in das ausländische Erbrecht erfolge.⁶²

4.1. FESTSTELLUNGSKLAGE

Nach dem Erbfall ist eine erbrechtliche Feststellungsklage nach dt. lex fori grundsätzlich problemlos möglich.⁶³ Davor scheidet die Klage eines Erbanwärters, mit der ein zukünftiges Erbrecht festgestellt werden soll daran, dass kein Rechtsverhältnis im Sinne des § 256 ZPO besteht.⁶⁴

Das besondere Feststellungsinteresse besteht darin, eine Erbenstellung, einen Nachlassumfang oder ähnliches Dritten gegenüber nachweisen zu wollen.

Häufige Angriffspunkte sind die Testierfreiheit, die Testierfähigkeit, die Anfechtung oder die Sittenwidrigkeit einer Verfügung von Todes wegen, die Wirksamkeit ihres Widerrufs oder ihre Auslegung, Erbquoten oder die Zugehörigkeit von Werten zum Nachlass.

Die Zulässigkeitsvoraussetzung des Rechtsschutzbedürfnisses ist unabhängig davon gegeben, ob ein Erbscheinsverfahren betrieben werden kann, läuft oder ein Erbschein bereits erteilt wurde.⁶⁵ Ein Erbschein erzeugt nach §§ 2365 ff. BGB eine Gutgläubenswirkung, kann aber nicht wie ein Feststellungsurteil in Rechtskraft erwachsen.⁶⁶ Ein Feststellungsurteil bietet daher den gewichtigeren Rechtsschutz, aber nur inter partes, nicht inter omnes wie der Erbschein.

Dabei befindet sich der Erbe in Deutschland ohne Verlassenschaftsabhandlung in einer schwierigeren Lage, als der in Österreich. Denn Auskunftsansprüche sind nach österreichischem Recht noch seltener als in Deutschland zwischen Miterben, vgl. unten 4.3 .

⁶² Ludwig in DnotZ, Fn 84 unten

⁶³ Vgl. Zöller-Greger, Rdn 11 zu § 256 ZPO

⁶⁴ BGHZ 37, 137, 145 = NJW 1962, 1723; Zöller-Greger, §256 Rn. 11

⁶⁵ BGHZ 89, 41; NJW 1983, 277

⁶⁶ Krug/Rudolf/Kroiß, §8, Rn. 6

4.2 FREMDRECHTSERBSCHHEIN

Zurück zur Fallstudie: Ein deutsches Gericht könnte über die Erbfolge nach dem Erblasser Konrad Busse einen Fremdrechtserschein gemäß § 2369 BGB erteilen.

Voraussetzungen für die Erteilung eines Fremdrechtserscheins sind:

- kein ausländisches Nachlassgericht zuständig ,
- Gegenstände des Nachlasses befinden sich im Inland.

Die Erbfolge nach Konrad Busse regelt sich nach österreichischem Recht, da sowohl nach deutschem als auch nach österreichischem IPR das Personalstatut maßgeblich ist.⁶⁷ Auf eine Einantwortung des Nachlasses kann ausnahmsweise verzichtet werden, da mangels dortigen Nachlasses und mangels Wohnsitz des Erblassers in Österreich kein Verlassenschaftsgericht in Österreich zuständig ist.⁶⁸

Ein **Fremdrechtserschein** hat zu beinhalten⁶⁹:

- die namentliche Bezeichnung des Erben,
- territoriale und gegenständliche Beschränkungen, ohne dass aber im Inland befindliche Gegenstände einzeln aufzuzählen sind⁷⁰ und
- das Recht, nach dem sich die Erbfolge richtet.

⁶⁷ Vgl. oben 1.1. und 2.

⁶⁸ Vgl. oben 2.

⁶⁹ Palandt-Edenhofer, § 2369, Rn. 8 ff

⁷⁰ Krug/ Rudolf/ Kroiß, §21, Rn. 105

Der Erbschein könnte lauten:

„Erbschein:

Konrad Busse, geboren am ..., verstorben am ..., zuletzt wohnhaft in Karlsruhe, wurde hinsichtlich des inländischen Nachlasses in Anwendung österreichischen Rechts beerbt von Tanja Schmidt, geboren am Eine Testamentsvollstreckung ist nicht angeordnet.“

Beispiel nach Kroiß:⁷¹

„ Hiermit wird bezeugt, dass der Erblasser Konrad Busse..., hinsichtlich des im Inland befindlichen (beweglichen / unbeweglichen) Nachlasses von Sandra Busse, ..., Stephan Busse,... zu je 1/6 und Martha Schmidt geb. Busse... und Franziska Müller geb. Busse.... zu je 1/3 nach österreichischem Recht beerbt worden ist.“

EXKURS:

Bei Anwendung materiellen deutschen Rechts, sei es aufgrund Rückverweisung oder von vornherein wegen Art. 25 EGBGB (dt. StA), erteilt das Gericht einen **Eigenrechtserbschein**.

Fallbeispiel:

Ein Brite mit Wohnsitz (domicile) in Hamburg verstirbt. Das britische (englische, walisische oder schottische IPR) verweist zurück auf dt. Recht, die Rückverweisung wird angenommen, § 4 Abs. I S. 2 EGBGB. Deutsches materielles Erbrecht wird angewendet.

Die Rückverweisung wird in den Erbschein aufgenommen⁷², der folgenden Inhalt erhält:

⁷¹ L. Kroiß in : Einführung in das internationale Erbrecht, ErbR- Zeitschrift, Luchterhand Verlag, 2006,2 ff

„Hiermit wird bezeugt, dass Henry Miller von Elli Müller kraft Rückverweisung des englischen Rechts nach deutschem Recht allein beerbt worden ist.“

Denkbar ist die Erteilung eines **gegenständlich-beschränkten Eigenrechtserbscheines**, wenn nur auf einen Nachlassteil deutsches Recht Anwendung zu finden hat. Dann liegt i.d.R. Nachlasspaltung im ausländischen Recht vor oder Art. 3 Abs. 3 EGBGB greift (Nachlassgegenstände befinden sich in einem anderen Staat, der sie besonderen Regeln bzw. seinen eigenen Gesetzen unterwirft z.B. der lex rei sitae).

4.3. AUSKUNFTSANSPRÜCHE UNTER MITERBEN

Das deutsche Recht kennt keinen allgemeinen Auskunftsanspruch unter Miterben.⁷³

Auskunftsansprüche sind aufgrund von Nebenpflichten zu Hauptansprüchen zu erfüllen. Die normierten Auskunftspflichten beziehen sich auf den Nachlassbestand und den Verbleib bestimmter Gegenstände.

Eine weitere Auskunftspflicht kann sich aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag nach den §§ 666, 681 BGB ergeben, wenn ein Miterbe die Verwaltung allein geführt hat, wobei es keine Rolle spielt, ob

- es sich um eine Notverwaltung handelte, nach welcher der Miterbe mit Fug und Recht gem. § 2038 Abs I BGB Verwaltungsmaßnahmen durchführen durfte⁷⁴; (§§ 2038 Abs I S 2 HS 2 iVm 666, 681 BGB)

- der Miterbe vom Erblasser noch einen Auftrag vorweisen konnte, dennoch aber nunmehr den Miterben insgesamt rechenschaftspflichtig ist⁷⁵.

⁷² Palandt-Edenhofer , Rdn 5 zu § 2353

⁷³ BGH NJW-RR 89, 450; Palandt-Heinrichs , § 261, Rn. 15a

⁷⁴ Vgl. zum Problem bei Unregelmäßigkeits-Verdacht und bisheriger Verwaltungsduldung: BGH FamRZ 01, 411

⁷⁵ AG Bad Mergentheim, ZErb 03, 54

Daher ist bei Erteilung einer Vorsorgevollmacht die Möglichkeit der ausdrücklichen Freistellung des Beauftragten von der Rechenschaftsverpflichtung zu ventilieren, obwohl natürlich klar ist, dass von der Vollmachtserteilung immer auch der Auftrag zur Ausnutzung der Vollmacht – konkludent oder ausdrücklich- zu unterscheiden ist.

Nur ausnahmsweise kann auf der Grundlage des § 242 BGB Auskunft beansprucht werden.

Voraussetzungen sind⁷⁶, dass zwischen dem Auskunftsbedürftigen und dem in Anspruch Genommenen ein Rechtsverhältnis besteht und der Auskunftsbedürftige in entschuldbarer Weise über das Bestehen oder den Umfang seines etwaigen Anspruchs im Ungewissen, der in Anspruch Genommene aber in der Lage ist, die gewünschte Auskunft unschwer zu erteilen.⁷⁷

Auch nach österreichischem Recht werden allgemeine Auskunftsansprüche gegen Miterben abgelehnt.⁷⁸ Bejaht werden das Auskunftsrecht eines Erben gegen einen Erbschaftsbesitzer und eines Pflichtteilsberechtigten gegen den Verwalter des Nachlasses.⁷⁹

Die Literatur zu gegenseitigen Auskunfts- oder Aufklärungspflichten unter Miterben in Österreich ist nicht vielfältig.

Maßgeblich dafür ist der Umstand, dass das Verlassenschaftsgericht zunächst einen Gerichtskommissär damit beauftragt, den Todesfall aufzunehmen⁸⁰, der seinerseits gemäß § 145 AußStrG Ermittlungen zur Person des Verstorbenen, zu möglichen Erben und zum Umfang des Nachlasses zu führen hat.⁸¹ Insbesondere nach § 145 Abs. 3 AußStrG steht dem Gerichtskommissär ein Auskunftsanspruch gegen diejenigen zu, die Auskunft über den Wert des Nachlasses erteilen können.

§ 145.

(1) Der Gerichtskommissär (§ 2 GKoärG) hat die Todesfallaufnahme zu errichten. Dazu hat er alle Umstände zu erheben, die für die Verlassenschaftsabhandlung und allfällige pflegschaftsgerichtliche Maßnahmen erforderlich sind.

(2) Die Todesfallaufnahme hat zu umfassen:

⁷⁶ Palandt-Heinrichs, § 261, Rn. 8; BGH NJW 80, 2463

⁷⁷ BGH WM 1971, 1196; BGH NJW 1981, 24 und 1995, 387

⁷⁸

⁷⁹

⁸⁰ Schömmel/ Faßold/ Bauer, Rn. 384

⁸¹ Kroiß, Rn. 193

1. Vor- und Familiennamen, Familienstand, Staatsangehörigkeit, Beschäftigung, Tag und Ort der Geburt und des Todes des Verstorbenen, seinen letzten Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthaltsort und alle übrigen für die Zuständigkeit erheblichen Umstände;
 2. das hinterlassene Vermögen samt Rechten und Verbindlichkeiten;
 3. die Begräbniskosten und die Person, die sie allenfalls vorgestreckt hat;
 4. die Urkunden über letztwillige Anordnungen (Testamente, Kodizille) und deren Widerruf, Vermächtnis-, Erb- und Pflichtteilsverträge, Erb- und Pflichtteilsverzichtsverträge und deren Aufhebung sowie den Vor- und Familiennamen und die Anschrift der Zeugen mündlicher letztwilliger Verfügungen;
 5. Vor- und Familiennamen, Anschrift und Tag der Geburt der gesetzlichen und der auf Grund einer letztwilligen Verfügung berufenen Erben;
 6. Vor- und Familiennamen, Anschrift und Tag der Geburt derjenigen, deren gesetzlicher Vertreter der Verstorbene war.
- (3) Der Wert des hinterlassenen Vermögens ist auf einfache Weise, insbesondere durch Befragung von Auskunftspersonen, und ohne weitwendige Erhebungen, tunlichst ohne Beziehung eines Sachverständigen, zu ermitteln.

Der Auskunftsanspruch des Gerichtskommissionärs ist dort unbefriedigend, wo kein Verlassenschaftsverfahren stattfindet, mangels Nachlasses in Österreich nur die dt. Gerichte mit dem Nachlassfall beschäftigt sind.

Nach dt. R. s.o. nur ausnahmsweise § 242 BGB.

I.ü. sind die Ansprüche aus § 2027 BGB gegen den Hausgenossen einerseits und aus § 2028 BGB gegen den unrechtmäßigen bzw. irrtümlichen Erbschafts(eigen)besitzer zu erwähnen.

4.4. EIGENTUMSÜBERGANG EINER DEUTSCHEN IMMOBILIE

Nach der Fallstudie hinterließ der Erblasser die Miteigentumshälfte an einer Eigentumswohnung in Karlsruhe.

Wer Erbe wird („Titulus“), bestimmt sich nach österreichischem Recht.

Wie das Eigentum an einer Immobilie in Deutschland übergeht („Modus“), bestimmt sich nach deutschem Recht.

Rechtsnachfolgerin würde auf Grund der erbvertraglichen Bestimmungen die Schwester des Erblassers Ronja Lange.

Wegen Unwirksamkeit des Erbvertrages nach materiellem ö.R. (vgl. oben 1.2) werden Erben jedoch zunächst die testamentarischen Erben und nach deren wirksamer Ausschlagung die oder der gesetzliche Erbe bzw. Erben.

Das Eigentum an der Wohnungshälfte geht nach § 1922 BGB von selbst über.⁸²

Das Grundbuch wird falsch und ist mit Erbnachweis, der nach § 35 GBO auch mit öffentlichem Testament und begl. Abschrift des Eröffnungsprotokolls zu führen ist, zu berichtigen. Den Antrag kann der RA für den Mandanten ebenso stellen wie der Notar, da es keiner Beglaubigung der Unterschrift bedarf.

4.5. EIGENTUMSÜBERGANG EINER ÖSTERREICHISCHEN IMMOBILIE

ZU VERLASSENSCHAFTSABHANDLUNG UND EINANTWORTUNG

Hätte der Erblasser Konrad Busse ein Grundstück in Österreich hinterlassen, wäre darüber ein Verlassenschaftsverfahren mit Einantwortung durchzuführen. Zuständig wäre das Gericht, in dessen Bezirk sich die Immobilie befindet. (§ 106 Abs. 1 JN)

In die Zuständigkeit des Nachlassgerichtes fiel sämtliches bewegliches Vermögen (auch das, das sich im Ausland befindet) sowie das unbewegliche Vermögen, das sich im Inland befindet.⁸³

Erfährt das Bezirksgericht vom Todesfall, lässt es gemäß § 145 Abs. 1 Satz 1 AußStrG⁸⁴ eine „Todesfallaufnahme“ erstellen. Ergibt sich danach, dass kein Nachlass vorhanden oder er unbedeutend oder überschuldet ist, findet keine Einantwortung statt. Der Nachlass besteht dann als ruhender Nachlass fort.⁸⁵

Andernfalls fordert das Nachlassgericht die Erben gemäß den §§ 157 ff AußStrG auf, eine Annahmeerklärung abzugeben und erforderliche Unterlagen beizubringen.⁸⁶

⁸² Köln NJW-RR 1997, 1091; Ludwig, ZEV 2005, 419; Palandt-Edenhofer, § 2369, Rn. 10; Vgl. auch oben 2.

⁸³ Schömmel/ Faßold/ Bauer, Rn. 383

⁸⁴ Siehe oben unter 4.2.

⁸⁵ Schömmel/ Faßold/ Bauer, Rn. 388

⁸⁶ Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, Österreich, Rn. 121

§ 157. (1) Der Gerichtskommissär hat die nach der Aktenlage als Erben in Frage kommenden Personen nachweislich aufzufordern, zu erklären, ob und wie sie die Erbschaft antreten oder ob sie diese ausschlagen wollen. Die Aufforderung hat einen Hinweis auf die Rechtsfolgen des Abs. 3 und - soweit diese Personen nicht von einem Rechtsanwalt oder Notar vertreten sind - eine Belehrung über die Rechtsfolgen der Abgabe der unbedingten und bedingten Erbantrittserklärung sowie über die Möglichkeit der Antragstellung nach § 184 Abs. 3 zu enthalten.

(2) Zur Abgabe der Erbantrittserklärung ist den als Erben in Frage kommenden Personen eine angemessene Frist von mindestens vier Wochen zu setzen. Aus erheblichen Gründen kann ihnen auch eine Bedenkzeit eingeräumt werden, die insgesamt ein Jahr nicht überschreiten darf.

(3) Versäumt eine solche Person die Frist, so ist sie dem weiteren Verfahren nicht mehr beizuziehen, solange sie die Erklärung nicht nachholt. Versäumt der gesetzliche Vertreter eines Pflegebefohlenen die Frist, so ist das Pfllegschaftsgericht zu verständigen.

(4) Wird keine Erbantrittserklärung abgegeben, so ist - sofern dies nicht schon geschehen ist - zur Vorbereitung des Verfahrens nach § 184 ein Verlassenschaftskurator zu bestellen.

Das Nachlassverfahren endet mit der Einantwortung.⁸⁷ Sie erfolgt durch Beschluss des Gerichts. **Mit der Einantwortung** erwirbt der Erbe gemäß § 797 ABGB das Eigentum an allen Nachlassgegenständen im Wege der **Universalsukzession**. Mittels einer Einantwortungskunde kann er Dritten gegenüber seine Erbenstellung beweisen.

§ 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.

Um das Eigentum an einem Grundstück per Einantwortung einer Erbschaft zu übertragen, ist gemäß § 436 ABGB erforderlich, dass der Eigentumserwerb in die Grundbücher eingetragen wird. Die Eintragung wird auch als Einverleibung oder Intabulation bezeichnet (§ 431 ABGB).

§ 431. Zur Übertragung des Eigentumes unbeweglicher Sachen muss das Erwerbengeschäft in die dazu bestimmten öffentlichen Bücher eingetragen werden. Diese Eintragung nennt man Einverleibung (Intabulation).

Insbesondere bei Erwerbung

a) durch Vertrag; (§§ 432 bis 435)

⁸⁷ Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, Österreich, Rn. 124

b) durch Urteil und andere gerichtliche Urkunden;

oder c) durch Vermächtnis (§ 437)

§ 436. Wenn das Eigentum unbeweglicher Sachen oder eines Bauwerkes zufolge rechtskräftigen Urteils, gerichtlicher Teilung oder Einantwortung einer Erbschaft übertragen werden soll, ist ebenfalls die Einverleibung (§§ 431 bis 433) oder die Hinterlegung der Urkunde (§§ 434, 435) erforderlich.

5. VERLASSENSCHAFTSABHANDLUNG BEI MINDERJÄHRIGEN

War der Erblasser selbst minderjährig und vermögenslos, kann nach § 153 AußStrG auch dann auf eine Todesfallaufnahme verzichtet werden, wenn Nachlass vorhanden ist.⁸⁸

§ 153. (1) Sind Aktiven der Verlassenschaft nicht vorhanden oder übersteigen sie nicht den Wert von 4 000 Euro und sind keine Eintragungen in die öffentlichen Bücher erforderlich, so unterbleibt die Abhandlung, wenn kein Antrag auf Fortsetzung des Verlassenschaftsverfahrens gestellt wird. Einer Verständigung bedarf es nicht.

Ist dagegen ein Minderjähriger als Erbe oder Pflichtteilsberechtigter beteiligt, erhält er über die §§ 160 ff. AußStrG einen besonderen Schutz im Verlassenschaftsverfahren. Beispielsweise ist gemäß § 165 Abs. 1 Nr. 2 AußStrG ein Inventar zu errichten. Nach § 176 Abs. 2 AußStrG darf eine Einantwortung nicht erfolgen, bevor die Pflichtteile nicht festgestellt und gesichert sind.⁸⁹

§ 165. (1) Ein Inventar ist zu errichten,

2. wenn Personen, die als Noterben in Frage kommen, minderjährig sind oder aus anderen Gründen einen gesetzlichen Vertreter benötigen;

§ 176. (1) Alle Personen, denen an der Verlassenschaft andere erbrechtliche Ansprüche zustehen als die eines Erben, sind vor der Einantwortung nachweislich von diesen zu verständigen.

(2) Stehen Pflegebefohlenen Ansprüche nach Abs. 1 zu, die noch nicht erfüllt sind, so ist vor Einantwortung Sicherheit zu leisten (§ 56 ZPO). Diese kann auch beim Gerichtskommissär hinterlegt werden. Wird die Sicherheit trotz fristgebundener Aufforderung nicht erlegt, so hat das Verlassenschaftsgericht den Erlag mit Beschluss aufzutragen.

(3) Die Sicherheit kann auch aus dem Verlassenschaftsvermögen gestellt werden.

⁸⁸ Schömmel/ Faßold/ Bauer, Rn. 388

⁸⁹ Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, Österreich, Rn. 107

linge vorhanden; so wird die Theilung verhältnißmäßig nach der eben gegebenen Vorschrift vorgenommen.

Die beiden Töchter des Erblassers Konrad Busse werden danach Miterben zu jeweils 1/3. Die drei Enkel erben an Stelle ihres Vaters mit einer Quote von jeweils 1/9.

EXKURS ZUR FALLVARIANTE 1 DEUTSCH-ÖSTERREICHISCHE EHE UND ANWENDUNG DES § 1371 ABS. I BGB

Die Vorschrift des § 1371 Abs. I BGB gewährt dem Ehegatten nach dem Erblasser einen pauschalen Ausgleich eines fiktiven Zugewinns, gleichgültig ob und wie viel an Zugewinn überhaupt erwirtschaftet wurde.

Einzelheiten dazu, ob die Vorschrift Anwendung findet bei ausländischem Erbstatut, das eine Vorschrift dieser Art nicht kennt, werden offenbar nach wie vor kontrovers und mit verschiedenen Lösungsansätzen diskutiert.⁹¹

Die Frage, ob § 1371 BGB güterrechtlich oder erbrechtlich zu qualifizieren ist, wird von der wohl ganz h.M. mit „güterrechtlich“ beantwortet.⁹²

Wäre die Vorschrift erbrechtlich zu qualifizieren, wüssten wir, dass eine Anwendung für unsere Fallstudie ohnehin nicht in Betracht kommt, da wir über die Kollisionsnorm des Art. 25 EGBGB nicht zum deutschen materiellen Recht und damit auch nicht zu § 1371 BGB gelangen.

Ist sie aber güterrechtlich einzuordnen, könnte sie ohne weiteres Anwendung finden, da sich das Güterrechtsstatut nach Artt. 15, 220 Abs. III S.3, 14 Abs. I Nr. 2 EGBGB ermittelt. Dies führt zum deutschen Recht, da die Eheleute gemeinsam zuletzt ihren Aufenthalt in Deutschland hatten und der Letztlebende

diesen dort noch hat.

Der Sachverhalt wäre in der Alternative dann so ausgestaltet, dass Agnes deutsche Staatsangehörige war und Konrad Busse neben dem aus ö.R. zu erkennenden 1/3 zusätzlich ¼ pauschalen Zugewinnausgleich erhalten haben könnte.

⁹¹ Vgl. z.B. Ludwig: „Anwendung des § 1371 Abs. I BGB bei ausld. Erbstatut?“ in DnotZ 05, 586 ff mit sehr kompakt-instruktiver Darstellung zu Österreich und Frankreich

⁹² Staudinger/Dörner, Art 25 EGBGB, Rdn 34; Pal./Heldrich, Art 15 EGBGB, Rdn 26; LG Mosbach, ZEV 98, 489 f; OLG Stuttgart FamRZ 2005, 1711-1712;

Diese Lösung wird jedoch einhellig abgelehnt. Dann hätte er 7/12 statt 6/12 als höchste Beteiligung bei nur dt. Rechtsanwendung erhalten und das stelle sich als unzulässigen Eingriff in das ö.R. dar, sie sei nicht zu billigen.

Der Weg der Korrektur wird nun unterschiedlich vorgeschlagen:

1.

Der Zugewinnausgleich habe güter- und erbrechtlichen Charakter und komme nur zu Anwendung, wenn Güter- und Erbstatut deutsches Recht sei.⁹³

2.

Die Lösung sei über eine Anpassung vorzunehmen, so dass der Erbberechtigte

Mindestens und höchstens das erhalte, was ihm bei Anwendung jeweils alleine beider Rechte zustünde. Dies würde zur Reduzierung von 7/12 auf höchstens 6/12 führen, was bei alleiniger Anwendung dt. Rechtes zugestanden hätte.

3.

Das OLG Stuttgart hingegen ist – ohne sich weiter in der Tiefe einer Begründung zu verstricken – der Auffassung, die güterrechtliche Vorschrift finde gar keine Anwendung, wenn das ausländische Erbrecht eine solche sich aus dem Güterrecht ergebende Erbquote nicht kenne.⁹⁴

Andererseits sei nach §§ 1373, 1371 Abs. III, 1372 BGB ein sich etwa zu berechnender Zugewinnausgleich zuzugestehen, soll heißen, der Zugewinnausgleich sei konkret zu berechnen.

4.

Dagegen wendet sich aber z.B. Ludwig⁹⁵ mit dem Vorschlag, § 1371 Abs. I BGB analog anzuwenden.

Im Ergebnis für den Praktiker ist festzuhalten:

Mehr als das deutsche Recht dem Ehegatten zugesteht, wird auch in der Kombination mit dem ö.R. *erbrechtlich* nicht herauszuholen sein.

Allerdings können sich Verschiebungen zugunsten des überlebenden Ehegatten ergeben, wenn der konkrete Zugewinnausgleich etwas besseres ergibt, der dann aber rechtzeitig (Verjährung § 1378 Abs. IV S. 1 BGB 3 Jahre ab Erfahrung der Beendigung des Güterstandes) geltend zu machen und konkret zu berechnen ist, so jedenfalls OLG Stuttgart.

⁹³ OLG Dü. MittRhNotK 88, 68

⁹⁴ OLG Stuttgart Fn 84 a.a.O.

⁹⁵ Ludwig Fn 83 a.a.O.

Im Beispielsfall liegt das Jahr 1992 zu weit zurück. Die Alternative der deutschen Staatsangehörigkeit der Agnes führt zu keinem besseren Ergebnis mehr.

7. PFLICHTTEILSRECHTE

Geht man in der Fallstudie davon aus, dass der Enkel Bernd Schmidt Vater von Tanja Schmidt ist, tritt nicht die gesetzliche Erbfolge ein.

Konrad Busse würde aufgrund Einsetzung der Abkömmlinge als Ersatzerben von Tanja Schmidt als Testamentserbin beerbt.

Die Mandantin und ihre Geschwister wären in diesem Fall als sogenannte Noterben auf Pflichtteilsansprüche gegen die Erben verwiesen.

Maßgeblich dafür sind die §§ 762 ff ABGB. Pflichtteilsergänzungsansprüche richten sich nach § 785 ABGB.

§ 762. Die Personen, die der Erblasser in der letzten Anordnung bedenken muss, sind seine Kinder, in Ermangelung solcher seine Eltern, und der Ehegatte.

§ 763. Unter dem Rahmen Kinder werden nach der allgemeinen Regel (§. 42) auch Enkel und Urenkel; und unter dem Rahmen Aeltern alle Großältern begriffen. Es findet hier zwischen dem männlichen und weiblichen Geschlechte; zwischen ehelicher und unehelicher Geburt kein Unterschied Statt, sobald für diese Personen das Recht und die Ordnung der gesetzlichen Erbfolge eintreten würde.

§ 764. Der Erbtheil, welchen diese Personen zu fordern berechtigt sind, heißt: Pflichttheil; sie selbst werden in dieser Rücksicht Notherben genannt.

§ 765. Als Pflichtteil gebührt jedem Kind und dem Ehegatten die Hälfte dessen, was ihm nach der gesetzlichen Erbfolge zugefallen wäre.

§ 766. In der aufsteigenden Linie gebührt jedem Notherben als Pflichttheil ein Drittheil dessen, was er nach der gesetzlichen Erbfolge erhalten haben würde.

Die Regeln des österreichischen Pflichtteilsrechts entsprechen den deutschen Regeln insoweit, als in absteigender Linie und für Ehegatten der Pflichtteil 1/2 (§ 765 ABGB) und in aufsteigender Linie 1/3 (§ 766 ABGB) des gesetzlichen Erbteils beträgt. Der Mandantin Sabine Busse steht gegen die Erben somit ein Pflichtteilsanspruch in Höhe von 1/18 zu. Gleiches gilt für Stephan Busse.

Eine Besonderheit des österreichischen Erbrechts besteht in der Möglichkeit, den **Pflichtteil nach §773a Abs. 2 ABGB zu mindern**. In Form einer letztwilligen Verfügung kann der Erblasser

ser den Pflichtteil eines Abkömmlings nochmals halbieren, wenn zwischen ihm und dem Pflichtteilsberechtigten kein „Naheverhältnis“ bestand.⁹⁶

§ 773a. (1) Standen der Erblasser und der Pflichtteilsberechtigte zu keiner Zeit in einem Naheverhältnis, wie es in der Familie zwischen solchen Verwandten gewöhnlich besteht, so kann der Erblasser den Pflichtteil auf die Hälfte mindern.

(2) Die §§ 771 und 772 gelten sinngemäß für die Pflichtteilsmindern.

(3) Das Recht auf Pflichtteilsmindern steht nicht zu, wenn der Erblasser die Ausübung des Rechts auf persönlichen Verkehr mit dem Pflichtteilsberechtigten grundlos abgelehnt hat.

Zwischenfrage: Kann dies in Zusammenhang mit „Rechtswahl“ interessant werden, um Pflichtteilsrechte ungeliebter Erben zu mindern?

Antwort: Nein, s.o., gemäß Art 25 Abs. II EGBGB kann nur eine Rechtswahl „zum dt. Recht hin“ und nur für inländisches unbewegliches Vermögen getroffen werden. Nur der Wechsel der Staatsangehörigkeit könnte helfen.

⁹⁶ Kroiß, Rn. 184

8. AUSLEGUNGSREGELN

Wird es notwendig, eine letztwillige Verfügung auszulegen, ist auf den tatsächlichen Willen des Erblassers zur Zeit der Errichtung abzustellen.⁹⁷ Dabei ist nicht allein an den Worten zu haften. Allerdings muss sich in der Verfügung ein Anhaltspunkt für die Auslegung finden.

Das ABGB enthält in den §§ 554 ff ABGB widerlegbare Auslegungsregeln.

Formvorschriften sind nicht auslegbar.⁹⁸ Eine Verfügung ist nach § 601 ABGB ungültig, wenn sie gegen die vorgeschriebenen Errichtungsformen verstößt.

§ 601. Wenn der Erblasser eines der hier vorgeschriebenen, und nicht ausdrücklich der bloßen Vorsicht überlassenen Erfordernisse [Formerfordernisse -Anm. d. Verf.] nicht beobachtet hat; so ist die letzte Willenserklärung ungültig.

Allerdings ist von Amts wegen zu prüfen, ob eine letztwillige Verfügung wirksam ist, die bestimmten Voraussetzungen einer Testamentsform nicht entspricht, aber die Voraussetzungen einer anderen erfüllt (Konversion).⁹⁹

⁹⁷ Schömmers/ Faßold/ Bauer, Rn. 315

⁹⁸ Schömmers/ Faßold/ Bauer, Rn. 315

⁹⁹ Schömmers/ Faßold/ Bauer, Rn. 315

9. ADOPTION

Laut Fallstudie hatte der Vater der Mandantin Sandra Busse, Jochen Busse, den Sohn seiner Ehefrau adoptiert. Der Sohn Stefan Busse war zur Zeit der Adoption minderjährig.

Geht man davon aus, dass Stefan Busse und seine Mutter Petra Busse zur Zeit der Adoption die britische Staatsangehörigkeit besaßen und Jochen Busse die deutsche, stellt sich die Frage, welchem Recht die Annahme unterliegt.

Maßgeblich ist aus deutscher Sicht Art. 22 EGBGB. Danach unterliegt die Annahme als Kind grundsätzlich dem Heimatrecht des Annehmenden.¹⁰⁰ Da Jochen Busse zur Zeit der Adoption verheiratet war, unterliegt die Adoption nach Art. 22 Abs. 1 Satz 2 EGBGB dem Recht, das nach Art. 14 Abs. 1 EGBGB für die allgemeinen Wirkungen der Ehe maßgeblich ist. Es stellt sich somit die Frage nach dem gesetzlichen Ehwirkungsstatut.

Art. 14 EGBGB nennt in Abs. 1 drei Möglichkeiten¹⁰¹:

- das Recht des Staates, dem beide Ehegatten angehören,
- das Recht des Staates, in dem beide Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben und
- das Recht des Staates, mit dem die Ehegatten auf andere Weise verbunden sind.

Auf die Adoption sind die deutschen Adoptionsregeln anzuwenden, da die Eheleute in Deutschland ihren gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt hatten.

¹⁰⁰ Palandt-Heldrich, Art.22 EGBGB, Rn. 3

¹⁰¹ Palandt-Heldrich, Art.22 EGBGB, Rn. 7

Deutsche Gerichte sind gemäß § 43 b FGG in internationalen Adoptionsangelegenheiten zuständig, wenn der Annehmende, einer der annehmenden Ehegatten oder das Kind die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland haben.¹⁰²

Die Anerkennung und Rechtswirkungen einer Adoption im Ausland beurteilt sich primär nach Art. 23 bis 27 Haager Adoptionsübereinkommen.¹⁰³ Adoptionen in einem Vertragsstaat sind in allen anderen Vertragsstaaten kraft Gesetzes anzuerkennen, wenn die Adoption nicht gegen den ordre public verstößt.¹⁰⁴

An der Wirksamkeit der Adoption bestünden keine Zweifel, wenn sie in Deutschland stattgefunden hätte.

Geht man im Beispielfall alternativ davon aus, dass die Adoption in Ungarn stattgefunden hat, wäre das Haager Adoptionsübereinkommen nicht anwendbar, da Ungarn kein Vertragsstaat des Übereinkommens ist.¹⁰⁵

In einem solchen Fall ist für die Anerkennung der Adoption zu unterscheiden, ob sie im Ausland durch bloßes Rechtsgeschäft oder durch Staatsakt vollzogen wurde. Eine Adoption durch Rechtsgeschäft setzt voraus, dass die Wirksamkeitsvoraussetzungen des Rechts eingehalten wurden, das nach Art. 22 Abs. 1 EGBGB zur Anwendung kommt.¹⁰⁶ War danach deutsches Recht anzuwenden, wäre eine Adoption im Ausland durch Rechtsgeschäft wegen § 1752 BGB, der einen Gerichtsbeschluss vorsieht, unwirksam.¹⁰⁷

Erfolgte die Adoption im Ausland durch die Entscheidung eines Gerichts oder einer Behörde, so richtet sich deren Anerkennung nach § 16 a FGG.¹⁰⁸ Die Anerkennung setzt insbesondere

¹⁰² Palandt-Heldrich, Art.22 EGBGB, Rn. 7

¹⁰³ Haager Übereinkommen über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption vom 29.5.1993, in Deutschland seit dem 1.3.2002 in Kraft (BGBl. 01 II 1034), aufgeführt in www.bundeszentralregister.de/bzaa/adop003.html und www.hcch.net

¹⁰⁴ Palandt-Heldrich, Art.22 EGBGB, Rn. 9

¹⁰⁵ Auflistung der Vertragsstaaten in www.hcch.net (engl. Text)

¹⁰⁶ Tüb, StAZ 1992, 217

¹⁰⁷ Hepting, StAZ 1986, 307

¹⁰⁸ BayObLG 2000, 182; LG Stuttgart StAZ 2000, 48; LG Nürnberg LAmt 2002, 194

die internationale Zuständigkeit der Gerichte oder Behörden des ausländischen Staates auf Grund spiegelbildlicher Anwendung der entsprechenden deutschen Vorschriften voraus. Es reicht damit aus, dass der Annehmende, einer der annehmenden Ehegatten oder das Kind zur Zeit der Adoption die Staatsangehörigkeit des entscheidenden Staates besaß oder in diesem Staat seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte.¹⁰⁹ Zudem muss der ordre public gewahrt sein.

EXKURS ZU ADOPTION UND GESTALTUNG:

Mandant kommt zu mir und erzählt folgende Geschichte:

Er sei gemeinsam mit seinem Bruder bei einer Pflegemutter aufgewachsen, die sein Vater nach der Ehescheidung von seiner leiblichen Mutter geheiratet habe. Außerdem sei ein weiterer Sohn von dieser Pflegemutter adoptiert worden (Volladoption).

Er könne als Bauleiter beurteilen, dass das Grundstück, welches im Eigentum der Pflegemutter stehe und in Brandenburg liege, ungefähr 500.000,00 EUR wert sei. Es stehen ein Einfamilien- und ein Zweifamilienhaus und ein paar Ferienhütten darauf.

Außerdem habe er nun auch seit längerem recht guten Kontakt zu seiner leiblichen Mutter, obwohl er seine Pflegemutter, wie er immer betonte, als seine eigentliche Mutter empfinde.

Seine leibliche Mutter habe Sparvermögen von vielleicht 50.000,00 EUR bis 80.000,00 EUR zu vererben.

Seine Frage ist, ob es sich lohnen würde, sich von seiner Pflegemutter adoptieren zu lassen und welche Konsequenz dies für die eventuelle Erbschaft nach seiner leiblichen Mutter haben könnte.

KONSEQUENZ:

Gemäß § 1767 ff. BGB unterliegt die Annahme an Kindes statt von Volljährigen besonderen Vorschriften, zumindest teilweise.

¹⁰⁹ Palandt-Heldrich, Art.22 EGBGB, Rn. 13

Nach § 1770 BGB erstreckt sich die Wirkung der Annahme eines Volljährigen nicht auf die Verwandten des Annehmenden einerseits. Andererseits gilt nach Absatz 2, dass die Rechte und Pflichten aus dem Verwandtschaftsverhältnis des Angenommenen und seiner Abkömmlinge zu ihren Verwandten durch die Annahme nicht berührt werden (soweit das Gesetz nichts anderes vorschreibt).

Eine Beschränkung des Erbrechts im Gegensatz zu § 1767 (1) alte Fassung liegt also nicht mehr vor. Das Erbrecht gilt voll zugunsten des Angenommenen, demzufolge auch die steuerlichen Freibeträge, denn das Steuerrecht folgt grundsätzlich dem Zivilrecht.

Weiterhin würde gelten, dass im Falle des Todes des Angenommenen seine leiblichen und seine Adoptiveltern (oder jeweils soweit nur noch vorhanden, leibliche Mutter und Adoptivmutter), sofern er keine eigenen Kinder hat, als Erben der zweiten Ordnung nach § 1925 nebeneinander erben könnten (vgl. Rdn. 2 zu § 1770, Palandt, 65. Auflage 2006).¹¹⁰

Konsequenterweise ist davon auszugehen, obgleich sich aus der Kommentierung des Palandt dies nicht ausdrücklich ergibt, dass auch das Kind von seiner leiblichen Mutter einerseits und von seiner Adoptivmutter andererseits abstammt.

Denn die aus der Abstammung herrührenden Verwandtschaftsverhältnisse des Angenommenen werden durch die Annahme grundsätzlich nicht berührt.

Es bleibt auch z. B. die gegenseitige Unterhaltspflicht bestehen. Allerdings sind Adoptiveltern dem angenommenen und seinen Abkömmlingen gegenüber vorrangig unterhaltspflichtig (§ 1770 III BGB).

¹¹⁰ vgl. Rdn. 2 zu § 1770, Palandt, 65. Auflage 2006

10. ERBSTATUT EINER FRANZÖSISCHEN ERBLASSERIN

Das französische IPR findet seine Rechtsgrundlagen in Staatsverträgen, autonomem Kollisionsrecht und dem Vorwegentnahmerecht.¹¹¹

Das französische Kollisionsrecht wurde vornehmlich durch Rechtsprechung und Lehre entwickelt. Gesetzliche Bestimmungen finden sich vereinzelt im französischen Zivilgesetzbuch, dem Code Civil¹¹² (CC). Wichtigste Norm für das internationale Erbrecht ist Art. 3 CC, nach welchem Grundstücke auf französischem Boden stets dem französischen Recht unterliegen und für Franzosen, selbst wenn sie sich im Ausland aufhalten, stets die französischen Gesetze für ihren Status, ihre Rechts- und Geschäftsfähigkeit gelten.

Code civil

Art. 3. (1) Die Polizei- und Sicherheitsgesetze verpflichten all diejenigen, welche sich in dem Staatsgebiete aufhalten.

(2) In Ansehung der Immobilien, selbst derjenigen, welche von Ausländern besessen werden, gilt das inländische Gesetz.

(3) Den Gesetzen, welche den Stand und die Fähigkeit einer Person betreffen, sind die Inländer, selbst wenn sie sich im Ausland aufhalten, unterworfen.

Das Vorwegentnahmerecht¹¹³ (droit de prélèvement) stellt eine Besonderheit des französischen internationalen Erbrechts dar. Es privilegiert mit Art. 2 französische Staatsangehörige, indem es ihnen die Möglichkeit bei Nachlässen mit Ausländerbeteiligung einräumt, in Frank-

¹¹¹ Schömmer/Steinhauer/Haydu, Frankreich, Rn. 230 - 232

¹¹² Code Civil - Übersetzungen aus Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, Frankreich, Texte B

¹¹³ Gesetz vom 14.7.1819 über die Abschaffung des Heimfalls- und des Abschoßrechtes an Ausländer-
nachlässen - Übersetzungen aus Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, Frankreich, Texte B

reich belegene Nachlassgegenstände vorweg zu entnehmen, wenn und soweit das ausländische Erbrecht den Franzosen schlechter stellt als das französische Erbrecht.¹¹⁴

Art. 2. Ist ein und dieselbe Erbschaft zu teilen zwischen ausländischen und französischen Miterben, so steht letzteren an den in Frankreich belegenen Nachlassgegenständen ein Vorwegentnahmerecht in solcher Höhe zu, die dem Wert jener im Ausland belegenen Nachlassgegenstände entspricht, von denen die französischen Miterben – gleich aus welchem Grunde – auf Grund der betreffenden örtlichen Gesetze und Gebräuche ausgeschlossen sind.

Es wird allgemein bezweifelt, dass ein solches Inländerprivileg mit EU-Recht vereinbar ist.¹¹⁵ Aus deutscher Sicht müsste nach Art. 6 EGBGB der ordre public angewandt werden. Was auf Grund des französischen Vorwegentnahmerechts mehr erworben wurde, müsste durch eine entsprechend geringere Beteiligung am inländischen Nachlass ausgeglichen werden.¹¹⁶

Das französische IPR unterscheidet zwischen der Erbfolge in bewegliches und unbewegliches Vermögen.¹¹⁷

Für die Erbfolge in unbewegliches Vermögen ist nach Art. 3 Abs. 2 CC das Recht des Staates anzuwenden, in dem sich die Immobilie befindet (lex rei sitae).

Für bewegliches Vermögen gilt das Recht des Staates des letzten Wohnsitzes (lex domicilii).

FALLBEISPIEL:

Die Erblasserin besaß die französische Staatsangehörigkeit. Ihren letzten Wohnsitz hatte sie in Deutschland. Sie hinterlässt ein Wertpapierdepot in Deutschland und ein Grundstück in Frankreich.

¹¹⁴Schömmmer/Steinhauer/Haydu, Frankreich, Rn. 232

¹¹⁵ Staudinger/Dörner, Anh. zu Art. 25 EGBGB, Rn. 175

¹¹⁶ Schömmmer/Steinhauer/Haydu, Frankreich, Rn. 232

¹¹⁷ Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, Frankreich, Rn. 6 f.

Bezüglich der Erbfolge in das bewegliche Vermögen können in dieser Konstellation sogenannte hinkende Rechtsverhältnisse¹¹⁸ entstehen, da Staatsangehörigkeit und Wohnsitz auseinander fallen. Französische Gerichte wenden bei frz. Staatsangehörigen mit Wohnsitz in Deutschland oder Deutschen mit Wohnsitz in Frankreich frz. Erbrecht an.

Deutsche Gerichte wenden bei letzterem deutsches Erbrecht an!

Ein deutsches Gericht würde prüfen, ob eine wirksame Rechtswahl getroffen wurde und ob Staatsverträge zu beachten sind. Soweit beides nicht greift, hätte ein deutsches Gericht nach Art. 25 Abs. 1 EGBGB auf das Personalstatut abzustellen.

Für die französische Staatsangehörige ist dt. Recht anzuwenden, weil nach Art. 4 I, 2 EGBGB die Rückverweisung wegen frz. Wohnsitzprinzips angenommen wird.

Ein französisches Gericht würde auf das Recht des letzten Wohnsitzes abstellen. Die Erbfolge würde sich dann nach frz. Recht bestimmen, da die Erblasserin in Deutschland nach Art. 25 I EGBGB beurteilt und daher auf frz. Recht rückverwiesen und die Rückverweisung von Frankreich angenommen wird.

Bezüglich der Erbfolge in unbewegliches Vermögen laufen die deutschen und französischen Kollisionsregeln für frz. Grundstücke auf dasselbe Ergebnis hinaus.

Im Ergebnis wenden beide Rechtsordnungen für die Erbfolge das Recht des Staates an, in dem die Immobilie belegen ist (lex rei sitae)¹¹⁹ sofern sie sich in Frankreich befindet.

Im Beispiel hinterlässt eine französische Staatsangehörige eine Immobilie in Frankreich.

Art. 3 Abs II cc oder/und Art 3 Abs. III EGBGB führen zum frz. Erbrecht, denn das Einzelstatut bricht das Gesamtstatut.

EGBGB:

¹¹⁸Schömmmer/Steinhauer/Haydu, Frankreich, Rn. 240

¹¹⁹Schömmmer/Steinhauer/Haydu, Frankreich, Rn. 241

Art. 3 Allgemeine Verweisungsvorschriften. (3) Soweit Verweisungen im Dritten und Vierten Abschnitt das Vermögen einer Person dem Recht eines Staates unterstellen, beziehen sie sich nicht auf Gegenstände, die sich nicht in diesem Staat befinden und nach dem Recht des Staates, in dem sie sich befinden, besonderen Vorschriften unterliegen.

Das Einzelstatut bricht das Gesamtstatut, d.h. von der Gesamtverweisung des Art. 25 Abs. 1 EGBGB sind die Gegenstände ausgenommen, die in einem anderen Staat belegen sind und dort besonderen Vorschriften unterliegen.

Art. 3 Abs. 2 CC stellt diese besondere Vorschrift dar. Nach ihr bestimmt sich das Erbrecht an Immobilien in Frankreich nach französischem Recht.

Hätte im Beispiel die französische Erblasserin eine Immobilie in Deutschland hinterlassen, könnten dagegen verschiedene Rechtsordnungen angewandt werden.

Ein deutsches Gericht würde dt. Recht anwenden, da Art. 25 Abs. 1 EGBGB zwar auf die Staatsangehörigkeit abstellt. Das französische Recht verweist mit Art. 3 CC aber auf deutsches Recht zurück (*lex rei sitae*).

Vor einem französischen Gericht würde umgekehrt entschieden. Art. 3 CC verweist auf den Belegenheitsort. Das deutsche Recht verweist nach Art. 25 Abs. 1 EGBGB zurück auf französisches Recht.¹²⁰

Praktisch treten dennoch keine Divergenzen auf, da sich französische Gerichte für unzuständig erklären, wenn die Erbfolge an Grundbesitz im Ausland zu klären ist.¹²¹

BERATERHINWEIS: KOLLISIONSRECHTLICHE ERBRECHTSWAHL

Eine Erbrectswahl findet statt, wenn dispositive Regelungen des Erbstatuts für den gesamten Nachlass oder einen Teil davon abgewählt werden. Deutsche und französische Erblasser können testamen-

¹²⁰ Schömmmer/Steinhauer/Haydu, Frankreich, Rn. 243

¹²¹ Schömmmer/Steinhauer/Haydu, Frankreich, Rn. 243

tarisch eine beschränkte Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB ausüben und so einen Einklang der Entscheidungen herbeiführen. Eine Rückverweisung auf französisches Recht wäre so aus frz. Sicht ausgeschlossen.¹²² Somit wäre aus beiden nationalen Blickwinkeln für dt. Immobilien dt. Erbrecht anwendbar.

¹²² Riering ZEV 1994, 229

1. Erbrechtswahl nach deutschem internationalen Erbrecht

Gemäß Art. 25 Abs. 2 EGBGB kann ein Erblasser für in Deutschland belegenes unbewegliches Vermögen in Form einer Verfügung von Todes wegen deutsches Recht wählen.

2. Erbrechtswahl nach ausländischem internationalen Erbrecht

Nach ausländischem internationalen Erbrecht ist eine Erbrechtswahl möglich, wenn das nach Art. 25 Abs. 1 EGBGB anzuwendende Recht es zulässt.

Derzeit lassen eine Erbrechtswahl zu:

- Schweiz (Art. 87 Abs. 2 und Art.91 Abs.2 IPRG)
- Italien (Art. 46 Abs. 2 S. 1 IPRG)
- Niederlande (Art. 5 Haager Erbrechtsübereinkommen vom 1.8.1989)
- Liechtenstein (Art. 29 Abs. 3 IPRG)
- Belgien (Art. 79 IPRG)
- Finnland (Art. 26 § 6 ErbG)

Nur eine Wahl des Heimatrechts lassen derzeit zu:

- Armenien (Art. 1292 Abs. 1 2. HS ZGB)
- Belarus (Art. 1133 Abs. 1 2. HS ZGB)
- Kasachstan (§ 1121 2. HS ZGB)
- Kirgistan (Art. 1206 2.HS ZGB)
- Usbekistan (Art. 1197 Abs. 1 2. HS ZGB)

In Frankreich sind Verträge über Erbschaften verboten, die noch nicht angefallen sind (Art. 1130 Abs. 2 CC, Art. 1389 CC, Art. 791 CC). Dabei ist anerkannt, dass das Verbot nicht als Formfrage einzuordnen ist, sondern materiellrechtlichen Charakter entfaltet.¹²³

Code civil

Art. 791 Man kann selbst in einem Ehevertrage auf die Erbschaft einer noch lebenden Person nicht verzichten und auch nicht die eventuellen Rechte veräußern, welche man etwa an solcher Erbschaft haben könnte.

Art. 1130 (2) Man kann jedoch auf eine angefallene Erbschaft nicht verzichten, auch nicht irgendeinen Vertrag über eine solche Erbschaft schließen, selbst nicht mit Zustimmung desjenigen, um dessen Erbschaft es sich handelt.

Art. 1389 Unbeschadet der Freigebigkeiten, die nach den Formen und in den in diesem Gesetz vorgesehenen Fällen zulässig sind, können die Ehegatten keinen Vertrag oder Verzicht vereinbaren, der eine Änderung der gesetzlichen Erbordnung zum Gegenstand hat.

FALLBEISPIEL:

Die Erblasserin war Deutsche und hatte mit ihrem Lebensgefährten einen Erbvertrag geschlossen, mit dem sie sich gegenseitig zu Alleinerben einsetzen. Später siedelten beide nach Frankreich um, nahmen die französische Staatsbürgerschaft an und gaben die deutsche auf.

Das deutsche Recht stellt auf das Personalstatut und das französische Recht bei beweglichen Sachen auf den letzten Wohnsitz des Erblassers ab. Beide verweisen damit auf das französische Recht.

Das französische Recht lässt keine Erbverträge bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften zu. Fraglich ist deshalb, ob der in Deutschland errichtete Erbvertrag in Frankreich formgültig ist und Bindungswirkung entfalten kann.

Das wäre der Fall, wenn es nach französischem Recht ein Errichtungsstatut gäbe, wie es aus deutscher Sicht in Art. 26 Abs.5 Satz 1 EGBGB geregelt ist.

EGBGB

Art. 26 Verfügungen von Todes wegen. (5)¹ Im Übrigen unterliegen die Gültigkeit der Errichtung einer Verfügung von Todes wegen und die Bindung an sie dem Recht, das im Zeitpunkt der Verfügung auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwenden wäre.

¹²³ Schömmers/Steinhauer/Haydu, Frankreich, Rn. 262

Nach deutschem IPR wäre der Erbvertrag wirksam errichtet worden. Das französische Recht kennt eine entsprechende Regelung aber nicht. Es kann deshalb nicht auf den Zeitpunkt der Errichtung abgestellt werden. Maßgeblich ist allein der Zeitpunkt des Erbfalls, zu dem die Erblasserin die französische Staatsbürgerschaft besaß und in Frankreich lebte. Der Erbvertrag ist nichtig.¹²⁴

Das französische Recht verbietet Erbverträge. Es schränkt das Verbot allein bei der so genannten „institution contractuelle“ ein. Ein solcher

(Vermächtnis-) Vertrag nach Art. 1082 CC, mit dem jemand einem anderen verspricht, ihm auf den Todesfall sein gesamtes Vermögen oder einen Teil davon zu überlassen, ist in drei Formen zugelassen¹²⁵:

- Zuwendung auf den Todesfall durch Dritte zu Gunsten künftiger Ehegatten anlässlich der Eheschließung in deren Ehevertrag (die Dritten werden in den Vertrag mit aufgenommen);
- Zuwendungen auf den Todesfall unter künftigen Ehegatten im Ehevertrag und
- Zuwendungen unter Ehegatten nach der Eheschließung.

Code civil

Art. 1082. Die Eltern, die übrigen Aszendenten und Seitenverwandten der Ehegatten und selbst Fremde können in dem Ehevertrage über das Vermögen, welches sie an einem Todestage hinterlassen werden, ganz oder zum Teil sowohl zum Vorteile der besagten Ehegatten als auch auf den Fall, dass der Schenkende den beschenkten Ehegatten überleben würde, zum Vorteile der aus ihrer Ehe zu erwartenden Kinder verfügen.

Von einer solchen Schenkung, wenn sie auch nur zum Vorteile der Ehegatten oder eines derselben geschehen ist, wird in in dem erwähnten Falle des Überlebens des Schenkers immer vermutet, dass die zum Vorteile der aus der Ehe zu erwartenden Kinder und Abkömmlinge geschehen sei.

Wurden vor der Eheschließung Zuwendungen auf den Todesfall in einem notariell beurkundeten Ehevertrag vereinbart, kann ihnen eine Bindungswirkung zukommen, wie sie deutsche Erbverträge entfalten.¹²⁶

¹²⁴ Schömmers/ Steinhauer/ Haydu, Rn. 237

¹²⁵ Schömmers/ Steinhauer/ Haydu, Rn. 263

¹²⁶ Schömmers/ Steinhauer/ Haydu, Rn. 264

Nach teilweiser Auffassung sollen deutsche Erbverträge zwischen Ehegatten vor diesem Hintergrund wie gemeinschaftliche Testamente als formgültig behandelt und in zwei Einzeltestamente umgedeutet werden.¹²⁷ Dabei handelt es sich aber wohl um eine Mindermeinung.

Das französische Verbot von Erbverträgen gilt in allen anderen Fällen. Teilweise wird vertreten, dass es sich selbst dann durchsetzt, wenn das Erbstatut nicht französisches sondern deutsches Recht ist.¹²⁸ Frz. Gericht verstehen das Verbot als dem ordre public internationale unterfallend.

FALLBEISPIEL :

Die Erblasserin war Deutsche und hatte mit ihrem Lebensgefährten einen Erbvertrag geschlossen, mit dem sie sich gegenseitig zu Alleinerben einsetzen. Trotz ihrer Liebe zu Frankreich behielten beide ihre deutsche Staatsbürgerschaft und blieben in Deutschland wohnen. Die Erblasserin hinterließ bewegliches Vermögen in Frankreich.

Bezüglich des beweglichen Vermögens knüpft das französische Recht an den Wohnsitz des Erblassers an (lex domicilii), das deutsche Recht knüpft an die Heimat des Erblassers an (lex patriae). Im Beispiel ist danach deutsches Recht anzuwenden.

Die Erbeinsetzung würde dennoch nicht beachtet, wenn das Erbvertragsverbot dem französischen „ordre public international“ unterfiele.

Die Auffassungen darüber gehen auseinander¹²⁹.

Die französische Rechtsprechung hat ausländischen Erbverträgen wegen des „ordre public international“ nicht anerkannt, obwohl ausländisches Erbrecht anzuwenden war.¹³⁰

In der Literatur wird diese weite Auffassung vielfach kritisiert, weil sich aus der „institution contractuelle“ ableiten lasse, dass auch das französische Recht bindende Verfügungen auf den Todesfall nicht vollkommen ausschließe.

¹²⁷ Wehrens/ Gresser, BWNotZ 2000, 52; Schömmers/ Steinhauer/ Haydu, Rn. 264

¹²⁸ Schömmers/ Steinhauer/ Haydu, Rn. 264,

¹²⁹ Nachweis in DNotI-Report 1997, 37

¹³⁰ Schömmers/ Steinhauer/ Haydu, Rn. 264