

Rechtliches Gehör

§ 15. Den Parteien ist Gelegenheit zu geben, von dem Gegenstand, über den das Gericht das Verfahren von Amts wegen eingeleitet hat, den Anträgen und Vorbringen der anderen Parteien und dem Inhalt der Erhebungen Kenntnis zu erhalten und dazu Stellung zu nehmen.

[BGBl I 2003/111]

Literatur

Frauenberger-Pfeiler, Das neue Außerstreitgesetz (Teil I), JAP 2004/2005, 245; *Kodak/Nowotny*, Das neue AußStrG und das Verfahren vor dem Firmenbuchgericht, NZ 2004, 257; *Mosser*, Das neue Außerstreitgesetz – Allgemeine Bestimmungen (Teil I), *ecolex* 2004, 836; *Zangl*, Das neue Außerstreitverfahren, ÖJZ 2005/7, 121.

Übersicht

I.	Allgemeines	1
II.	Umfang der Gehörgewährung	2–13
III.	Form der Gehörgewährung	14, 15
IV.	Folgen der Verletzung des rechtlichen Gehörs	16–18

I. Allgemeines

- 1 Art 6 EMRK gewährleistet den Parteien verfassungsrechtlich das Recht auf rechtliches Gehör, sofern es um ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen geht. Dass den Parteien rechtliches Gehör einzuräumen ist, ist **Ausdruck eines fairen Verfahrens** iSd Art 6 EMRK. Vor dem verfassungsrechtlichen Hintergrund wurde in § 15 der „wichtigste aller Prozessgrundsätze“¹ einfachgesetzlich ausdrücklich verankert.²

II. Umfang der Gehörgewährung

- 2 In § 15 wird zwischen amtswegig und auf Antrag eingeleiteten Verfahren unterschieden. Diese Trennung hat bei der Gehörgewährung jedoch nur bezüglich der Verfahrenseinleitung selbst Bedeutung.³ Für das weitere Verfahren bestehen keine Unterschiede, ob das Verfahren amtswegig oder auf Antrag eingeleitet wurde.
- 3 Bei **amtswegig eingeleiteten Verfahren** hat das Gericht den Parteien den Gegenstand des Verfahrens bekannt zu geben. Damit wiederholt § 15 unter dem Aspekt des rechtlichen Gehörs die Verpflichtung nach § 8, wonach das Gericht den Parteien sobald als möglich den Verfahrensgegenstand mitzuteilen hat.

1 ErläutRV 224 BlgNR 24. GP 32.

2 Siehe dazu auch *Frauenberger-Pfeiler*, JAP 2004/2005, 248.

3 Vgl aber ErläutRV 224 BlgNR 24. GP 32.

Im **Antragsverfahren** ist den Parteien nach § 8 der verfahrenseinleitende Antrag zuzustellen. In § 15 wird diese Anordnung ebenfalls unter dem Blickwinkel der GehörsGewährung wiederholt. Dabei sind der anderen Partei insb die Anträge und das Vorbringen zur Kenntnis zu bringen.⁴

Daraus ergibt sich zunächst, dass die Parteien **über die Verfahrenseinleitung zu informieren** sind, damit sie ihr rechtliches Gehör in dem Verfahren wahrnehmen können. Daher umfasst die GehörsGewährung die Pflicht des Gerichts, den Parteien den Gegenstand des amtswegig eingeleiteten Verfahrens bzw den verfahrenseinleitenden Antrag zur Kenntnis zu bringen.

Darüber hinaus sind auch **alle weiteren Anträge den Parteien mitzuteilen**, sofern ihnen diesbezüglich Parteistellung zukommt.⁵ Das ist etwa der Fall, wenn die Urgroßmutter in einem Obsorgeverfahren den Antrag auf Übertragung der Obsorge gestellt hat. Dann stellt ihre Nichtbeteiligung am Verfahren eine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar.⁶

Von der Kenntnisnahmemöglichkeit ist darüber hinaus das (weitere) Vorbringen der Parteien umfasst. Die Parteien sollen also **über (rechtserhebliche) Vorgänge während des Verfahrens informiert** werden.⁷ Nur dann können die Parteien ihre Verfahrensrechte ausreichend wahrnehmen.⁸ Die Kenntnisnahme bezieht sich vor allem auf die Tatsachen, die während des Verfahrens vorgebracht werden. Erfasst werden aber auch rechtliche Ausführungen.⁹

Weiter ist den Parteien der **Inhalt von Erhebungen** zur Kenntnis zu bringen. Das bedeutet zwar nicht, dass der Partei jedes einzelne Beweisergebnis zu übermitteln ist,¹⁰ aber ihr müssen die Beweisergebnisse jedenfalls vor der Entscheidung zur Kenntnis gebracht werden. Das gibt den Parteien insb die Möglichkeit, ihre Anträge anzupassen.¹¹ Die Parteien sind auch dann über die Erhebungen zu informieren, wenn diese zwar offenkundig sind, aber schließlich der Entscheidung zugrunde gelegt werden.¹² Umfasst ist etwa der Bericht der Familiengerichtshilfe, der den Parteien zur Kenntnis zu bringen ist.¹³

Die zweite Komponente des rechtlichen Gehörs, neben der Kenntnisnahmemöglichkeit, liegt in der **Äußerungsmöglichkeit**. Den Parteien ist Gelegenheit zu geben, zu Anträgen und Vorbringen sowie dem Inhalt der Erhebun-

4 LG Linz EFSlg 132.837.

5 *Rechberger in Rechberger*, AußStrG² § 15 Rz 2.

6 5 Ob 68/15h iFamZ 2015/210, 283 (*Thoma-Twaroch*).

7 Siehe auch *Zangl*, ÖJZ 2005/7, 128.

8 *Rechberger in Rechberger*, AußStrG² § 15 Rz 2.

9 *Rechberger in Rechberger*, AußStrG² § 15 Rz 2.

10 10 Ob 57/08t.

11 *Langer*, AußStrG² 82.

12 LGZ Wien EFSlg 151.724.

13 LG Innsbruck EFSlg 137.269.

gen Stellung zu nehmen. Ihnen ist die Möglichkeit einzuräumen, sich zu Verfahrensvorgängen, die wesentliche Tatsachen für die Parteien betreffen, äußern zu können.¹⁴

- 10 Die vom Gericht getroffenen Feststellungen dürfen nur dann der Entscheidung zugrunde gelegt werden, wenn die Parteien zuvor Gelegenheit zur Äußerung hatten.¹⁵
- 11 Die **Beweisaufnahme ohne die Parteien** ist grundsätzlich zulässig und führt noch nicht zur Verletzung des rechtlichen Gehörs.¹⁶ Werden aber in der Entscheidung Urkunden verwertet, die den Parteien nicht zur Kenntnis gebracht wurden, liegt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor.¹⁷ Zu Einschränkungen bei der Geltendmachung der Gehörsverletzung s unten Rz 16 ff.
- 12 Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs stellt es zunächst dar, wenn der Partei die Gelegenheit zur Kenntnisnahme und/oder Äußerung überhaupt nicht gewährt wurde. Das ist etwa der Fall, wenn der Urgroßmutter, die einen Antrag auf Übertragung der Obsorge gestellt hat, die Verfahrensergebnisse und die Entscheidungen des Verfahrens nicht zugestellt werden.¹⁸ Des Weiteren liegt eine Verletzung vor, wenn eine Partei zu mündlichen Verhandlungen nicht wirksam geladen wurde.¹⁹
- 13 Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt darüber hinaus dann vor, wenn der Entscheidung Tatsachen oder Beweisergebnisse zugrunde gelegt wurden, zu denen sich die Partei nicht äußern konnte.²⁰ Im Unterhaltsverfahren ist das rechtliche Gehör verletzt, wenn dem Unterhaltspflichtigen die als Beweismittel herangezogenen Einkommensauskünfte des Dienstgebers nicht zur Äußerung übermittelt wurden.²¹ Im Kontaktrechtsverfahren ist den Parteien der Clearing-Bericht der Familiengerichtshilfe zuzustellen, bevor er der Entscheidung zugrunde gelegt wird.²² Weiter ist etwa im Unterhaltsverfahren bei Zusammentreffen von Ansprüchen aus mehreren Mitgliedstaaten der Fall, wenn die Parteien zur Feststellung der Einbindung einer Partei in das österr Sozialversicherungssystem nicht Stellung nehmen konnten.²³

14 5 Ob 225/14w.

15 RS0074920; RS0005915; s auch *Fucik/Kloiber*, AußStrG § 15 Rz 1.

16 5 Ob 225/14w.

17 5 Ob 225/14w.

18 5 Ob 68/15h iFamZ 2015/210, 283 (*Thoma-Twaroch*).

19 7 Ob 278/08w.

20 RS0005915.

21 5 Ob 1/09x; s auch 10 Ob 5/08w.

22 10 Ob 21/17m.

23 10 Ob 23/09v.

III. Form der Gehörs-gewährung

Maßgeblich ist, dass den Parteien die Kenntnisnahme- und Äußerungsmöglichkeit eingeräumt wurde. Die Form ist in § 15 nicht vorgeschrieben,²⁴ so dass eine **mündliche oder schriftliche Äußerungsmöglichkeit** das rechtliche Gehör wahrt²⁵ oder auch die Möglichkeit einer **Akteneinsicht**.²⁶ Es kommt darauf an, dass der Partei ein Weg eröffnet wird, auf dem sie ihre Argumente für ihren Standpunkt vorbringen kann.²⁷ Das gilt auch für den Zeitpunkt der Gehörs-gewährung,²⁸ sodass nicht jedes Beweisergebnis einzeln zur Kenntnis gebracht werden muss.²⁹ 14

Einer ausdrücklichen Aufforderung zur Stellungnahme bedarf es dazu nicht.³⁰ Aus dem Vermerk „zur Kenntnisnahme“ lässt sich eine Verweigerung der Äußerungsmöglichkeit nicht ableiten.³¹ 15

IV. Folgen der Verletzung des rechtlichen Gehörs

Grundsätzlich bildet die Verletzung des rechtlichen Gehörs einen (Revisions-) Rekursgrund. Dieser wirkt aber **nicht** derart **absolut**, dass eine Gehörsverletzung zwingend zur Aufhebung der Entscheidung führt. Vielmehr muss sie **Einfluss auf die Richtigkeit der Entscheidung** haben können.³² Wenn der Verstoß in die Rechte der Partei eingegriffen hat, liegt ein relevanter Verstoß vor.³³ Unter diesen Voraussetzungen ist die Verletzung des rechtlichen Gehörs bei einem zulässigen Rechtsmittel³⁴ von Amts wegen wahrzunehmen.³⁵ 16

Macht der Rechtsmittelwerber die Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend, hat er die Entscheidungserheblichkeit des Verfahrensverstößes zu konkretisieren.³⁶ Daher hat der Rechtsmittelwerber die Relevanz des Verfahrensmangels aufzuzeigen.³⁷ Bloß abstrakte Erwägungen sind nicht ausreichend.³⁸ 17

Dazu ist erforderlich, dass die Partei darlegt, welches konkrete zusätzliche Vorbringen sie erstattet hätte und/oder welche konkreten Beweismittel sie 18

24 LG Innsbruck EFSlg 136.850; Mosser, *ecolex* 2004, 838.

25 RS0006048; RS0006036; *Klicka/Oberhammer/Domej*, *Außerstreitverfahren*⁵ Rz 123.

26 *Fucik/Kloiber*, *AußStrG* § 15 Rz 2; *Kodek/Nowotny*, *NZ* 2004, 264.

27 5 Ob 225/14w; 5 Ob 1/09x.

28 *Mayr/Fucik*, *Verfahren* Rz 129, die insofern auf § 17 verweisen.

29 LGZ Wien EFSlg 144.094.

30 1 Ob 124/07b.

31 1 Ob 124/07b.

32 1 Ob 46/16w; 4 Ob 119/11w; 10 Ob 46/09a; 5 Ob 98/09m; 10 Ob 91/08t.

33 Siehe nur *Kodek* in *Gitschthaler/Höllwerth*, *AußStrG* § 58 Rz 19.

34 3 Ob 204/12i.

35 RS0119971.

36 6 Ob 154/10f; 7 Ob 64/09a uva.

37 5 Ob 90/17x; 2 Ob 120/17m; 4 Ob 67/17g; 6 Ob 156/16h; 10 Ob 4/14g ua.

38 5 Ob 225/14w; 10 Ob 2/13m.

angeboten hätte.³⁹ Etwas anderes gilt nur, wenn der Partei zu derartigem Vorbringen nicht in der Lage ist, insb weil ihr die Beweisergebnisse gar nicht zur Kenntnis gebracht wurden.⁴⁰

Sammlung der Entscheidungsgrundlagen

§ 16. (1) Das Gericht hat von Amts wegen dafür zu sorgen, dass alle für seine Entscheidung maßgebenden Tatsachen aufgeklärt werden, und sämtliche Hinweise auf solche Tatsachen entsprechend zu berücksichtigen.

(2) Die Parteien haben vollständig und wahrheitsgemäß alle ihnen bekannten, für die Entscheidung des Gerichtes maßgebenden Tatsachen und Beweise vorzubringen beziehungsweise anzubieten und alle darauf gerichteten Fragen des Gerichtes zu beantworten.

[BGBl I 2003/111]

Literatur

Jelinek, Überlegungen zur Reform des Außerstreitverfahrens, NZ 1984, 100; *Kodek/Nowotny*, Das neue AußStrG und das Verfahren vor dem Firmenbuchgericht, NZ 2004, 257; *Körber-Risak*, Beweiswürdigung nach § 381 ZPO im außerstreitigen Unterhaltsverfahren, EF-Z 2015/151, 258; *Mosser*, Das neue Außerstreitgesetz – Allgemeine Bestimmungen (Teil 1), ecolex 2004, 836; *Rassi*, Umgang mit Beweisschwierigkeiten im Unterhaltsverfahren (Teil I), EF-Z 2010/149, 212; *Schneider*, Pflugschaftsverfahren – effizient geführt, EF-Z 2018/29, 58; *Zangl*, Das neue Außerstreitverfahren, ÖJZ 2005/7, 121.

Übersicht

I. Allgemeines	1–3
II. Bedeutung des Untersuchungsgrundsatzes	4–7
III. Antragsverfahren – amtswegig eingeleitete Verfahren	8–10
IV. Inhalt des Untersuchungsgrundsatzes	
A. Allgemeines	11, 12
B. Bedeutung des Antrags für die Ermittlungspflicht des Gerichts	13–22
C. Behauptungs- und Beweislast der Parteien	23–26
D. Anleitungspflichten des Gerichts	27
E. Berücksichtigung sämtlicher Hinweise	28–31
F. Beweisaufnahmeerlassen des Gerichts	32–34
G. „Zu viel“ Ermittlungstätigkeit des Gerichts	35
V. Einschränkungen des Untersuchungsgrundsatzes	36–39
VI. Mitwirkungspflichten der Parteien	40–43
VII. Untersuchungsgrundsatz und Rechtsmittelverfahren	44–46

39 5 Ob 90/17y; 5 Ob 163/16k; 5 Ob 225/14w; 6 Ob 165/08w.

40 1 Ob 21/17m; 2 Ob 77/08z.

Entscheidung über das Erbrecht

§ 161. (1) Das Gericht hat im Rahmen des Vorbringens der Parteien und ihrer Beweisanbote das Erbrecht der Berechtigten festzustellen und die übrigen Erbantrittserklärungen abzuweisen. Darüber kann mit gesondertem Beschluss (§ 36 Abs. 2) oder mit dem Einantwortungsbeschluss entschieden werden.

(2) Auch während des Verfahrens über das Erbrecht sind all jene Abhandlungsmaßnahmen weiterzuführen, die von der Feststellung des Erbrechts unabhängig sind.

[BGBl I 2003/111]

Literatur

Cach, Wer hat die Echtheit des eigenhändigen Testaments zu beweisen? ÖJZ-EvBl 2018/44; *Höllwerth*, Der Gerichtskommissär im Verfahren über das Erbrecht, NZ 2014/17; *Metzler*, Die Anerkennung des Erbrechts, ÖJZ 2006, 522; *Metzler*, Wann beginnt das Verfahren über das Erbrecht? NZ 2016, 330; *Obermaier*, Zu den Anleitungspflichten des Notars im Kostenpunkt des Erbrechtsstreites, NZ 2016/54, *Tschugguel*, Zur Anerkennung im Erbrecht, EF-Z 2015, 71; *Volgger*, Die Tücken einer Erbausschlagung, EF-Z 2010/19.

Übersicht

I. Verfahren über das Erbrecht	
A. Einleitung	1
B. Zuständigkeit	2
C. Verfahrensparteien	3, 4
D. Verfahrensgrundsätze.....	5–7
E. Entscheidung	8–10
F. Neuaufrollung.....	11–13
G. Weitere Anwendungen des Verfahrens	14
H. Kostenersatz	15, 16
II. Verfahrensfortführung während des Erbrechtsstreits.....	17–19

I. Verfahren über das Erbrecht

A. Einleitung

- 1 Im Gegensatz zur früheren Rechtslage, nach der stets nur zwischen zwei Erbensprechern im Rahmen der Erbrechtsklage – nach Verteilung der Prozessrollen durch das Verlassenschaftsgericht¹ – zwischen diesen beiden geklärt wurde, wer das bessere Erbrecht hat und mitunter mehrere solcher strittiger Verfahren betreffend ein und denselben Nachlass über Jahre geführt wurden, wurde die Klärung des Erbrechtes mit dem AußStrG 2005 in das Verlassen-

¹ Siehe dazu § 125 AußStrG 1854.

schaftsverfahren integriert und gleichzeitig in einem Zwischenverfahren vereinheitlicht.² Es findet nur mehr ein Verfahren zwischen allen Erbensprechern statt, in welchem nicht mehr das bessere, sondern das **beste Erbrecht** festgestellt wird. Dies bringt eine erhebliche Effizienzsteigerung mit sich, gleichzeitig erscheinen die verfahrensrechtlichen Garantien des AußStrG 2005 eine ausreichende Absicherung der Prätendenten zu gewährleisten, so dass eine Verlagerung in den streitigen Prozess nicht mehr erforderlich ist.³

Das Verfahren über das Erbrecht stellt innerhalb des Verlassenschaftsverfahrens eine eigene Einheit dar, für die nicht alle Grundsätze des Außerstreitverfahrens anwendbar sind. Insb der Grundsatz der amtswegigen Wahrheitsermittlung ist in diesem Verfahrensabschnitt eingeschränkt.

B. Zuständigkeit

Anders als im übrigen Verlassenschaftsverfahren ist im Verfahren über das Erbrecht gem § 162 (zwingend) mündlich zu verhandeln. Funktionell zuständig ist gem § 18 Abs 2 Z 2 lit b RpfVG ausschließlich der **Richter**. 2

C. Verfahrensparteien

Parteien sind alle Erbprätendenten, die eine **Erbantrittserklärung abgegeben** 3 haben. Wurden Erben gem § 157 Abs 2 zur Abgabe einer Erbantrittserklärung aufgefordert, haben dies aber unterlassen, so werden sie erst Verfahrenspartei, wenn sie die Erbantrittserklärung nachholen. Pflichtteilsberechtigte sind als solche eben so wenig wie Gläubiger Partei dieses Zwischenverfahrens. Geben Personen nach Einleitung des Verfahrens über widerstreitende Erbantrittserklärungen aber vor Abgabe des Einantwortungsbeschlusses an die Geschäftsabteilung eine Erbantrittserklärung ab, so sind sie dem Verfahren beizuziehen und dieses ist unter Berücksichtigung der neuen Sach- und Rechtslage neuerlich durchzuführen.

Auch Parteien, die das Erbrecht eines anderen vor dem Gerichtskommissär anerkannt haben, sind Parteien des Verfahrens über das Erbrecht, wird das Anerkenntnis doch erst mit der Entscheidung des Gerichts über die Anerkennung eines Erbrechtes und der Abweisung der anderen Erbantrittserklärungen bzw dem Einantwortungsbeschluss endgültig wirksam. Bis zu dieser Entscheidung kann das Anerkenntnis auch zurückgezogen werden.⁴ Weitere Konsequenz ist, dass eine neuerliche Abgabe einer Erbantrittserklärung durch eine Partei, die das Erbrecht einer anderen anerkannt hat, nicht notwendig ist.

Die **Finanzprokurator** ist nur zu verständigen, wenn gem § 157 Abs 4 keine 4 Erbantrittserklärung abgegeben wurde. Über den Wortlaut des § 157 Abs 4

2 Siehe dazu auch Höllwerth in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 160 Rz 4.

3 224 BlgNR 22. GP 104.

4 Siehe dazu § 160.

hinaus wird sie auch dann zu verständigen sein, wenn zwar Erbantrittserklärungen abgegeben wurden, diese aber allesamt abzuweisen sind. Erweisen sich beispielsweise mehrere letztwilligen Verfügungen alle als ungültig, so sind die aufgrund dieser Verfügungen abgegebenen Erbantrittserklärungen abzuweisen. Gibt es keine gesetzlichen Erben, liegt dieselbe Interessenlage wie bei § 157 Abs 4 vor, weshalb auch in diesem Fall die Finanzprokuratur zu verständigen sein wird.

D. Verfahrensgrundsätze

- 5 Obwohl im Verlassenschaftsverfahren grundsätzlich gem § 16 der Untersuchungsgrundsatz herrscht und es demgemäß keine Beweislast geben dürfte, soll dies ausweislich der Mat⁵ zu § 161 für das Verfahren über das Erbrecht bei widersprechenden Erbantrittserklärungen nicht gelten. Das Gericht hat in diesem Zwischenverfahren nur **im Rahmen des Vorbringens** der Parteien⁶ und **ihrer Beweisanbote** den Sachverhalt zu ermitteln, das Erbrecht der Berechtigten festzustellen und die übrigen Erbantrittserklärungen abzuweisen. Da nur im Rahmen des **Vorbringens der Parteien** zu entscheiden ist, ist der sonst im Außerstreitverfahren normierte Untersuchungsgrundsatz⁷ im Sinne einer amtswegigen Sammlung der Entscheidungsgrundlagen massiv eingeschränkt.
- 5 Auch Beweise kann das Gericht nur im Rahmen des Beweisanbotes der Parteien erheben. Amtswegige Beweisaufnahmen sind aber – so wie bei streitigen Prozessen – im Rahmen des Vorbringens der Parteien dennoch zulässig.⁸

Es gelten somit die **Beweislastregeln wie im Zivilprozess**, wonach derjenige, der aus bestimmten Tatsachen seine Ansprüche ableitet, diese auch beweisen muss.⁹ Wer die Unwirksamkeit eines Testaments behauptet, ist dafür beweispflichtig, ebenso, wer die Erbnunwürdigkeit eines konkurrierenden Erben vorbringt. Die bestrittene Echtheit eines eigenhändigen Testaments ist im Verfahren über das Erbrecht vom Testamentserben zu beweisen.¹⁰ Erstattet der Erbansprecher kein Vorbringen zur Formungültigkeit, so ist das Gericht nicht verpflichtet, den formalen Ablauf des Testiervorganges zu prüfen.¹¹ Umgekehrt hat jener, der anspruchsvernichtende Tatsachen behauptet, diese zu beweisen. Die Beweislast, dass der Testator testierunfähig war, trifft diejenige Partei, die die Ungültigkeit des Testaments behauptet.¹²

5 224 BlgNR 22. GP 105.

6 4 Ob 160/13b = Zak 2013/822 = NZ 2014/62, 172.

7 Siehe § 16.

8 Siehe § 183 ZPO.

9 3 Ob 174/11a = EF-Z 2012/82, 125 = iFamZ 2012/78, 106 (*Tschugguel*) = EFSlg 130.968.

10 2 Ob 78/17k = EF-Z 2018/42 = NZ 2017/164 unter Ablehnung der in den Mat geäußerten gegenteiligen Ansicht.

11 4 Ob 160/13b = Zak 2013/822 = NZ 2014/62, 172.

12 6 Ob 167/09s = EF-Z 2010/53.

Das Verfahren ist jenem der ZPO über den streitigen Prozess nachgebildet. Eine **Nebenintervention** iSd ZPO ist jedoch unzulässig und auch nicht notwendig, da der Erbrechtsstreit auch als Mehrparteienverfahren geführt werden kann.¹³

E. Entscheidung

Das Gericht hat von allen abgegebenen Erbantrittserklärungen das **beste Erbrecht** festzustellen. Eine gesonderte Erledigung bloß einzelner Erbantrittserklärungen ist nicht zulässig¹⁴ und würde auch dem Zweck des Verfahrens widersprechen. Die Entscheidung ergeht durch Beschluss. Dieser besteht aus zwei Teilen, der Feststellung des (besten) Erbrechts einerseits und der Abweisung aller anderen Erbantrittserklärungen andererseits.

Die Entscheidung über das Erbrecht kann gem Abs 1 mit **gesondertem Beschluss** oder gemeinsam mit dem **Einantwortungsbeschluss** getroffen werden. Die Entscheidung, ob über das Erbrecht mit gesondertem Beschluss oder mit dem Einantwortungsbeschluss entschieden wird, obliegt dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichtes.¹⁵ Ergeht die Entscheidung über das Erbrecht mit gesondertem Beschluss, so ist dieser selbständig anfechtbar.¹⁶ Ein gesonderter Beschluss wird insb dann zweckmäßig sein, wenn das Erbrecht einer Partei von den anderen anerkannt wird. Jene Personen, deren Erbantrittserklärungen abgewiesen werden, verlieren damit ihre Parteistellung im weiteren Verfahren, das dadurch uU einfacher wird. Zu beachten ist auch, dass für das restliche Verfahren uU der Diplomrechtspfleger zuständig ist, sofern sich nicht schon aus dem Wert der Verlassenschaft die generelle Richterzuständigkeit ergibt.

Die unterlegenen Erbansprecher können aus demselben Berufungsgrund auch keine **Erbschaftsklage** mehr geltend machen, wohl aber aus einem anderen Erbrechtstitel.

Rechtskräftig werden kann ein solcher Zwischenbeschluss jedoch im Hinblick auf den ausdrücklichen Wortlaut des § 164, wonach bis zur Abgabe des Einantwortungsbeschlusses eine Erbantrittserklärung abgegeben werden kann und im neu aufgerollten Verfahren auch eine Abweisung der Erbantrittserklärung, die Grundlage der früheren Entscheidung über das Erbrecht war, zulässig ist, erst mit dem Einantwortungsbeschluss.¹⁷ Gemeint ist damit die materielle Rechtskraft. Formell rechtskräftig kann der Zwischenbeschluss sehr wohl werden und damit eine Bindungswirkung nur inter partes der an diesem Verfahren Beteiligten äußern.

13 6 Ob 282/07z = NZ 2008/64 = iFamZ 2008/107, 215; 6 Ob 236/06h = SZ 2006/164.

14 6 Ob 10/14k = EvBl-LS 2014/166 = EF-Z 2014/168, 277 = iFamZ 2014/236, 313 = NZ 2015/48, 139.

15 6 Ob 132/13z.

16 6 Ob 3/09y = NZ 2010/21, 79 = iFamZ 2010/35, 42; 5 Ob 186/09b = iFamZ 2010/81, 112 = JEV 2010, 105/20.

17 5 Ob 186/09b = iFamZ 2010/81, 112 = JEV 2010, 105/20.

F. Neuaufrollung

- 11 Gibt eine Partei erst **nach Feststellung des Erbrechts durch das Gericht**, aber bevor das Gericht an den Beschluss über die **Einantwortung** gebunden ist (also insb dann, wenn diese beiden Beschlüsse getrennt ergehen), eine Erbantrittserklärung ab, so ist gem § 164 neuerlich iSd §§ 160 bis 163 vorzugehen, also **neuerlich das Verfahren über widerstreitende Erbantrittserklärungen durchzuführen**. Dabei ist auch eine Abweisung der Erbantrittserklärung, die Grundlage der früheren Entscheidung über das Erbrecht war, zulässig.

Es wird also die Entscheidung über das Erbrecht auch dann, wenn sie gem § 36 Abs 2 außerhalb des Einantwortungsbeschlusses getroffen wurde, erst mit der Einantwortung (materiell) rechtskräftig.¹⁸ Erlässt also das Gericht einen **Zwischenbeschluss** über die Feststellung des Erbrechtes, so wird dieser erst mit Abgabe auch des Einantwortungsbeschlusses an die Geschäftsabteilung bindend. Bis zu diesem Zeitpunkt kann eine Erbantrittserklärung abgegeben werden.¹⁹

- 12 Ist das Verfahren neuerlich durchzuführen, sind mE auch die **unterlegenen Parteien**, deren Erbantrittserklärung in einer vorangegangenen Entscheidung abgewiesen wurde, dem Verfahren **beizuziehen**. Dies ergibt sich aus der legislativen Intention, in diesem Verfahren das beste Erbrecht unter allen Erbensprechern festzustellen.

Nach Abgabe des Einantwortungsbeschlusses, mit dem die restlichen Erbantrittserklärungen abgewiesen werden, an die Geschäftsabteilung ist das Gericht gem § 40 an seine Entscheidung gebunden und die Abgabe einer Erbantrittserklärung nicht mehr möglich.²⁰ Hat ein Erbensprecher bis zu diesem Zeitpunkt keine Erbantrittserklärung abgegeben, kann er auch nicht Rekurs gegen den Einantwortungsbeschluss erheben und in diesem die Erbantrittserklärung nachholen.²¹ Ab dem Zeitpunkt der Abgabe des Einantwortungsbeschlusses in der Geschäftsabteilung zur Ausfertigung sind erbrechtliche Ansprüche nur noch mit Klage geltend zu machen (**Erbschaftsklage**).²²

18 5 Ob 186/09b = iFamZ 2010/81, 112 = JEV 2010, 105/20.

19 6 Ob 3/09y = NZ 2010/21, 79 = iFamZ 2010/35, 42.

20 3 Ob 44/11h = iFamZ 2011/176, 219 (*Tschugguel*); 224 BlgNR 22. GP 106.

21 7 Ob 182/12h = NZ 2013/65, 146 = iFamZ 2013/151, 202; 6 Ob 153/10h = NZ 2011/48 = iFamZ 2011/125, 167; 3 Ob 227/10v; 1 Ob 86/08s; 5 Ob 24/09d = iFamZ 2009/172, 243.

22 Davon ausgenommen sind Pflichtteilsberechtigte, die dem Verlassenschaftsverfahren zu Unrecht nicht beigezogen wurden. Sie können auch nach Erlassung des Einantwortungsbeschlusses Rekurs gegen denselben wegen Verfahrensmängeln erheben. Dies insb, weil ihnen sonst das Recht zur Inventarserrichtung entzogen würde. Die Errichtung eines Inventars ist für die Pflichtteilsberechtigten jedoch zur Ermittlung ihres Pflichtteilsanspruches wesentlich, weshalb der OGH in diesem Fall die Aufhebung des Einantwortungsbeschlusses bewilligt hat: 6 Ob 153/10h = NZ 2011/48 = iFamZ 2011/125, 167; 2 Ob 85/10d = iFamZ 2011/83, 95.

Unterliegt ein Erbensprecher im Verfahren über das Erbrecht endgültig, so kann er nach Einantwortung auch nicht mehr mit der Erbschaftsklage gegen den Erben vorgehen, es sei denn, er beruft sich auf einen **neuen Erbrechtstitel**.²³ Andererseits kann jemand, der sich aus welchem Grund auch immer nicht am Verfahren über das Erbrecht beteiligt hat, nach Einantwortung die Erbschaftsklage gegen den eingantworteten Erben einbringen, wenn er ein besseres Erbrecht behauptet. 13

G. Weitere Anwendungen des Verfahrens

Das Verfahren über widerstreitende Erbantrittserklärungen ist zutreffenderweise auf gleichgelagerte Interessen analog anzuwenden. So zB, wenn eine **Nacherbeneinsetzung strittig** ist.²⁴ Streitigkeiten zwischen Legataren und Erben, zwischen den Erben über die Erbteilung sowie Pflichtteilsstreitigkeiten sind jedoch im streitigen Verfahren auszutragen. 14

H. Kostenersatz

Im Verfahren über widerstreitende Erbantrittserklärungen ist gem § 185 auch ein **Kostenersatz** der unterliegenden Partei vorgesehen. Die Höhe des Kostenersatzes richtet sich nach § 78. Demgemäß hat das Gericht ohne weitere Erhebung unter Würdigung aller Umstände auszusprechen, inwieweit ein Kostenersatz auferlegt wird. 15

Obermaier vertritt die Ansicht, dass auch die Verhandlung vor dem Gerichtskommissär bereits dem Kostenersatzprinzip unterliege.²⁵ Dem ist mE nicht zuzustimmen. Neben dem Wortlaut des § 185 iVm 161 spricht gegen die genannte Ansicht insb, dass dem Einigungsversuch beim Gerichtskommissär kein grundsätzlich kontradiktorischer Inhalt unterstellt werden kann. In aller Regel erscheinen die Parteien unvertreten und meistens geht es bei diesem Versuch um die Klärung von Sach- und Rechtsfragen oder schlichten Irrtümern. Hier von einem „strittigen Verfahren mit Kostenersatz“ zu sprechen, erscheint unangemessen. Auch die systematische Interpretation kommt zu diesem Ergebnis: Das Verfahren über das Erbrecht ist in den §§ 161–163 geregelt. Nur für dieses werden gem § 185 Vertretungskosten ersetzt.²⁶

Verfehlt erscheint daher auch die Meinung, dass bereits bei Abgabe einer Erbantrittserklärung im Hinblick auf den Kostenersatz eine **Bewertung des Verfahrenswertes** vorzunehmen sei bzw bereits bei der Tagsatzung zur gütlichen Einigung gem § 160 Anwaltpflicht herrsche.²⁷ Ergeht in der Verlassen- 16

23 *Höllwerth in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 161 Rz 33.

24 *Ferrari in Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht 467.

25 *Obermaier*, Kostenhandbuch² 368; *Obermaier*, NZ 2016, 161.

26 In diesem Sinne auch *Fucik/Mondel*, Verlassenschaftsverfahren² Rz 322 f; *Metzler*, Wann beginnt das Verfahren über das Erbrecht? NZ 2016, 330; aA *Schilchegger/Kieber*, Österreichisches Verlassenschaftsverfahren² 165.

27 *Obermaier*, NZ 2016, 161.

schaftsabhandlung eine Entscheidung des Gerichts über widersprechende Erbantrittserklärungen, so erhöht sich die gerichtliche Pauschalgebühr gem TP 8 Anm 2a GGG auf 0,6 % des reinen Verlassenschaftsvermögens.

II. Verfahrensfortführung während des Erbrechtsstreits

- 17 Auch während des Verfahrens über das Erbrecht sind gem Abs 2 all jene Abhandlungsmaßnahmen weiterzuführen, die von der Feststellung des Erbrechts unabhängig sind (beispielsweise die Inventarisierung der Verlassenschaft, die Entscheidung über einen vorliegenden Absonderungsantrag oder Ähnliches).
- 18 Streitigkeiten zwischen Pflichtteilsberechtigten, Gläubigern, Legataren und Erben sind nach wie vor im streitigen Zivilprozess auszutragen.²⁸
- 19 Kommt es zu einer Unterbrechung des Verfahrens über widerstreitende Erbantrittserklärungen, einem Ruhen oder Innehalten, so hat das Gericht den Gerichtskommissär zu verständigen.²⁹

§ 162. Im Verfahren über das Erbrecht ist mündlich zu verhandeln. Die Parteien können sich nur durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen; übersteigt der Wert der Aktiven der Verlassenschaft voraussichtlich 5 000 Euro, so müssen sie sich durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen. Stellt sich im Verfahren heraus, dass der Wert der Aktiven diesen Betrag übersteigt, so hat das Gericht dies den Parteien bekannt zu geben und ihnen zur Bevollmächtigung eines Vertreters eine Frist zu setzen.

[idF BGBl I 2009/52]

Literatur

Gitschthaler, Kostenersatzpflicht im neuen „Erbrechtsstreit“ (I), EF-Z 2009/149; *Gitschthaler*, Kostenersatzpflicht im neuen „Erbrechtsstreit“ (II), EF-Z 2009/150; *Gitschthaler*, Neuerlich: Kostenersatzpflicht im neuen „Erbrechtsstreit“, EF-Z 2010/57; *Höllwerth*, Der Gerichtskommissär im Verfahren über das Erbrecht, NZ 2014/17; *Metzler*, Die Anerkennung des Erbrechts, ÖJZ 2006, 522; *Metzler*, Wann beginnt das Verfahren über das Erbrecht?, NZ 2016, 330; *Obermaier*, Zu den Anleitungspflichten des Notars im Kostenpunkt des Erbrechtsstreites, NZ 2016/54; *Reinisch*, Verfahrensbewertung im Erbrechtsstreit, AnwBl 2016, 510; *Tschugguel*, Zur Anerkennung im Erbrecht, EF-Z 2015, 71; *Volgger*, Die Tücken einer Erbausschlagung, EF-Z 2010/19.

Übersicht

I. Mündliche Verhandlung.....	1, 2
II. Vertretungspflicht	3–6

28 9 Ob 66/09k = iFamZ 2011/47, 35 = NZ 2011/20, 84; 1 Ob 213/08t = EFSlg 122.428.

29 Siehe § 163.