

Gutachten des Deutschen Notarinstituts

Abruf-Nr.: 147628

letzte Aktualisierung: 30. Mai 2016

EU ErbVO Artt. 1 Abs. 2, 63, 68; BGB § 1371 Abs. 1

**Österreich: Wohnungseigentum der Partner im Todesfall; Europäisches Nachlasszeugnis;
Ausweisung des güterrechtlichen Viertels im Europäischen Nachlasszeugnis**

I. Sachverhalt

Ein deutscher Erblasser ist an seinem letzten Wohnsitz in Deutschland verstorben. Er war mit einer deutschen Ehefrau verheiratet und lebte im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. Aus der Ehe ist nur ein Kind (ein Sohn), hervorgegangen. Da der Erblasser keine letztwillige Verfügung errichtet hat, ist gesetzliche Erbfolge eingetreten.

Die Ehefrau hat die Erteilung eines deutschen Erbscheins beantragt, wonach der Erblasser zu je 1/2 Anteil von seiner Ehefrau und seinem Sohn beerbt wurde. Der Erbschein ist noch nicht erteilt worden, weil das Nachlassgericht um Mitteilung bittet, ob der Erbschein in Österreich anerkannt wird oder ggf. auf das im Inland befindliche Vermögen beschränkt wird.

Der Erblasser und seine Ehefrau waren zu je 1/2 Anteil Eigentümer eines Eigentümerpartner-Wohnungseigentums gem. Art. 14 des Österreichischen WEG. Gem. § 14 Abs. 1 des Österreichischen Wohnungseigentumsgesetzes (abgekürzt: östWEG) – (BGBl. I Nr. 70/2002, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 87/2015) geht beim Tod eines Partners der Anteil des Verstorbenen – unter Ausschluss sonstigen Erwerbs von Todes wegen – grundsätzlich von Gesetzes wegen unmittelbar in das Eigentum des überlebenden Partners über (gesetzlicher Eigentumsübergang, unabhängig von der Erbfolge).

Der gesetzliche Eigentumsübergang tritt gem. Art. 14 Abs. 1 Ziff. 2 östWEG jedoch nicht ein, wenn der überlebende Partner innerhalb einer vom Verlassenschaftsgericht festzusetzenden angemessenen Frist entweder auf ihn verzichtet oder gemeinsam mit den Erben des Verstorbenen unter Zustimmung der Pflichtteilsberechtigten eine Vereinbarung schließt, aufgrund derer der Anteil des Verstorbenen einer anderen Person zukommt.

Die Witwe des Verstorbenen möchte den gesetzlichen Eigentumsübergang ausschließen und den Anteil des Verstorbenen an der Eigentumspartnerwohnung direkt ihrem Sohn zukommen lassen.

II. Fragen

1. Kann eine Vereinbarung bezüglich des Eigentumsübergangs eines Anteils an einem sog. Eigentümerpartner-Wohnungseigentum gem. § 14 Abs. 1 Ziff. 2 östWEG in den Antrag auf Erteilung eines Europäischen Nachlasszeugnisses aufgenommen werden?

2. Besteht ein Anspruch auf Aufnahme dieser Erklärung in das Europäische Nachlasszeugnis (ENZ)? Wenn nicht, wie könnte sonst der direkte Übergang des Wohnungseigentums gem. § 14 Abs. 1 Ziff. 2 WEG auf eine dritte Person bewirkt werden?
3. Ist es im Hinblick auf das Kosteninteresse der Mandantin möglich, das Europäische Nachlasszeugnis gem. Art. 12 ErbVO auf das in Österreich gelegene Vermögen zu beschränken?
4. Besteht ein Anspruch auf einen Vermerk im ENZ, dass sich die Erbquote eines (verwitweten) Ehegatten, welcher mit dem Verstorbenen im deutschen gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft gelebt hat, bei gesetzlicher Erbfolge um 1/4 erhöht, weil der Zugewinnausgleich gem. § 1371 Abs. 1 BGB durch eine dementsprechende Pauschalierung erfolgt?

III. Zur Rechtslage

Vorab erlauben wir uns den Hinweis, dass sich die von Ihnen aufgeworfenen Fragen nur stellen, wenn der Erblasser nach dem 16. August 2015 verstorben sein sollte (vgl. Art. 83 Abs. 1 EU ErbVO). Anderenfalls wäre die EU ErbVO nicht **anwendbar**. Im Folgenden gehen wir von der Anwendbarkeit der Verordnung aus.

1. Eigentumserwerb bei Wohnungspartnereigentum

Ob und wie der Eigentumserwerb bei Wohnungspartnereigentum nach österreichischem Recht gem. § 14 östWEG im Europäischen Nachlasszeugnis (ENZ) ausgewiesen werden kann, hängt davon ab, wie der Erwerb des Anteils am Wohnungseigentum im Todesfall zu qualifizieren ist.

Nach § 13 des östWEG besteht die Möglichkeit, dass Partner zu je einem halben Mindestanteils eine Eigentümerpartnerschaft am Wohnungseigentum begründen können. Die Anteile werden so mit dem Mindestanteil verbunden, dass sie, solange die Eigentümerpartnerschaft besteht, nicht getrennt und nur gemeinsam beschränkt werden können. § 14 Abs. 1 östWEG regelt die Konsequenzen eines der Partner im **Todesfall**. Nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 östWEG geht der Anteil des Verstorbenen am Mindestanteil kraft Gesetzes in das Eigentum des überlebenden Partners über. Es handelt sich hierbei um einen **Anwachsungstatbestand**; eine Mitwirkung der Erben ist nicht erforderlich (vgl. OGH v. 5.4.2013 – 8 Ob 22/13p, Ziff. 1.1.; v. 7.7.2011 – 5 Ob 97/11t). Ein Fall der **Sondererbfolge** in Form eines **Vindikationslegats** liegt **nicht** vor (Hausmann/Vonkilch/Gantner, Österreichisches Wohnrecht, 2007, § 14 Rn. 7; NK-BGB/Süß, 4. Aufl. 2014, Länderbericht Österreich Rn. 8 i. V. m. Fn. 12).

Der Eigentumserwerb tritt nicht ein, wenn der überlebende Partner innerhalb einer vom Verlassenschaftsgericht festzusetzenden Frist auf den Anteil **verzichtet** oder gemeinsam mit den Erben unter Zustimmung der Pflichtteilsberechtigten eine **Vereinbarung** schließt, aufgrund derer der Anteil einer anderen Person zukommt (§ 14 Abs. 1 Nr. 2 östWEG). Solange die Option des Überlebenden zum Verzicht bzw. zu einer Vereinbarung betreffend den Übergang des Anteils noch möglich ist, ist der Eigentumsübergang auflösend bedingt (OGH v. 7.7.2011 – 5 Ob 97/11t).

Für die Eintragung des Erwerbs durch den Wohnungseigentümerpartner gilt § 182 Abs. 3 des österreichischen AußStrG entsprechend (vgl. § 14 Abs. 1 Nr. 5 östWEG). Hiernach hat das Verlassenschaftsgericht auf Antrag mit Beschluss zu bestätigen, dass der Erwerber der Sache in den öffentlichen Büchern als Eigentümer eingetragen werden kann. Für den An-

wendungsbereich des § 14 östWEG wird mit einer solchen Bestätigung der Nachweis erbracht, dass der überlebende Eigentumspartner durch **Anwachsung unmittelbar Eigentum** am halben Mindestanteil des verstorbenen Teils **erworben** hat. Eine Einigung der Erben für die Ausstellung der Amtsbestätigung ist nicht erforderlich (OGH v. 5.4.2013 – 8 Ob 22/13p, Ziff. 1.1. und 1.2.).

2. Vereinbarung bezüglich des Eigentumsübergangs im ENZ

Fraglich ist, ob eine Vereinbarung über den Eigentumsübergang nach § 14 Abs. 1 Nr. 2 östWEG im ENZ ausgewiesen werden kann. Der Inhalt des ENZ ist in **Art. 68 EU ErbVO** und der diesbezüglichen Durchführungsverordnung über die **Formblätter** (EU) Nr. 1329/2014 und dem Formblatt V **abschließend geregelt**. Nach Art. 68 lit. 1 EU ErbVO sind die einem bestimmten **Erben** zustehenden **Vermögenswerte** im ENZ auszuweisen (vgl. Formblatt V Anlage IV Ziff. 9.). Entsprechendes gilt für die Vermögenswerte, die einem bestimmten **Vermächtnisnehmer** zustehen (Art. 68 lit. m EU ErbVO; vgl. Formblatt V Anlage V. Ziff. 5.).

Zunächst ist zu klären, ob es sich bei dem Anteil an der WEG um einen im Wege der Erbfolge oder eines Vermächtnisses zugewiesenen Gegenstand i. S. v. Art. 68 lit. l oder lit. m EU ErbVO handelt. Im ENZ können grundsätzlich nur solche Rechtspositionen bescheinigt werden, die in den **Anwendungsbereich der Verordnung** fallen. Eine Ausnahme sieht die Verordnung lediglich für bestimmte in Art. 68 aufgeführte Aspekte, wie z.B. den **Güterstand**, vor. Soweit es sich um **nicht erbrechtlich zu qualifizierende Fragen** einer Rechtsnachfolge handelt, ist die **Vermögensposition** im ENZ nicht zu bescheinigen.

Eine Anwachsung nach § 14 östWEG könnte damit nur im ENZ bescheinigt werden, wenn es sich dabei funktional betrachtet um eine Frage der **Rechtsnachfolge von Todes wegen** (Art. 1 Abs. 1 EU ErbVO) handelt und keine der Bereichsausnahmen des Art. 1 Abs. 2 EU ErbVO eingreift. Nach Art. 1 Abs. 2 lit. g EU ErbVO ist vom Anwendungsbereich der Verordnung der Übergang von Rechten ausgenommen, die auf **andere Weise** als durch Rechtsnachfolge von Todes wegen übergehen wie ein **Miteigentum mit Anwachsungsrecht des Überlebenden** (joint tenancy). Um genau eine solche Rechtsfrage dürfte es bei § 14 östWEG aber handeln. Die Vorschrift schafft kein Vindikationslegat, sondern eine von der Erbfolge und Vermächtnisanordnung unabhängige sachenrechtliche Anwachsung (NK-BGB/Looschelders, 2. Aufl. 2015, Art. 30 EU ErbVO Rn. 9; NK-BGB/Süß, Länderbericht Österreich, Rn. 9). Die Frage ist **sachenrechtlicher** und nicht erbrechtlicher Natur. Die Literatur verweist jedoch im Zusammenhang mit § 14 östWEG teilweise auf die Bestimmung für die Sondererbfolge in **Art. 30 EU ErbVO** und nimmt damit implizit **eine erbrechtliche Qualifikation** vor (so Rudolf/Zöchling-Jud/Kogler, in: Rechberger/Zöchling-Jud, Die EU-Erbrechtsverordnung in Österreich, 2015, Teil 3 Rn. 246; MünchKommBGB/Dutta, 6. Aufl. 2015, Art. 30 EU ErbVO Rn. 8; Frank/Wachter/Grötsch, Immobilienrecht in Europa, 2. Aufl. 2015, Österreich Rn. 568; Deixler-Hübner/Schauer/Schwartz, EuErbVO, 2015, Art. 30 Rn. 19). Art. 30 EU ErbVO regelt den Fall, dass der Staat der lex rei sitae besondere Regelungen für u.a. unbewegliches Vermögen kennt, wenn diese Vorschriften die Rechtsnachfolge von Todes wegen in Bezug auf jene Vermögenswerte aus familiären oder sozialen Erwägungen beschränken oder berühren.

Die Anwendung von Art. 30 kann u. E. jedoch nicht überzeugen: Art. 30 EU ErbVO kommt nämlich nur zum Tragen, wenn es um eine in den **Anwendungsbereich** der Verordnung fallende Frage geht. Bei einem Anwachsungsrecht zwischen Wohnungspartnern ist dies aber genauso wenig bei einer joint tenancy oder einem gesellschaftsrechtlichen An-

wachungsrecht in einer Personengesellschaft der Fall (Art. 1 Abs. 2 lit. h EU ErbVO). Bestimmen die Gesellschafter, dass der **Anteil** im Todesfall einem anderen Gesellschafter anwächst, ist diese Anwachsung gesellschaftsrechtlicher und nicht erbrechtlicher Natur. Es ist gewiss denkbar, diese Fragen bei funktionaler Betrachtung als Rechtsnachfolge von Todes wegen zu behandeln. Dennoch klammert die Verordnung diese Fragen von ihrem Anwendungsbereich mit guten Gründen aus. Die Spezialregelungen über die Nachfolge in besonderen Vermögensgemeinschaften sollen nicht durch das Erbstatut eine Umgestaltung erfahren.

Wir gehen daher davon aus, dass die Anwachsung des Wohnungspartnereigentums nicht in den Anwendungsbereich der EuErbVO fällt und demzufolge auch nicht nach Art. 68 EU ErbVO im ENZ ausgewiesen werden kann.

Selbst wenn man insoweit anderer Auffassung wäre und die Anwachsung beim Partner des Wohnungspartners im ENZ ausweisen könnte, dürfte dies jedoch zumindest im Hinblick auf die **Übertragung des Anwachsungsrechts** nicht möglich sein. Bei der Übertragung handelt es sich um eine **Auseinandersetzungsvereinbarung** und damit um ein Rechtsgeschäft *inter vivos*. Auseinandersetzungsvereinbarungen können aber nicht im ENZ bescheinigt werden, da sie außerhalb des Anwendungsbereichs der EuErbVO liegen (vgl. MünchKommBGB/Dutta, Art. 63 EU ErbVO Rn. 16).

Auf die ersten beiden Fragen ist daher zu antworten, dass weder das Anwachsungsrecht noch dessen Übertragung im ENZ vermerkt werden können.

3. Übertragung des Wohnungseigentums

Aus deutscher Sicht handelt es sich bei der Frage der Übertragung des Aneignungsrechts um eine **sachenrechtlich zu qualifizierende** Frage i. S. v. Art. 43 EGBGB (vgl. NK-BGB/Süß, Länderbericht Österreich, Rn. 9). Auch die österreichische Literatur ging bislang davon aus, dass das Sachenstatut über die Frage der Anwachsung entscheidet und sich gegenüber dem Erbstatut durchsetzt (vgl. Rudolf/Zöchling-Jud/Kogler, in: Rechberger/Zöchling-Jud, Teil 3 Rn. 246). Zu keinem anderen Ergebnis kommt man auch dann, wenn man Art. 30 EU ErbVO anwendet. Denn auch dann würden sich die österreichischen Vorschriften durchsetzen.

Demzufolge muss der Anteil nach den **österreichischen Bestimmungen des § 14 Abs. 1 Nr. 2 östWEG** übertragen werden. Insoweit sind nicht nur die **entsprechenden Formvorschriften** und Verfahrensvorgaben, sondern auch die materiell-rechtlichen Bestimmungen einzuhalten. Das österreichische **Verlassenschaftsgericht** dürfte nicht daran gehindert sein, die Bestätigung nach § 182 Abs. 3 des österreichischen AußStrG zu erstellen. Die Angelegenheit fällt nicht in den Anwendungsbereich der EU ErbVO und somit auch nicht unter die Art. 4 ff. EU ErbVO.

Vor diesem Hintergrund dürfte sich eine Abstimmung mit österreichischen Kollegen bzw. dem österreichischen Verlassenschaftsgericht empfehlen. In jedem Fall dürfte sich unbedingt eine **Belehrung** nach § 17 Abs. 3 BeurkG angezeigt sein, dass der deutsche Notar ausländisches Recht nicht kennen muss.

4. Gegenständlich beschränktes Teil-ENZ im Hinblick auf das in Österreich belegene Vermögen?

Ob das ENZ auch als Teilzertifikat ausgestellt werden kann, beantwortet die Verordnung nicht unmittelbar. Art. 39 des Kommissionsvorschlags hatte noch ausdrücklich ein Teilzeugnis für bestimmte Gegenstände vorgesehen. Eine entsprechende Regelung enthält die verabschiedete Fassung der EU ErbVO nicht mehr. Dennoch dürften bestimmte Teilzeugnisse zulässig sein. Art. 63 EU ErbVO erlaubt es nämlich, dass das **Zeugnis für mehrere Zwecke** verwendet werden kann: Für den Nachweis der Rechtsstellung der Erben oder des Vermächtnisnehmers oder eines Anteils am Nachlass (Art. 63 Abs. 2 lit. a EU ErbVO), der Zuweisung bestimmter Vermögenswerte des Nachlasses (Art. 63 Abs. 2 lit. b EU ErbVO) oder der Befugnisse der in dem Zeugnis genannten Personen (Art. 63 Abs. 2 lit. c EU ErbVO). Lässt das ENZ die Ausstellung eines Zeugnisses für diese Zwecke zu, ist kein Grund ersichtlich, warum sich das ENZ nicht inhaltlich auf einen dieser Zwecke beschränken können sollte. Ein Miterbe kann daher z. B. ein ENZ nur zum Nachweis *seines* Erbrechts beantragen (NK-BGB/Nordmeier, Art. 62 EU ErbVO Rn. 30).

Ob ein **gegenständlich beschränktes ENZ** hinsichtlich des in einem bestimmten Mitgliedstaat belegenen Vermögens erteilt werden kann, erscheint fragwürdig. Man könnte zwar daran denken, Art. 63 Abs. 2 lit. b EU ErbVO anzuwenden. Diese Vorschrift bezieht sich aber lediglich auf die **Zuweisung** einzelner oder mehrerer Vermögensgegenstände wie z. B. einer dinglich wirkenden Teilungsanordnung und erfasst damit nur solche Gegenstände, die im Wege einer besonderen Zuweisung auf den Berechtigten übergehen. Nicht erfasst ist insoweit ein in einem Mitgliedstaat belegener Teil des Nachlasses, an dem ein Erbe eine Berechtigung erwirbt. Es dürfte daher nicht möglich sein, dass sich das ENZ **pauschal** nur auf das in **bestimmten Mitgliedstaaten belegene Vermögen** bezieht (Süß, ZEuP 2013, 725, 741). Auch Art. 12 EU ErbVO hilft insoweit nicht weiter. Die Vorschrift kommt nur bei in Drittstaaten belegenen Vermögen zur Anwendung und gilt damit nicht im Verhältnis zu Österreich. Außerdem führt die Vorschrift nur dazu, dass das in dem Drittstaat belegene Vermögen ausgeklammert wird, erlaubt aber gerade nicht, das ENZ auf das in diesem Staat belegene Vermögen zu beschränken.

Auf die dritte Frage ist daher zu antworten, dass es nicht möglich ist, ein ENZ nur im Hinblick auf das in Österreich belegene Vermögen zu erteilen. Ein Teil-ENZ ist nur möglich, wenn ein Fall der **Zuweisung** eines Gegenstands vorliegt. Die Zuweisung des Wohnungseigentums fällt aber nicht in den Anwendungsbereich der EU ErbVO (s.o. unter Ziff. 2.). Sie kann daher nicht im ENZ bescheinigt werden.

Sofern neben dem WEG-Anteil in Österreich kein weiteres Auslandsvermögen vorhanden sein sollte, dürfte die Ausstellung eines ENZ von vornherein nicht möglich sein, weil nicht ersichtlich wäre, dass der Erbe das Nachlasszeugnis benötigt, um in einem anderen Mitgliedstaat seine Rechtsstellung als Erbe nachzuweisen (vgl. Art. 63 Abs. 1 EU ErbVO).

5. Ausweisung des güterrechtlichen Viertels im ENZ

Ob und wie das **güterrechtliche Viertel** im ENZ anzugeben ist, hängt zunächst davon ab, wie § 1371 Abs. 1 BGB zu qualifizieren ist. Unter Geltung des nationalen Kollisionsrechts ist der **BGH** in einer Entscheidung aus dem Jahre 2015 von einer **güterrechtlichen Qualifikation** ausgegangen (vgl. BGH NJW 2015, 2185 Rn. 19). Unter der Ägide der EU ErbVO ist die Frage wieder offen (vgl. Süß, MittBayNot 2015, 510, 511). Die ganz **überwiegende**

Meinung in der Literatur nimmt jedoch auch unter Geltung der EU ErbVO an, dass § 1371 Abs. 1 BGB eine güterrechtlich zu qualifizierende Vorschrift ist. Sie beruft sich dabei vor allem auf den Zweck des § 1371 Abs. 1 BGB, die Ansprüche der Zugewinnsgemeinschaft pauschalierend auszugleichen (Döbereiner, MittBayNot 2013, 358, 359; Dörner, ZEV 2012, 505, 507; Dorsel/Schall, GPR 2015, 36, 44; Dutta, IPRax 2015, 32, 33; Lorenz, NJW 2015, 2157, 2160; Köhler, in: Gierl/Köhler/Kroiß/Wilsch, Internationales Erbrecht, 2015, § 4 Rn. 58; Mankowski, ZEV 2014, 121, 127; ders., FamRZ 2015, 1183, 1184; NK-BGB/Looschelders, Art. 1 EU ErbVO Rn. 31; NK-BGB/Nordmeier, Art. 68 EU ErbVO Rn. 20; Walther, GPR 2014, 325, 327 f.; a. A. Kleinschmidt, RabelsZ 77 (2013), 723, 757 ff [erbrechtliche Qualifikation]; Süß, ZEuP 2013, 725, 742 f [Doppelqualifikation]).

Geht man mit der h.M. davon aus, dass § 1371 Abs. 1 BGB güterrechtlich zu qualifizieren ist, fragt sich, ob der Erbanteil von 1/4 überhaupt bei der **Ausstellung des ENZ** berücksichtigt werden kann. Denn streng genommen fällt die Erbquotenerhöhung nicht in den Anwendungsbereich der EU ErbVO (vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. d EU ErbVO). Im Ergebnis ist man sich weitgehend darüber einig, dass das **ENZ** das **güterrechtliche Viertel ausweisen muss**. Hierfür spricht vor allem Erwägungsgrund 12, der von der Behörde des ausstellenden Staates verlangt, güterrechtlich einzuordnende Erbberechtigungen zu berücksichtigen. Würde das güterrechtliche Viertel nicht berücksichtigt, wären die Erbquoten unrichtig. Es kann von der ausstellenden Behörde nicht verlangt werden, sehenden Auges ein nach ihrem Recht falsches ENZ auszustellen (vgl. Dutta/Weber/Fornasier, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 63 EU ErbVO Rn. 27). Denn das ENZ kann ist auch im Staat der ausstellenden Behörde tauglicher Erbnachweis (Art. 62 Abs. 3 EU ErbVO). Die Literatur geht daher davon aus, dass das ENZ das **güterrechtliche Viertel informatorisch** ausweisen muss (Dörner, ZEV 2012, 505, 508; Lübecke, Das neue europäische internationale Nachlassverfahrensrecht, 2013, S. 591; Mankowski, ZEV 2014, 121, 126; NK-BGB/Nordmeier, Art. 68 EU ErbVO Rn. 20 [mit Formulierungsvorschlag] – s. anbei). Umstritten ist jedoch, ob sich auch die **Vermutungswirkungen des ENZ** auf das güterrechtliche Viertel erstrecken (hiergegen Dörner, ZEV 2012, 505, 507; Mankowski, ZEV 2014, 121, 126; NK-BGB/Nordmeier; hierfür Kleinschmidt, RabelsZ 77 (2013), 723, 757; Dutta, IPRax 2015, 32, 33).