

# IV. Grundsätze des Verlassenschaftsverfahrens

## A. Amtswegigkeit

Verlassenschaftsverfahren sind gemäß § 143 Abs 1 AußStrG – im Gegensatz zu den meisten anderen Außerstreitverfahren – von Amts wegen einzuleiten und durchzuführen. Dies gilt uneingeschränkt nur für Verlassenschaftsverfahren mit reinem Inlandsbezug. Die Bestimmungen hinsichtlich Verlassenschaftsverfahren mit Auslandsbezug wurden novelliert<sup>166</sup> und an die EuErbVO angepasst. Unter gewissen Voraussetzungen wird im Anwendungsbereich der EuErbVO ein Verlassenschaftsverfahren nur über Antrag eingeleitet.<sup>167</sup>

Das Verlassenschaftsverfahren ist – soweit nicht besondere Vorschriften der EuErbVO zur Anwendung kommen – nicht nur von Amts wegen einzuleiten, auch sein weiterer **Fortgang** ist der Parteiendisposition weitestgehend entzogen und entwickelt sich amtswegig. Gemäß § 13 AußStrG hat das Gericht für den **Fortgang des Verfahrens** zu sorgen und dieses so zu gestalten, dass eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung des Verfahrensgegenstands und eine möglichst kurze Verfahrensdauer gewährleistet sind. Im Verlassenschaftsverfahren trifft diese Pflicht primär den Gerichtskommissär, in dessen Händen die nähere Verfahrensgestaltung weitestgehend ruht.

Korrespondierend dazu ist insbesondere in § 157 AußStrG die nachweisliche Aufforderung an die Parteien, binnen angemessener Frist eine Erbantrittserklärung abzugeben, vorgesehen. Kommen diese der Aufforderung nicht nach, sind sie dem weiteren Verfahren nicht mehr beizuziehen, solange sie diese Erklärung nicht nachholen.<sup>168</sup> Auch sonst hat der Gerichtskommissär unnötige Verzögerungen des Verfahrens gemäß § 13 AußStrG zu vermeiden. Die Parteien haben das Gericht bzw den Gerichtskommissär gemäß § 13 Abs 1 letzter Satz AußStrG dabei zu unterstützen. Das Gesetz normiert also explizit eine **Mitwirkungspflicht der Parteien**.

Gemäß § 16 AußStrG hat das Gericht auch von Amts wegen dafür zu sorgen, dass alle **für seine Entscheidung maßgebenden Tatsachen** aufgeklärt werden, und sämtliche Hinweise auf solche Tatsachen entsprechend zu berücksichtigen. Die Sammlung der Entscheidungsgrundlagen ist also der Disposition der Parteien entzogen. Die Parteien haben gemäß § 16 Abs 2 AußStrG vollständig und wahrheitsgemäß alle ihnen bekannten, für die Entscheidung des Gerichts maßgebenden Tatsachen und Beweise vorzubringen bzw anzubieten und alle darauf gerichteten Fragen des Gerichts bzw des Gerichtskommissärs zu beantworten.

### Beispiel

So haben das Gericht bzw der Gerichtskommissär bei gesetzlicher Erbfolge allen Hinweisen auf Verwandte, die erbberechtigt sind, nachzugehen. Eine große Rolle spielen hier die Angaben der Auskunftspersonen bei der Todesfallaufnahme, da der Gerichtskommissär primär anhand dieser Angaben nach Erben sucht.

166 BGBl I 2015/87.

167 Siehe dazu § 143 Abs 2 AußStrG und Kapitel IX.C.

168 § 157 Abs 3 AußStrG.

# VII. Die Organe des Gerichts

## A. Der Gerichtskommissär

### 1. Notwendiges und fakultatives Gerichtskommissariat

Der Gerichtskommissär (GK) ist die zentrale Figur des Verlassenschaftsverfahrens und ein modernes Beispiel ausgelagerter staatlicher (hoheitlicher) Tätigkeit. Ihm wurde die Führung des Verlassenschaftsverfahrens weitestgehend überantwortet, was zu einer **wesentlichen Gerichtsentlastung** führt.<sup>416</sup> Er ist **Organ des Gerichts** und in Ausübung seiner Tätigkeit **Beamter** im Sinne des StGB und übt **öffentliche Gewalt** aus.<sup>417</sup> Auf seine Tätigkeit finden daher die Bestimmungen des Amtshaftungsgesetzes und des Organhaftpflichtgesetzes Anwendung. Seine Tätigkeit regelt das Gerichtskommissärsgesetz (GKG).

Die Tätigkeit des Gerichtskommissärs wird unterteilt in ein **obligatorisches** und ein **fakultatives Gerichtskommissariat**, wobei im Verlassenschaftsverfahren durchgängig das obligatorische Gerichtskommissariat gilt. Die Unterscheidung betrifft die Grundlage für das Einschreiten des Gerichtskommissärs. Beim obligatorischen Gerichtskommissariat ergibt sich dessen Befugnis und Bestellung gemäß § 2 Abs 1 GKG unmittelbar aus dem Gesetz, ohne dass ein weiterer Akt des Gerichts erforderlich wäre. Beim fakultativen Gerichtskommissariat liegt die (in diesem Fall beschlussmäßige) Bestellung des Gerichtskommissärs gemäß § 2 Abs 2 GKG im Ermessen des Gerichts.

Gemäß § 1 Abs 1 Z 1 GKG haben die Notare als Gerichtskommissäre im Verfahren außer Streitsachen folgende Amtshandlungen zu besorgen:

- **in Verlassenschaftssachen**

- die Todesfallaufnahme und die mit dieser im Zusammenhang stehenden unaufschiebbaren Maßnahmen;
- die anderen im Zug einer Verlassenschaftsabhandlung erforderlichen Amtshandlungen;
- die Sicherung der in Österreich gelegenen Verlassenschaft, auch wenn ein ausländisches Gericht im Sinn des Art 3 Abs 2 EuErbVO zuständig ist;
- die Ausstellung eines Europäischen Nachlasszeugnisses nach Art 62 EuErbVO.

Die unsystematische Auflistung der Tätigkeiten des Gerichtskommissärs in § 1 Abs 1 Z 1 lit a–d GKG ist nur historisch zu erklären. Sie ergab im Geltungsbereich des AußStrG 1854, das dem Gerichtskommissär noch keine gesetzliche Zuständigkeit zuwies, Sinn. Da nach neuer Rechtslage die beschlussmäßige Auftragung einzelner Amtshandlungen nicht mehr erforderlich ist, ist auch die Auflistung in § 1 Abs 1 Z 1 GKG an sich obsolet.<sup>418</sup>

Gemäß § 1 Abs 1 Z 2 GKG haben die Notare als Gerichtskommissäre im Verfahren außer Streitsachen nach beschlussmäßigem Auftrag durch das Gericht folgende Amtshandlungen zu besorgen:

416 Grün in *Rechberger/Klicka*, AußStrG<sup>3</sup>, § 143 Rz 4.

417 Siehe auch § 1 Abs 3 GKG.

418 A. *Tschugguel* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG II, § 1 GKG Rz 4.

## 5. Gerichtsstandsvereinbarung

Der Testator kann **keinen Gerichtsstand** für die Abwicklung seines Nachlasses festlegen, nur das anzuwendende materielle Erbrecht. Eine Wahl des materiellen Erbrechts durch den späteren Verstorbenen iSd Art 22 EuErbVO kann jedoch mittelbar dazu führen, dass auch die Gerichte dieses Mitgliedstaats für die Erbsache zuständig werden. Dafür gibt es folgende Möglichkeiten:

Hat der Verstorbene gemäß Art 22 EuErbVO das Recht eines Mitgliedstaats gewählt, können die **betroffenen Parteien vereinbaren**, dass auch für die Entscheidungen in Erbsachen die Gerichte dieses Mitgliedstaats zuständig sein sollen. Diese Vereinbarung muss **schriftlich** erfolgen und von allen Beteiligten **unterschrieben** sein.<sup>597</sup> Elektronische Übermittlungen, die eine dauerhafte Aufzeichnung der Vereinbarung ermöglichen, sind der Schriftform gleichgestellt.<sup>598</sup>

Nach dem Abschluss einer solchen Vereinbarung wird das bisher zuständige Gericht unzuständig<sup>599</sup> und jenes der Gerichtsstandsvereinbarung zuständig.<sup>600</sup>

Stellt sich nach dem Zuständigkeitswechsel heraus, dass nicht alle Parteien die Gerichtsstandsvereinbarung unterschrieben haben, so gilt Folgendes: Lässt sich eine Partei, die nicht am Abschluss einer solchen Gerichtsstandsvereinbarung beteiligt war, rügelos auf ein Verfahren vor dem gewählten Gericht ein, so heilt dieser Mangel. Wenn jedoch eine **Rüge** erfolgt, wird das Gericht unzuständig und es gelten wieder die allgemeinen Regelungen der Artikel 4 und 10 EuErbVO.<sup>601</sup>

### a) Parteienvereinbarung

Unklar ist, wer aller betroffene Partei iSd Art 5 EuErbVO ist, ebenso, ob dieser Begriff nach der jeweiligen *lex fori*<sup>602</sup> oder autonom<sup>603</sup> nach den Bestimmungen der EuErbVO zu interpretieren ist. Der dynamische materielle Parteibegriff des § 2 AußStrG deckt sich mE nicht mit jenem des Art 5 EuErbVO, da Ersterer teilweise auch Gläubigern zB im Rahmen eines Antrags auf Absonderung der Verlassenschaft Parteistellung einräumt. Die EuErbVO regelt den Parteibegriff nicht selbst, doch hält ErwGr 47 fest, dass sich jeweils nach dem auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendenden Erbrecht bestimmen sollte, wer Berechtigter ist. Daraus ist jedoch nicht allzu viel zu gewinnen, da „Berechtigter“ und „betroffene Partei“ zwei unterschiedliche Begriffe sind. Bleibt man beim innerstaatlichen Parteibegriff, so kann es vorkommen, dass eine „Partei“ in Österreich eine Gerichtsstandsvereinbarung unterfertigt und ihr in weiterer Folge in dem anderen Mitgliedstaat keine Parteistellung mehr zukommt.<sup>604</sup>

597 Art 5 EuErbVO; Oswald in *Schneider/Verweijen*, AußStrG, § 143 Rz 19.

598 Art 5 Abs 2 EuErbVO.

599 Art 6 lit b EuErbVO.

600 Art 7 EuErbVO.

601 Art 9 EuErbVO.

602 Dafür *Schauer*, Die neue ErbrechtsVO der Europäischen Union – Eine Annäherung, JEV 2012, 81.

603 Dafür *Rechberger/Frodl*, Die internationale Zuständigkeit, in *Rechberger/Zöchling-Jud*, Die EU-Erbrechtsverordnung in Österreich, Rz 52.

604 *Rechberger/Frodl*, Die internationale Zuständigkeit, in *Rechberger/Zöchling-Jud*, Die EU-Erbrechtsverordnung in Österreich, Rz 51.

## 2. Bankgeheimnis und Verlassenschaft

**Lit:** *Hofmann*, Die Kontoöffnung im Verlassenschaftsverfahren, NZ 2014, 1 ff; *Riss*, Die Auskunftspflicht des Kreditinstituts nach dem Tod des Kunden und ihre prozessuale Durchsetzung, ÖBA 2011, 166 ff; *Verweijen*, Auskunftsanspruch des Gerichtskommissärs durchbricht Bankgeheimnis Dritter, *ecolex* 2018, 28

### a) Allgemeines

In Verlassenschaftsverfahren von besonderer Bedeutung ist die Auskunft von Kreditinstituten über Bankguthaben des Verstorbenen. Kreditinstitute sind dem Gerichtskommissär gemäß §§ 31 iVm 145a AußStrG zur Auskunft verpflichtet, § 38 Abs 2 Z 3 BWG normiert korrespondierend die Ausnahme vom Bankgeheimnis, um der Auskunftspflicht nachkommen zu können.<sup>756</sup>

Dieser Auskunftsanspruch ist unabhängig vom Auskunftsanspruch der Verlassenschaft und ergibt sich **unmittelbar aus dem Gesetz**.<sup>757</sup> Er dient nicht nur den Erben, sondern insbesondere der amtswegigen Feststellung des Umfangs und Werts einer Verlassenschaft (zB anlässlich einer Inventarserrichtung) und damit auch **Pflichtteilsberechtigten** und **Verlassenschaftsgläubigern**.<sup>758</sup>

Das Bankgeheimnis ist im Rahmen der gesetzlichen Aufgaben des Gerichtskommissärs durchbrochen.<sup>759</sup> Nach *Riss* ist das gegenüber dem Gerichtskommissär in dem Umfang der Fall, in dem dieser seine gesetzlichen Aufgaben zu erfüllen hat.<sup>760</sup> Dem Gerichtskommissär stehen in diesem Zusammenhang gemäß § 9 GKG dieselben Rechte wie dem Gericht selbst zu. Insbesondere kommen ihm die in § 31 AußStrG normierten Rechte zu. **Erben** hingegen können als Gesamtrechtsnachfolger des Verstorbenen – so wie der Verstorbene seinerzeit selbst – frühestens dann, wenn ihnen die **Verwaltung und Vertretung der Verlassenschaft** zukommt, alle Auskünfte von der Bank verlangen, die auch der Verstorbene verlangen hätte können. Der Auskunftsanspruch ist nämlich vererblich und geht auf die Erben über. Gegenüber dem eigenen Kunden ist das Kreditinstitut die gesamte Geschäftsbeziehung betreffend auskunftspflichtig.<sup>761</sup> Die erbantrittserklärten bzw eingantworteten Erben sind daher gar nicht Dritte iSd § 38 BWG, sodass sich das Kreditinstitut ihnen gegenüber von vornherein nicht auf das Bankgeheimnis berufen kann.

---

756 Insofern zumindest dem Wortlaut nach unrichtig die E des OGH 2 Ob 183/15 y, in welcher dieser irrtümlich § 38 Abs 2 Z 3 BWG als Anspruchsgrundlage für die Auskunftspflicht der Bank benennt. In Wirklichkeit normiert diese Bestimmung nur die Unwirksamkeit des Bankgeheimnisses gegenüber dem GK, aber noch keine Auskunftspflicht. Diese ergibt sich aus dem AußStrG, insbesondere § 145a AußStrG. So auch *Kimla*, Die Durchsetzung der Informationsansprüche des Pflichtteilsberechtigten im österreichischen Zivilverfahren (Diss 2017), 68.

757 OGH 2 Ob 183/15 y = EF-Z 2017/19, S 37 = iFamZ 2017/29, S 56 (*Mondel*) = JBl 2017, 196 = ÖBA 2017, 495/2354 (*Riss*).

758 So auch *Hofmann*, Die Kontoöffnung im Verlassenschaftsverfahren, NZ 2014, 6 ff.

759 OGH 6 Ob 287/08 m = *ecolex* 2009/223, S 591 (*Verweijen*) = Zak 2009/387, S 254 = EvBl-LS 2009/117 = iFamZ 2009/212, S 303 (*Tschugguel*) = JBl 2009, 725 = ÖBA 2009, 830/1583 = NZ 2009/99, S 336 = EF-Z 2010/51, S 79 (*Dullinger*).

760 *Riss*, Die Auskunftspflicht des Kreditinstituts nach dem Tod des Kunden und ihre prozessuale Durchsetzung, ÖBA 2011, 177.

761 OGH 7 Ob 610/95 (= ÖBA 1996, 879 mit Anm *Böhler*) = SZ 69/119.

### 3. Insolvenzeröffnung nach dem Ableben des Verstorbenen

#### a) Antragstellung

Die IO regelt, wann ein Verlassenschaftsinsolvenzverfahren zu eröffnen ist:

Ein Insolvenzverfahren wird nur **auf Antrag** eröffnet.<sup>991</sup> Gemäß §§ 66 f IO kann ein Verlassenschaftsinsolvenzverfahren insbesondere wegen **Überschuldung**<sup>992</sup> oder wegen **Zahlungsunfähigkeit**<sup>993</sup> auf **Antrag eines Gläubigers** eröffnet werden. Überschuldung bedeutet, dass die Passiva die Aktiva – bewertet zu Liquidationswerten – übersteigen und die Fortführungsprognose negativ ist.<sup>994</sup> Zahlungsunfähigkeit ist gemäß § 66 Abs 2 IO insbesondere anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen einstellt. Nach der Rsp liegt Zahlungsunfähigkeit vor, wenn der Schuldner mangels bereiter Zahlungsmittel nicht in der Lage ist, seine fälligen Schulden zu bezahlen und er sich die erforderlichen Zahlungsmittel voraussichtlich auch nicht alsbald verschaffen kann.<sup>995</sup> Nach der Begriffsdefinition liegt Zahlungsunfähigkeit also auch dann vor, wenn der Schuldner zwar in der Lage ist, die dringendsten oder den wesentlichen Teil der offenen Schulden zu begleichen, aber nicht alle fälligen Forderungen.<sup>996</sup> Nur die Fälligkeit der Forderungen ist maßgeblich, nicht aber auch, dass die Gläubiger schon „andrängen“. Eine vereinbarte Stundung wäre beachtlich. Der Mangel bereiter Zahlungsmittel liegt vor, wenn liquide Zahlungsmittel (Bargeld, Buchgeld, offene Kreditlinien) nicht vorhanden sind und (oder) leicht und kurzfristig verwertbares Vermögen nicht zur Verfügung steht.

Der Antrag kann gemäß § 70 IO von jedem **Gläubiger**<sup>997</sup> gestellt werden, der glaubhaft macht, dass er eine Insolvenzforderung hat und dass der Schuldner, im hier gegenständlichen Fall also die Verlassenschaft, zahlungsunfähig bzw überschuldet ist. Handelt es sich bei dem Gläubiger um einen Arbeitnehmer des Verstorbenen, so hat er Anspruch auf Insolvenzausfallgeld.<sup>998</sup> Auch **Erben** können gemäß § 69 Abs 4 IO den Antrag auf Insolvenzeröffnung stellen, ebenso der **Verlassenschaftskurator**, wobei sowohl Erben als auch der Verlassenschaftskurator eine verlassenschaftsgerichtliche Genehmigung dafür brauchen, handelt es sich doch um eine außergewöhnliche Verwaltungsmaßnahme.<sup>999</sup> Geht der Antrag nicht von allen Erben aus, so sind die übrigen über den Antrag zu vernehmen.

Die Erben trifft nach dem Wortlaut des § 69 Abs 3 und 4 IO keine Pflicht zum Antrag auf Eröffnung eines Verlassenschaftsinsolvenzverfahrens,<sup>1000</sup> den Verlassenschaftskurator

991 §§ 69 ff IO.

992 Zum Begriff der Überschuldung bei Verlassenschaften siehe *Dellinger in Konecny/Schubert*, KO, § 67 Rz 124.

993 Zum Begriff der Zahlungsunfähigkeit siehe *Dellinger in Konecny/Schubert*, KO, § 66 Rz 4 ff.

994 *Reckenzaun*, Wann ist der überschuldete Verlassenschaft ein Fall für den Masseverwalter?, NZ 2007, 99.

995 OGH 3 Ob 99/10 w = JBl 2011, 458 = EvBl 2011/105, S 726 (*Konecny*) = *Widhalm-Budak*, ZIK 2011/124, S 85 = ZIK 2011/152, S 109 = ÖBA 2011, 742/1747 (*Bartlmä*) = RdW 2011/430, S 408 = RZ 2011, 119 EÜ100, 101, 102, 103 = *Schumacher*, ÖBA 2012, 816 = SZ 2011/2.

996 OGH 3 Ob 99/10 w = JBl 2011, 458 = EvBl 2011/105, S 726 (*Konecny*) = *Widhalm-Budak*, ZIK 2011/124, S 85 = ZIK 2011/152, S 109 = ÖBA 2011, 742/1747 (*Bartlmä*) = RdW 2011/430, S 408 = RZ 2011, 119 EÜ100, 101, 102, 103 = *Schumacher*, ÖBA 2012, 816 = SZ 2011/2.

997 Nicht aber von Legataren, da diese im Insolvenzfall gemäß § 58 Z 3 IO ihr Legat nicht mehr geltend machen können.

998 Siehe dazu § 1 Abs 1 IESG.

999 *Linder in Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Vermögensnachfolge<sup>2</sup>, § 13 Rz 56; OGH 8 Ob 298/00 g = EvBl 2002/38.

1000 *Bittner/Hawel in Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Vermögensnachfolge<sup>2</sup>, § 11 Rz 65.

#### 4. Vertretung

Die Erklärung ist vom Erbensprecher oder seinem ausgewiesenen Vertreter **eigenhändig zu unterschreiben**. Für Minderjährige kann deren gesetzlicher Vertreter eine bedingte Erbantrittserklärung in der Regel ohne pflegschaftsgerichtliche Genehmigung abgeben. Ist jedoch ein kostspieliger Erbrechtsstreit zu erwarten oder die bedingte Erbantrittserklärung aus anderen Gründen als nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehörend zu betrachten, kann auch für die Abgabe einer bedingten Erbantrittserklärung eine pflegschaftsgerichtliche Genehmigung sowie die Zustimmung des anderen Elternteils erforderlich sein.<sup>1131</sup> Die Abgabe einer widerstreitenden Erbantrittserklärung bedarf jedenfalls der pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung.<sup>1132</sup>

Für die Abgabe einer unbedingten Erbantrittserklärung sowie einer Erbausschlagung namens eines Minderjährigen oder Schutzberechtigten sind gemäß § 167 Abs 3 ABGB eine pflegschaftsgerichtliche Genehmigung sowie die Zustimmung des anderen Elternteils erforderlich.

Für die Abgabe einer unbedingten Erbantrittserklärung benötigt ein Vertreter eine **Spezialvollmacht** (gemäß § 1008 ABGB), eine allgemeine Vollmacht reicht dafür nicht aus. Bei Vorsorgevollmachten ist jedoch im Hinblick auf deren Sinn und Zweck eine Gattungsvollmacht ausreichend.<sup>1133</sup>

Hat ein potenzieller Erbe einen gesetzlichen, gewählten oder gerichtlichen Erwachsenenvertreter, dessen Wirkungsbereich die Abgabe von Erbantrittserklärungen umfasst, so ist für die Abgabe einer unbedingten Erbantrittserklärung (ebenso wie für die Erbsentschlagung) gemäß § 258 Abs 4 iVm § 167 Abs 3 ABGB die Zustimmung des Pflegschaftsgerichts erforderlich.

#### 5. Rechtswirkungen der Erbantrittserklärung

Die unbedingte Erbantrittserklärung hat zur Folge, dass der Erbe persönlich allen Gläubigern des Verstorbenen für ihre Forderungen und allen Vermächtnisnehmern für ihre Vermächnisse haftet, selbst wenn die Verlassenschaft zur Deckung dieser Lasten nicht hinreicht. Der **unbedingt erbantrittserklärte Erbe haftet also auch mit seinem eigenen Vermögen der Höhe nach unbeschränkt für die Schulden des Verstorbenen**.<sup>1134</sup>

Wird die Erbschaft bedingt, das heißt mit Vorbehalt des Inventars angetreten; so haftet ein solcher Erbe den Gläubigern und Vermächtnisnehmern nur so weit, als die Verlassenschaft für ihre, und auch seine eigenen Forderungen, das Erbrecht ausgenommen, hinreicht. Der **bedingt erbantrittserklärte Erbe haftet also zwar auch mit seinem eigenen Vermögen, aber nur bis zur Höhe des Werts der Verlassenschaft**.<sup>1135</sup>

---

1131 *Bittner/Hawel in Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Vermögensnachfolge<sup>2</sup>, § 11 Rz 82.

1132 OGH 6 Ob 3/09 y = EF-Z 2010/19, S 34 (*Volgger*) = EvBl-LS 2009/164 = iFamZ 2010/35, S 42 = NZ 2010/21, S 79.

1133 OGH 2 Ob 88/18 g = EvBl-LS 2019/34 = EF-Z 2019/52, 87 = JBl 2019, 233 = iFamZ 2019/72, 102 (*Billeth*) = NZ 2019/48, 140 (*Leiningen-Westerburg*) = JEV 2019, 27/2; 5 Ob 172/18 g = immolex 2019/41, 144 (*Streller*) = NZ 2019/47, 138 = EvBl 2019/87, S 598 (*Mondel*) = iFamZ 2019/220, S 359 (*Billeth*).

1134 § 801 ABGB.

1135 § 802 ABGB.

## 6. Wirkung des Inventars

Das Inventar ist eine **öffentliche Urkunde** und schafft einen Anschein der Verlassenschaftszugehörigkeit der darin aufgenommenen Sachen. Das Inventar bietet hingegen keinerlei Gewähr, dass das Vermögen bzw die Schulden des Verstorbenen vollständig erfasst wurden!<sup>1520</sup>

Es hat auch keine über das Verlassenschaftsverfahren hinausgehende Bindungswirkung<sup>1521</sup> und stellt insbesondere keinen anfechtbaren Beschluss dar.<sup>1522</sup> Da das Inventar jedoch eine **öffentliche Urkunde** iSd § 292 ZPO ist, kommt ihm die Vermutung der Richtigkeit zu. Daher obliegt demjenigen, der die Unrichtigkeit des Inventars behauptet, die Beweislast. Behaupten zB Pflichtteilsberechtigte, dass Gegenstände unrichtig bewertet wurden, so können sie diese unrichtige Bewertung im streitigen Verfahren (Pflichtteilsklage) geltend machen.<sup>1523</sup>

Die Aufnahme einer Sache ins Inventar begründet die Vermutung, dass der Gegenstand in die Verlassenschaft gehört, sie stellt aber keine Entscheidung über sachenrechtliche Verhältnisse dar.<sup>1524</sup> Denn für die Aufnahme ins Inventar kommt es primär nur auf den Besitz an, wenn auch Sachen, die zwar im Eigentum des Verstorbenen standen, nicht aber in dessen Besitz, ebenfalls zu inventarisieren sind.

Wird die Behauptung bestritten, dass eine Sache zum Verlassenschaftsvermögen zählt, so hat das Gericht gemäß § 166 Abs 2 AußStrG mit Beschluss darüber zu entscheiden, ob diese Sache in das **Inventar aufgenommen** bzw ausgeschieden wird. Befand sich die Sache zuletzt im Besitz des Verstorbenen, so ist sie nur dann auszuschneiden, wenn durch unbedenkliche Urkunden<sup>1525</sup> bewiesen wird, dass sie nicht zum Verlassenschaftsvermögen zählt.

Das Inventar dient ausschließlich den Zwecken des Verlassenschaftsverfahrens und entfaltet nur Wirkung für dieses Verfahren.<sup>1526</sup> Den Parteien bleibt es unbenommen, strittige Fragen im Rechtsweg auszutragen. Im Verlassenschaftsverfahren erfolgt keine Entscheidung darüber, ob die Sache als Eigentum des Erblassers anzusehen ist oder nicht.<sup>1527</sup>

### Beispiel

Ein Leasing-Kfz steht im Besitz des Leasingnehmers, aufgrund des Leasingvertrags ist aber unstrittig, dass das Kfz der Leasingfirma gehört. Es kann aus dem Inventar ausgeschieden werden.

Beim Inventar handelt es sich vor allem um ein Mittel der **Beweissicherung**, mit welchem das Vermögen, welches nach den äußeren Umständen dem Verstorbenen gehört hat und daher die Verlassenschaft ausmacht, vorläufig und ohne Bindungswirkung erhoben wird.<sup>1528</sup>

---

1520 *Spruzina* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG<sup>2</sup>, § 166 Rz 3.

1521 1 Ob 613/91 = SZ 64/184 = NZ 1992, 232; *Spruzina* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG<sup>2</sup>, § 166 Rz 4 mwN.

1522 ErläutRV 224 BlgNR 22. GP 109.

1523 *Spruzina* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG<sup>2</sup>, § 166 Rz 3.

1524 *Spruzina* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG<sup>2</sup>, § 166 Rz 3.

1525 Zur unbedenklichen Urkunde siehe die Judikatur zu § 40 EO.

1526 OGH 7 Ob 153/10 s.

1527 OGH 7 Ob 153/10 s.

1528 OGH 6 Ob 213/09 f; *Spruzina* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG<sup>2</sup>, § 166 Rz 4.

### 3. Bewilligung der Absonderung

Die Absonderung kann sowohl bei Vorliegen bedingter als auch bei Vorliegen unbedingter Erbantrittserklärungen beantragt werden. Über den Absonderungsantrag entscheidet das Verlassenschaftsgericht, funktionell ist gemäß § 18 Abs 2 Z 2 lit a RPfG der Richter zuständig. Der Antrag kann aber auch beim Gerichtskommissär eingebracht werden.<sup>1584</sup> Der Beschluss über die Absonderung ist selbständig anfechtbar.<sup>1585</sup>

Das Gericht kann den Erben gemäß § 175 AußStrG schon vor Beschlussfassung über den Absonderungsantrag die Verwaltung und Benützung des Verlassenschaftsvermögens entziehen und einen Kurator bestellen. Einem bereits bestellten Verlassenschaftskurator kommen gemäß § 175 AußStrG nach Bewilligung dieses Antrags die Rechte und Pflichten eines **Absonderungskurators** zu. Dieser **Vorab-Entzug** der Verwaltungs- und Vertretungsbefugnis soll die Ansprüche der Gläubiger auf Absonderung absichern, da über den Absonderungsantrag selbst regelmäßig erst nach Zustellung desselben an die Parteien gemäß § 8 Abs 2 AußStrG entschieden werden kann.<sup>1586</sup>

Der **Gläubiger** erhält mit dem Absonderungsantrag **Parteistellung** und ist daher beispielsweise der Errichtung des dann zwingend zu errichtenden **Inventars** beizuziehen.<sup>1587</sup> Es können auch mehrere Gläubiger die Absonderung beantragen, diese kann auch zugunsten mehrerer Gläubiger bewilligt werden. Soweit eine rechtzeitige Antragstellung erfolgt, werden durch eine frühere oder spätere Antragstellung Prioritätsrechte nicht geschaffen.<sup>1588</sup> Die Mehrheit der Bewilligungen ändert nichts daran, dass es immer nur eine Absonderungsmasse und einen Absonderungskurator gibt, wobei die Dauer der Absonderung durch das Interesse sämtlicher Absonderungsgläubiger begrenzt ist.

Der Antrag auf Absonderung kann ab dem Erbfall bis zur Einantwortung gestellt werden.<sup>1589</sup> Die Absonderung selbst kann zwar auch nach der Einantwortung fortbestehen, der Antrag dazu muss jedoch gestellt werden, solange die Abhandlung im Gange ist. Eine unverzügliche Antragstellung ist nicht notwendig.<sup>1590</sup>

Über den Antrag auf Absonderung der Verlassenschaft hat das Verlassenschaftsgericht vor dem Erlass des Einantwortungsbeschlusses zu entscheiden.<sup>1591</sup> Tut es das nicht, kann der Gläubiger, der die Absonderung beantragt hat, Rekurs gegen den Einantwortungsbeschluss erheben. Versäumt der Gläubiger die Rekursfrist und erwächst der Einantwortungsbeschluss in Rechtskraft, kann über eine Absonderung der Verlassenschaft nicht mehr meritorisch entschieden werden.<sup>1592</sup>

Da nach neuer Rechtslage nur mehr ein zur Sicherstellung der Forderung erforderlicher Teil der Verlassenschaft abzusondern ist, erscheint die frühere Rsp, wonach es nur eine Absonderungsmasse geben konnte, überholt.<sup>1593</sup>

1584 Spruzina in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup>, § 812 Rz 10/1.

1585 OGH 2 Ob 229/09 d = NZ 2012/91 = iFamZ 2010/243.

1586 Sailer in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG<sup>2</sup>, § 175 Rz 5.

1587 Ferrari in *Ferrari/Lika-Peer*, Erbrecht, 453.

1588 OGH 4 Ob 510/83 = JBl 1983, 483 = SZ 56/28.

1589 Sailer in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG<sup>2</sup>, § 175 Rz 2.

1590 OGH 6 Ob 634/76 = SZ 49/149.

1591 OGH 5 Ob 213/61 = EvBl 1961/513, S 637 = NZ 1962, 62.

1592 OGH 1 Ob 507/94 = NZ 1994, 236 = EFSlg 75.345; 6 Ob 288/05d.

1593 Siehe zur alten Rechtslage OGH 4 Ob 510/83 = JBl 1983, 483 = SZ 56/28.

## XX. Rechtsmittel

### A. Allgemeines

Die Parteien eines Verfahrens können gerichtliche Entscheidungen mittels eines Rechtsmittels überprüfen lassen. Die Rechtsmittel des AußStrG sind der **Rekurs** und der **Revisionsrekurs**.

Die Rechtsmittel schieben den Eintritt der Rechtskraft und den Eintritt der Vollstreckbarkeit regelmäßig hinaus.<sup>1948</sup> Allerdings kann einem Beschluss gemäß § 44 AußStrG vorläufige Vollstreckbarkeit zuerkannt werden. In diesem Fall kann der Beschluss vollstreckbar sein, obwohl er noch nicht rechtskräftig ist.<sup>1949</sup> Verzichten die Parteien gemäß § 180 Abs 1 AußStrG vor Erlassung des Einantwortungsbeschlusses auf Rechtsmittel gegen denselben, so wird er mit seiner Erlassung formell und mit der Zustellung an die Parteien materiell rechtskräftig und kann sogleich in Vollzug gesetzt werden.

Durch einen Vorwegrechtsmittelverzicht wird daher auch die Rekursfrist für nicht aktenkundige Parteien gemäß § 46 Abs 2 AußStrG verkürzt.<sup>1950</sup> Fraglich bleibt, ob die Möglichkeit des Vorwegverzichts nur für Einantwortungsbeschlüsse gelten soll oder auch für andere. Aus dem Wortlaut der Materialien ist ebenso wie aus dem Wortlaut des Gesetzes eher abzuleiten, dass diese Bestimmung nur für Einantwortungsbeschlüsse gelten soll.<sup>1951</sup>

Die Rechtsmittel sind in der Regel devolutiv, richten sich also an die nächsthöhere Instanz. Der Rechtsmittelwerber muss **Parteistellung** haben und durch die Entscheidung des Gerichts **beschwert** sein. Andernfalls steht ihm keine Rechtsmittelbefugnis zu. Auch Personen, die auf Rechtsmittel verzichtet haben oder ein bereits eingebrachtes Rechtsmittel zurückgezogen haben, sind nicht mehr rechtsmittellegitimiert. Ein Rechtsmittel kann auch im Außerstreitverfahren zurückgenommen werden, wobei die Bestimmungen über die Rücknahme der Berufung analog anzuwenden sind.<sup>1952</sup> Findet keine mündliche Verhandlung statt, dann muss die Zurücknahme des Rechtsmittels beim Rechtsmittelgericht noch vor dem Zeitpunkt eintreffen, in dem der Rechtsmittelsenat seine Entscheidung der Geschäftsstelle zur Ausfertigung übergeben hat.<sup>1953</sup> Ist die Rücknahme wirksam, tritt sofort Rechtskraft ein.<sup>1954</sup> Die Rücknahme ist mit deklarativem Beschluss zur Kenntnis zu nehmen.

Nach Rechtskraft der Einantwortung findet gemäß § 180 Abs 2 AußStrG kein **Abänderungsverfahren** statt. Kommen nachträglich neue Tatsachen hervor (zB ein Testament) kann nur mit Erbschaftsklage vorgegangen werden.

1948 § 45 iVm § 43 AußStrG.

1949 Siehe dazu ausführlich *Thunhart in Schneider/Verweijen*, AußStrG, § 44 Rz 1 ff.

1950 *Motal/Krist in Schneider/Verweijen*, AußStrG, § 46 Rz 14; *Kodek in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG<sup>2</sup>, § 46 Rz 15; OGH 5 Ob 74/09 g; 2 Ob 117/20 z = NZ 2020/141, 458.

1951 ErläutRV 224 BlgNR 22. GP 113.

1952 OGH 2 Ob 90/19 b = NZ 2019/168, 470.

1953 RS0104364.

1954 RS0110466.

#### 4. Gebührenermäßigung

Betrifft die Amtshandlung ein mit Schulden schwer belastetes Vermögen und würde die Belastung des Zahlungspflichtigen mit der auf ihn entfallenden tarifmäßigen Gebühr, besonders im Hinblick auf seine wirtschaftlichen Verhältnisse, eine besondere Härte darstellen, so ist gemäß § 6 Abs 1 GKTG die Gebühr **auf Antrag dieses Zahlungspflichtigen** oder von Amts wegen in einem niedrigeren als dem sonst zu bestimmenden Ausmaß, jedoch nicht unter dessen Hälfte festzusetzen.

Sind neben einem begünstigten Zahlungspflichtigen noch andere Zahlungspflichtige vorhanden, so gilt obiges mit folgenden Besonderheiten:

- Die Gebühr ist auf der Grundlage der vollen Gebühr für jeden Zahlungspflichtigen **gesondert nach dem Verhältnis** zu bestimmen, in dem die Zahlungspflichtigen untereinander zur Tragung der Gebühr verpflichtet wären; bei dem begünstigten Zahlungspflichtigen ist jedoch im obigen Sinn vorzugehen, das heißt die Gebühr zu ermäßigen.
- Die mehreren Zahlungspflichtigen, ausgenommen der begünstigte Zahlungspflichtige, haften dem Notar zur ungeteilten Hand für die gesamte Gebühr.
- Die Grundsätze gelten auch für den Ersatz der Barauslagen und der Umsatzsteuer.

Der Beschluss über die Gebührenermäßigung ist zu begründen.<sup>2007</sup>

#### 5. Anspruch auf sonstige Gebühren und Auslagenersatz

Neben den Gebühren nach dem GKTG hat der Notar gemäß § 9 GKTG Anspruch auf Entlohnung

- nach dem NTG,
  - für die Gebarung mit Geld, Wertpapieren, Sparbüchern und Wertsachen gemäß § 24 NTG (Verwahrungsgebühr) und
  - für die Zeit, die für den Weg bei Amtshandlungen außerhalb der Kanzlei erforderlich ist, wenn diese Amtshandlungen nur auf Verlangen einer Partei außerhalb der Kanzlei vorgenommen werden;
- nach dem RATG für Verbücherungen gemäß § 182 Abs 2 AußStrG bei Versäumen der Frist für die Verbücherung durch die Parteien.

Die Gerichtsgebühren, die Stempel- und Rechtsgebühren und die Postgebühren sowie die angemessenen Kosten notwendiger Ermittlungen, die auf Ersuchen des Notars vorgenommen worden sind, ferner die Fahrtauslagen, die Verpflegungsmehrkosten, die Übernachtungskosten und sonstige Barauslagen sowie die Umsatzsteuer sind gemäß § 10 GKTG stets zu ersetzen.

Der Beschluss, mit dem die Gebühr des Notars bestimmt wird, hat gemäß § 10 Abs 2 GKTG auch die Verpflichtung zum Ersatz der sonstigen Gebühren, der Barauslagen und der Umsatzsteuer zu umfassen. Die Gebührenbeträge werden gemäß § 11 GKTG auf volle 10 Cent aufgerundet.

<sup>2007</sup> Siehe § 6 Abs 3 iVm § 5 Abs 1 GKTG.