

**letzte Aktualisierung:** 31.10.2014

OLG Frankfurt, 4.7.2013 - 20 W 297/12

**BGB §§ 1960, 1961; EGBGB Art. 25**

**Österreich: kein Ersatztestamentsvollstrecker bei Tod des vom Erblasser ernannten Vollstreckers; Anordnung der Nachlasspflegschaft nach deutschem Recht bei unbekannter Erbfolge**

1. Nach österreichischem Erbrecht kommt die Ernennung eines Ersatztestamentsvollstreckers durch das Gericht beim Tod des vom Erblasser ernannten Testamentsvollstreckers nicht in Betracht.
2. In einem solchen Fall kann – wenn in Deutschland ein Prozess gegen den Nachlass anhängig ist – eine Nachlasspflegschaft angeordnet werden und ein Nachlasspfleger zu ernennen sein, wenn die für die Erbfolge maßgebenden Verhältnisse sehr weitläufig und verwickelt sind. Dem Nachlassgläubiger kann die Beschaffung der zum Nachweis der Passivlegitimation des oder der mutmaßlichen Erben erforderlichen Unterlagen nicht zugemutet werden. (Leitsätze der DNotI-Redaktion)

## G r ü n d e :

### **I.**

Der am ...04.1928 in Wien geborene und am ..08.1997 in Stadt2 verstorbene Dipl.-Ing. X betrieb bis zu seinem Tod in Ort1 bei Stadt2 ein Architekturbüro.

Er war österreichischer Staatsangehöriger, ledig und hatte keine Kinder. Nach seinem Ableben wurden zwei handschriftliche Testamente - vom 12.02.1993 und vom 13.09.1995 - dem Nachlassgericht übergeben. In dem handschriftlichen Testament vom 13.09.1995 bestimmte er die Verteilung seines Besitzes. Fünf Reihenhäuser, deren Eigentümer er gewesen war, sollten an Frau A, die B, seine Nichten 1 und 2 C und Herrn D gehen.

Das Architekturbüro sollte von seinem jungen Mitarbeiter M1 weitergeführt werden. Das ausständige Honorar, einschließlich des Erlöses aus dem Verkauf seines Pkw, sollten an die ehemaligen bzw. derzeitigen Mitarbeiter seines Architekturbüros M2 (20 %), M3 (20 %), M4 (20%), M5 (20 %), M1 (10 %) und M6 (10%) gehen.

Ein ihm gehörendes unbebautes Grundstück (Bauland) in Ort1 sollte Herr E bekommen. Sollte eine Nachlass-Verwaltung notwendig werden, sollte diese Frau M5 übernehmen. In einem eigenhändig unterschriebenen Zusatz vom 14.09.1995 bestimmte Herr X noch, dass das Festgeld Herr E erhalten sollte. In einer notariellen Urkunde vom 16.09.1997 nahm Frau M5 das Amt des Testamentsvollstreckers des Nachlasses von Herrn X an und beantragte die Ausstellung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses. Frau M5 wurde daraufhin vom Amtsgericht Darmstadt am 01.10.1997 ein Testamentsvollstreckerzeugnis ausgestellt. Ein Erbschein, aus dem sich ergeben würde, wer Erbe von Herrn X geworden ist, wurde bis heute nicht erteilt.

Auf die Klage von Frau M5 als Testamentsvollstreckerin des Nachlasses von X hin wurde der Antragsteller mit Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 04.10.2007 - 12 U 225/06 - zu einer Zahlung von 86 919,62 Euro zuzüglich 6 % Zinsen seit dem 01.10.1996 wegen ausstehender Architektenhonorare des Architekten Dipl.-Ing. X verurteilt. Der Antragsteller erhob im Jahr 2008 vor dem Landgericht Darmstadt Klage gegen Frau M5 als Testamentsvollstreckerin des Nachlasses von X wegen Gewährleistungsansprüchen in Höhe von ca. 160 000 Euro. Das Verfahren ist bei dem Landgericht Darmstadt unter dem Aktenzeichen 10 O 190/08 anhängig.

Frau M5 verstarb am 05.04.2011. Das Landgericht Darmstadt setzte mit Beschluss vom 10.05.2011 das beim ihm unter dem Aktenzeichen 10 O 190/08 anhängige Verfahren wegen des Versterbens der Beklagten aus. Der Anregung des Beschwerdeführers zu 5, ihn an der Stelle seiner verstorbenen Ehefrau als Testamentsvollstrecker einzusetzen, folgte das Amtsgericht Darmstadt nicht. Es teilte mit Schreiben vom 11.05.2011 mit, dass der Erblasser österreichischer Staatsangehöriger gewesen sei und nach dem österreichischen Recht, dem die Erbfolge unterliege, ein Testamentsvollstrecker nur in einem Testament und nur vom Erblasser selbst ernannt werden könne. Auf die Anfrage des Antragstellers hin teilte das Amtsgericht Darmstadt mit Schreiben vom 01.08.2011 mit, dass ein Erbschein nicht erteilt worden sei, dass nach ihren Unterlagen Frau A, die B, Frau 1C, Frau 2C, Herr D und Herr E als Erben in Frage kämen. Die Angaben erfolgten unter dem Vorbehalt einer anderen Erbenfeststellung auf Grund eines eventuellen Erbscheinverfahrens. Dabei sei darauf hinzuweisen, dass die Erbfolge

österreichischem Recht unterliege. Ob eventuell weitere Zuwendungen als Erbeinsetzung zu qualifizieren seien, sei in einem eventuellen Erbscheinsverfahren zu klären.

Mit Schriftsatz vom 16.12.2011 beantragte der Antragsteller die Bestellung eines Nachlasspflegers für den Nachlass des Herrn X. Die Beschwerdeführerin zu 1 und die Beschwerdeführer zu 8 und 9 widersprachen mit Schriftsätzen vom 18.02.2012 und vom 16.03.2012 der Einsetzung eines Nachlasspflegers. Sie verwiesen darauf, dass alle Erben bekannt seien. Erben seien Frau A, die B, Frau 1C, Frau 2C (verstorben), beerbt durch ihren Vater ... C, Herr D, Herr M1, Herr M3 (verstorben), beerbt durch seine Ehefrau ..., Herr M2 (verstorben), beerbt durch Herrn ... (verstorben), dieser beerbt durch zehn Erben gemäß dem Erbschein des AG Geilenkirchen - 9 VI 26/10 -, Herr M4, Herr M6 und Herr E.

Mit Beschluss vom 04.06.2012 bestellte das Amtsgericht Darmstadt Herrn Rechtsanwalt ... zum Nachlasspfleger mit dem Wirkungskreis der Vertretung der unbekannten Erben in dem vor dem Landgericht Darmstadt mit dem Aktenzeichen 10 O 190/08 anhängigen Rechtsstreit zwischen dem Antragsteller und der zwischenzeitlich verstorbenen Testamentsvollstreckerin über den Nachlass des am 12.08.1997 verstorbenen X, Frau M5. Zur Begründung des Beschlusses wurde angeführt, dass der Antrag auf Anordnung einer sogenannten Klagpflegschaft zulässig und begründet sei, weil der Antragsteller an der gerichtlichen Geltendmachung seines Anspruchs gehindert sei, solange ein Erbschein nicht erteilt sei und der Kreis der potentiellen Erben nicht mit Sicherheit feststehe. Die Ernennung eines Ersatztestamentsvollstreckers scheide nach österreichischem Recht aus. Der Beschluss wurde der Beschwerdeführerin zu 1 am 16.06.2012 und den Beschwerdeführern zu 8 und 9 am 16.06.2012 zugestellt.

Mit Schriftsatz vom 28.06.2012, beim Amtsgericht eingegangen am 29.06.2012, legten die Beschwerdeführer zu 1 bis 7 Beschwerde gegen den Beschluss des Amtsgerichts vom 04.06.2012 ein. Mit Schriftsatz vom 10.07.2012, der am gleichen Tag beim Amtsgericht per Telefax einging, legten die Beschwerdeführer zu 8 und 9 Beschwerde gegen den Beschluss des Amtsgerichts vom 04.06.2012 ein. Mit Beschluss vom 20.08.2012 half das Amtsgericht den Beschwerden nicht ab.

Die Beschwerdeführer sind der Ansicht, dass die Voraussetzungen für die Anordnung einer Nachlasspflegschaft nicht vorliegen. Die Erben seien nicht unbekannt. Um die Erben zu kennen, müsse kein Erbschein vorliegen. Erben des vor etwa fünfzehn Jahren verstorbenen Erblassers seien die zwölf Erben geworden, die schon aktenkundig gemacht worden seien. Keiner der Erben habe angefochten, keiner der Erben die Erbschaft ausgeschlagen. Alle Anschriften der Erben seien bekannt, auch die der Erben, die im Ausland lebten. Soweit sowohl der Erbe M2 als auch dessen Erbe ... verstorben seien, liege sowohl ein Erbschein über die Erbfolgen nach M2 als auch ein Erbschein über die Erbfolge nach ... vor.

Der Antragsgegner ist der Ansicht, dass das Amtsgericht zu Recht die Voraussetzungen für die Anordnung einer Nachlasspflegschaft bejaht habe. Ein Rechtsschutzinteresse ergebe sich aus dem beim Landgericht Darmstadt anhängigen Verfahren. Bei der Prüfung, ob der Erbe unbekannt sei, sei die Situation des Gläubigers zu berücksichtigen. Diesem sollten komplizierte Nachforschungen nicht zugemutet werden. Es seien vor Erlass des Beschlusses des Amtsgerichts vom 04.06.2012 von den Beschwerdeführern schon mehr als zwölf Erben bzw. Erbprätentaten aufgeführt worden. Allein der Erbprätentat M2 solle durch ... beerbt worden sein, welcher zwischenzeitlich ebenfalls verstorben sein solle und durch zehn nicht weiter bekannte Erben beerbt worden sein solle. Wie das Amtsgericht mitgeteilt habe, unterliege darüber hinaus die Erbfolge österreichischem Recht. Das österreichische Erbrecht unterscheide sich von dem in Deutschland geltenden Erbrecht.

## II.

Der Senat sieht davon ab, die Zulässigkeit der Beschwerden abschließend zu prüfen. Die Beschwerden sind jedenfalls innerhalb der Beschwerdefrist des § 63 Abs. 1 FamFG eingelegt worden. Es kann letztlich dahinstehen, ob alle Beschwerdeführer beschwerdebefugt sind. Ein Beschwerderecht gegen die Anordnung einer Nachlasspflegschaft steht u. a. den Erben zu, nicht jedoch Vermächtnisnehmern (vgl. Firsching/Graf, Nachlassrecht, 9. Aufl. 2008, Rdnr. 4.619). Wie noch ausgeführt werden wird, könnten einige der Beschwerdeführer lediglich Vermächtnisnehmer sein. Da die Beschwerden aber jedenfalls unbegründet sind, kann unüberprüft bleiben, ob alle Beschwerdeführer beschwerdebefugt sind.

Die Beschwerden sind nicht begründet. Das Amtsgericht hat zutreffend das Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 1961, 1960 Abs. 1 BGB für die Bestellung eines Nachlasspflegers zum Zwecke der Geltendmachung eines Anspruchs, der sich gegen den Nachlass richtet, durch einen Gläubiger auf dessen Antrag bejaht.

Das Amtsgericht Darmstadt war für die Bestellung des Nachlasspflegers zuständig, obwohl die Erbfolge nach österreichischem Recht zu beurteilen ist. Der Erblasser war österreichischer Staatsangehörigkeit. Nach Art. 25 Abs. 1 EGBGB unterliegt die Rechtsnachfolge von Todes wegen dem Recht des Staates, dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes angehört. Der Erblasser hat in seinem Testament vom 13.09.1995 nicht gemäß Art. 25 Abs. 2 EGBGB für im Inland belegenes unbewegliches Vermögen deutsches Recht gewählt. Nach dem deshalb gemäß § 25 Abs. 1 EGBGB uneingeschränkt anwendbaren österreichischen Recht richtet sich bei einem österreichischen Erblasser die Erwerbsart (Beerbung) für bewegliches und für unbewegliches Vermögen nach österreichischem Recht. Lediglich für den Erbschaftserwerb („Modus“) an unbeweglichen Vermögen in Deutschland ist deutsches Recht anzuwenden (vgl. BayObLG, BayObLGZ 1999 Nr. 65; Ferid/Firsching, Internationales Erbrecht, Kapitel Österreich [Stand der Bearbeitung: 15.04.2011], Rdnr. 167, 168).

Auch wenn sich die Erbfolge somit nach österreichischem Recht richtet, war das Amtsgericht Darmstadt dazu befugt, die Nachlasspflegschaft anzuordnen. Die Zuständigkeit für Erbfälle, in denen der Erblasser nach ausländischen Recht beerbt wurde, ergibt sich nicht aus den §§ 343, 344 FamFG (früher §§ 73, 74 FGG).

Nach allgemeiner Ansicht ist aber ein inländisches Nachlassgericht zu vorläufig sichernden Maßnahmen berechtigt; dass solche Maßregeln von den Gerichten getroffen werden, entspricht internationaler Übung; zu diesen Maßregeln gehört auch die Anordnung einer Nachlasspflegschaft. Sie ist auch dann möglich, wenn das für die Beerbung geltende Recht eine Nachlasspflegschaft nicht kennt. Zulässig ist auch die Bestellung eines Nachlasspflegers auf Antrag eines Nachlassgläubigers nach § 1961 BGB (vgl. BGH, BGHZ 49, 1 m. w. N.).

Die Voraussetzungen der §§ 1961, 1960 Abs. 1 BGB liegen vor. Danach hat das Nachlassgericht bis zur Annahme der Erbschaft für die Sicherung des Nachlasses zu sorgen, wenn ein Bedürfnis besteht. Das Gleiche gilt auch, wenn der Erbe unbekannt oder wenn ungewiss ist, ob er die Erbschaft angenommen hat. Die Frage, ob der Erbe unbekannt ist, ist aus der Sicht des dem Erben fernstehenden Gläubigers zu beurteilen, dessen Schutz § 1961 BGB dient. Ein Unbekanntsein der Erben ist deshalb für die Bestellung eines Nachlasspflegers gemäß § 1961 BGB schon dann anzunehmen, wenn die für die Erbfolge maßgebenden Verhältnisse sehr weitläufig und verwickelt sind, so dass dem Nachlassgläubiger die Beschaffung der zum Nachweis der Passivlegitimation des oder der mutmaßlichen Erben erforderlichen Unterlagen

nicht zugemutet werden kann (vgl. BayObLG, Rpfleger 1984, 102; KG, NJW-RR 1999, 157 und NJW-FER 2000, 15; OLG Hamm, FamRZ 2008, 1636; Zimmermann, Die Nachlasspflegschaft, 2. Aufl. 2009, Rdnr. 76).

Auch in vorliegendem Fall sind die für die Erbfolge maßgebenden Verhältnisse jedenfalls aus der insoweit maßgeblichen Sicht des Antragstellers „sehr weitläufig und verwickelt“. Das Amtsgericht hat dem Antragsteller auf seine Nachfrage hin mit Schreiben vom 01.08.2011 mitgeteilt, dass nach den Unterlagen die sechs natürlichen und juristischen Personen, denen der Erblasser Grundstücke zugewandt hatte, als Erben anzusehen seien. Ob eventuelle weitere Zuwendungen als Erbeinsetzungen zu qualifizieren seien, sei in einem Erbscheinsverfahren zu klären. Die Beschwerdeführer sind demgegenüber der Ansicht, dass alle zwölf natürlichen oder juristischen Personen, denen der Erblasser Grundstücke oder ausständiges Honorar zugewendet hat, als Erben anzusehen seien. Soweit Erben schon verstorben seien, seien deren Erben Erben geworden.

Schon wegen dieser gegensätzlichen Angaben ist es für den Antragsteller nicht leicht, den beim Landgericht anhängigen Prozess dadurch fortzuführen, dass er nunmehr die Erben als Beklagte bezeichnet. Hinzu kommt, dass - wie dargelegt - sich die Erbfolge nach österreichischem Recht richtet. Das österreichische Recht kennt ebenso wie das deutsche Recht den Begriff des Erben. Erbe ist, wem das Erbrecht gebührt. Dazu bedarf es eines rechtlichen Grundes; die betreffende Person muss also berufen sein, und zwar durch Testament, Erbvertrag oder Gesetz (vgl. Ferid/Firsching, a. a. O., Rdnr. 177). Kein Erbe im Sinne eines Universalsukzessors ist aber der Vermächtnisnehmer („Legatar“). Der Vermächtnisnehmer ist Singularsukzessor (Einzelrechtsnachfolger) und hat nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf bestimmte Sachen (vgl. Ferid/Firsching, a. a. O., Rdnr. 180). Im Falle des Testaments des Erblassers vom 13.09.1995 könnte eine Auslegung ergeben, dass jedenfalls die fünf natürlichen und juristischen Personen, die die fünf Reihenhäuser in Ort2 erhalten sollen, sowie Herr E, der das Grundstück in Ort1 erhalten soll, als Erben anzusehen sind. Möglicherweise ist auch Herr M1, der das Architekturbüro weiterführen soll und dem dazu die Büro-Einrichtung vermacht wurde, als Erbe anzusehen. Eine Schwierigkeit wird insoweit aber darin bestehen, die Erbquote festzulegen. Während im Laufe des Verfahrens vor dem Nachlassgericht Angaben zu den jeweiligen Grundstücksgrößen und zu den Grundstückswerten erfolgten sowie auch Angaben darüber gemacht wurden, welchen Stand die Konten des Erblassers zum Zeitpunkt des Erbfalles hatten, fehlen Angaben zum Wert des Architekturbüros. Die zum Zeitpunkt des Erbfalls in dem Architekturbüro Beschäftigten bzw. ehemals Beschäftigten, denen der Erblasser das ausstehende Honorar vermacht hatte, könnten darüber hinaus lediglich als Legatäre (Vermächtnisnehmer) anzusehen sein. Die zum Zeitpunkt des Erbfalles ehemaligen und aktiven Beschäftigten des Architekturbüros wären - möglicherweise mit Ausnahme von Herrn M1 - dann keine Erben geworden.

Da die für die Erbfolge maßgeblichen Verhältnisse somit als sehr „weitläufig und verwickelt“ anzusehen sind, hat das Amtsgericht zu Recht einen Nachlasspfleger bestellt. Da ein Bedürfnis für eine Nachlasspflegschaft nur insoweit besteht, als es um die Vertretung der unbekannten Erben in dem beim Landgericht unter dem Aktenzeichen 10 O 190/08 anhängigen Verfahren geht, hat das Amtsgericht die Nachlasspflegschaft zutreffend auf die Vertretung in diesem Prozess beschränkt.

Das Amtsgericht konnte den Antragsteller auch nicht darauf verweisen, selbst einen Erbscheinsantrag zu stellen. Einen Erbschein kann nämlich grundsätzlich nur der Erbe beantragen (§ 2353 BGB). Ein Gläubiger des Erben kann an der Stelle des Schuldner nur dann die Erteilung eines Erbscheins nach § 792 ZPO verlangen, wenn er im Besitz eines Titels ist

(vgl. Zimmermann, a. a. O., Rdnr. 78). Im vorliegenden Fall möchte sich der Antragsteller aber erst durch seine Klage vor dem Landgericht einen Titel verschaffen.

Die Beteiligten zu 1 bis 9 haben die Kosten einschließlich der außergerichtlichen Kosten des Beteiligten zu 10 zu tragen, weil ihr Rechtsmittel ohne Erfolg blieb und es billigem Ermessen entsprach, auch die außergerichtlichen Kosten des Beteiligten zu 10 für erstattungsfähig zu erklären (§§ 84, 81 Abs. 1 FamFG). Die Festsetzung des Beschwerdewerts beruht auf den §§ 131 Abs. 4, 30 KostO. Bei der Festsetzung des Beschwerdewerts hat sich der Senat an den Kosten orientiert, die den Erben durch die auf die Führung des Prozesses beschränkte Nachlasspflegschaft entstehen werden und die bei einem Erfolg der Beschwerde nicht anfallen würden. Diese Kosten hat der Senat mangels anderer Anhaltspunkte mit 3 000 Euro angenommen.

Die Rechtsbeschwerde war nicht zuzulassen, weil die gesetzlichen Voraussetzungen dafür nicht gegeben sind (§ 70 FamFG). Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts. Eine Nichtzulassungsbeschwerde ist nicht gegeben (Keidel/Meyer-Holz, FamFG, 17. Aufl. 2011, § 70 Rdnr. 41).