

I. Überblick

Das Erbrecht ist die Summe jener Normen, die bestimmen, wer Erbe nach einer verstorbenen Person wird. Diese Normen werden unterteilt in das **materielle Erbrecht**, das regelt, welche Personen (zu welchen Teilen) Erben werden und welche Rechtsfolgen die Erbschaft hat, und das **formelle Erbrecht**, das das Verfahren zum Erbschaftserwerb regelt. Das materielle Erbrecht ist überwiegend im ABGB¹ geregelt, das formelle Erbrecht überwiegend im AußStrG², wobei es hier aufgrund der engen Verzahnung teilweise Überschneidungen gibt.

Das dem Einantwortungsprinzip folgende Verlassenschaftsverfahren hat in Österreich eine lange Tradition. Im Unterschied zu anderen Rechtsordnungen³ fällt die Verlassenschaft nach österreichischem Verfahrensrecht den Erben nicht unmittelbar mit dem Tod des Verstorbenen zu.⁴ Vielmehr werden in einem gerichtlichen Verfahren die richtigen Erben ermittelt und auch sonst zahlreiche Schritte gesetzt, die dem Schutz der Verlassenschaft, der Sicherung der Rechte der potenziellen Erben, insgesamt dem Rechtsfrieden und der Rechtssicherheit dienen. Demgemäß ist in § 797 ABGB⁵ normiert, dass niemand eine Erbschaft eigenmächtig in Besitz nehmen darf.

Erst durch einen gerichtlichen Beschluss wird der Erbe **Gesamtrechtsnachfolger** nach dem Verstorbenen, das heißt, alle vererblichen Rechte und Pflichten des Verstorbenen gehen **uno actu** auf den oder die Erben über.⁶ Diesen Akt, mit dem der Erbe als Gesamtrechtsnachfolger in alle vererblichen Rechte und Pflichten des Verstorbenen eintritt, nennt man den **Einantwortungsbeschluss**. Zuständig für die Erlassung des Einantwortungsbeschlusses ist das Verlassenschaftsgericht.

Als subjektives Recht bedeutet das Erbrecht gemäß § 532 ABGB ein **absolutes, gegen jedermann durchsetzbares Recht**, eine Verlassenschaft ganz oder zu bestimmten Teilen zu erwerben.

Das materielle Erbrecht richtet sich gemäß § 533 ABGB danach, ob es einen **Erbvertrag** oder ein **Testament** gibt oder ob die **gesetzliche Erbfolge** eintritt. Grund-

1 JGS Nr 946/1811 idGF.

2 Aber auch im ABGB, insbesondere den §§ 797 ff.

3 Siehe für die verschiedenen europäischen Erbrechtssysteme *Süß* (Hrsg), Erbrecht in Europa³.

4 Verstorbener wird jene Person genannt, die verstorben ist und deren Verlassenschaft Gegenstand des Abhandlungsverfahrens ist.

5 Alle §-Angaben des ABGB beziehen sich auf dieses idF ErbRÄG 2015.

6 § 547 ABGB.

sätzlich herrscht in Österreich **Testierfreiheit**, das heißt, jede Person kann ihr Vermögen nach freiem Gutdünken Personen ihrer Wahl hinterlassen.

Diese Testierfreiheit ist eingeschränkt durch das Pflichtteilsrecht. Die **Pflichtteilsberechtigten** haben einen zwingenden Anspruch auf Erhalt eines gewissen Teiles des Wertes der Verlassenschaft, der ihnen nur unter besonderen Umständen entzogen werden kann (= Enterbung). Der Pflichtteilsanspruch ist – soweit dem Pflichtteilsberechtigten nicht Sachen vermacht wurden, die den Pflichtteil wertmäßig decken – ein Geldanspruch,⁷ der Pflichtteilsberechtigte kann also (wenn nicht im Testament anderes angeordnet ist) nur Geld fordern, nicht aber bestimmte Verlassenschaftsgegenstände.

Neben den Erben kann es auch Einzelrechtsnachfolger nach dem Verstorbenen geben, denen nur bestimmte Sachen aus der Verlassenschaft vermacht wurden, sogenannte Vermächtnisnehmer (früher Legatäre genannt).

Das Verlassenschaftsverfahren ist ein Verfahren außer Streitsachen, wird jedoch – anders als die meisten Außerstreitverfahren – grundsätzlich **von Amts wegen eingeleitet** (§ 143 AußStrG). Es gliedert sich in drei Abschnitte:

- **das Vorverfahren**
- **die eigentliche Verlassenschaftsabhandlung und**
- **das Verfahren außerhalb der Abhandlung**

Das Vorverfahren besteht insbesondere aus der **Todesfallaufnahme**, bei der die wichtigsten Informationen betreffend den Verstorbenen, dessen Verwandte und dessen Vermögen durch den Gerichtskommissär aufgenommen werden. Weiters kann es im Vorverfahren zu **Sicherungsmaßnahmen** durch den Gerichtskommissär kommen, wie beispielsweise Versiegelungen, oder zur Inverwahrnahme von Verlassenschaftsgegenständen. Auch die **Übernahme letztwilliger Verfügungen** durch den Gerichtskommissär gehört zum Vorverfahren.

Die eigentliche Verlassenschaftsabhandlung besteht insbesondere aus der **Abgabe der Erbantrittserklärung** bzw der Erbausschlagung, der **Inventarisierung** der Verlassenschaft (bzw der Abgabe einer Vermögenserklärung), der **Gläubigeraufforderung**, der **Entscheidung über das Erbrecht bei widerstreitenden Erbantrittserklärungen**, der Benützung, Vertretung und Verwaltung der Verlassenschaft und der Erbringung der Einantwortungsnachweise.

Das Verlassenschaftsverfahren wird durch den **Einantwortungsbeschluss** beendet. Im **Verfahren außerhalb der Abhandlung** sind insbesondere die Ergebnisse der Verlassenschaftsabhandlung im Grundbuch und im Firmenbuch durchzuführen. Kommt nach der Einantwortung neues Vermögen des Verstorbenen her-

⁷ Scheuba in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Vermögensnachfolge § 9 Rz 8 mwN.

vor, so sind das Inventar bzw die Vermögenserklärung entsprechend zu ergänzen und unter Umständen weitere Handlungen zu setzen.

Ist eine Verlassenschaft erblos, so hat der Bund gemäß § 750 ABGB das Aneignungsrecht, dieses Recht wurde früher als das „Heimfallsrecht“ des Staates bezeichnet. Die Republik Österreich wird dabei durch die Finanzprokurator vertreten.

Neben der Verlassenschaftsabhandlung kann es auch zu verkürzten Verfahren kommen, wenn keine Verlassenschaft vorhanden oder dieselbe überschuldet ist. So kann es zum Unterbleiben der Abhandlung (§ 153 AußStrG) kommen oder zu einer Überlassung an Zahlungs statt (§ 154 AußStrG). Auch ein Verlassenschaftsinsolvenzverfahren ist möglich.

II. Begriffe

Zunächst sollen kurz die wichtigsten Begriffe dargestellt werden:

A. Der Verstorbene

Als Verstorbener⁸ wird jene natürliche Person bezeichnet, die verstorben ist und deren Verlassenschaft Gegenstand des Abhandlungsverfahrens ist.

Juristische Personen kommen als Verstorbene nicht in Betracht, da ihre rechtliche Existenz zwar enden kann, sie dabei aber nicht im juristischen Sinne sterben.

B. Verlassenschaft

Unter der Verlassenschaft (vor dem ErbRÄG 2015 auch „Nachlass“ genannt) werden gemäß § 531 ABGB alle Rechte und Verbindlichkeiten des Verstorbenen verstanden, soweit sie nicht höchstpersönlicher Natur sind.

Zu den vererblichen Rechten und Pflichten gehören alle vermögenswerten Rechte und Pflichten wie Eigentum (zB an Immobilien, Autos, Schmuck), Bankguthaben, Schadenersatzansprüche, vertragliche Ansprüche, Immaterialgüterrechte, vertragliche Pflichten, Geldschulden usw.

Nicht vererblich sind öffentlich-rechtliche Rechte wie zB der Name, das Wahlrecht oder die Lenkerberechtigung.⁹

Vererblich sind jedoch: Steuerguthaben und Steuerschulden (§ 19 BAO) sowie geldmäßige Ansprüche aus der Sozialversicherung, soweit keine Sonderrechtsnachfolge eintritt (siehe zB § 107a ASVG). Geldstrafen gehen gemäß § 548 ABGB nicht auf den Erben über.

Aus der Sicht des Erben wird die Verlassenschaft auch „die Erbschaft“ genannt.

8 Zur leichteren Lesbarkeit wird bei sämtlichen personenbezogenen Bezeichnungen auf eine geschlechterneutrale Formulierung verzichtet.

9 Siehe im Einzelnen zu den in die Verlassenschaft fallenden Rechten und Pflichten *Weiß/Ferrari* in *Ferrari/Likar-Peer*, *Erbrecht*, 5 ff; *Thiele*, *Der digitale Nachlass – Erbrechtliches zum Internet und seinen Diensten*, jus 2010/79.

C. Ruhende Verlassenschaft

Während der Dauer des Verlassenschaftsverfahrens, also vom Tod des Verstorbenen bis zur Einantwortung, spricht man vom Vermögen, den Rechten und den Pflichten des Verstorbenen als von der „**ruhenden Verlassenschaft**“ (früher: „ruhender Nachlass“). Gemäß § 546 ABGB ist die ruhende Verlassenschaft eine eigene juristische Person,¹⁰ vom Verstorbenen und vom späteren Erben verschieden. Die Verlassenschaft tritt unmittelbar mit dem Tod des Verstorbenen in dessen Rechtspositionen ein. Mit der Einantwortung folgt der Erbe der Rechtsposition der Verlassenschaft gemäß § 547 ABGB (im Wege der Gesamtrechtsnachfolge) nach.

Während der Dauer des Verlassenschaftsverfahrens kann die Verlassenschaft sowohl aktiv als auch **passiv Partei von Verfahren sein. So können beispielsweise Vermächtnisnehmer ihre Ansprüche** gegen die Verlassenschaft geltend machen; andererseits kann auch die Verlassenschaft Rechte des Verstorbenen gerichtlich geltend machen.

D. Erbe

Erbe ist, wer einen Anspruch auf die ganze Verlassenschaft oder eine Quote derselben als Gesamtrechtsnachfolger hat. Der Erbe hat gemäß § 532 ABGB ein absolutes, gegen jedermann durchsetzbares Recht. Er wird Gesamtrechtsnachfolger nach dem Verstorbenen, das heißt, alle vererblichen Rechte und Pflichten des Verstorbenen gehen mit der Einantwortung uno actu auf den oder die Erben über.

Gibt es nur einen Erben nach dem Verstorbenen, so heißt dieser Alleinerbe; gibt es in einer Verlassenschaft mehrere Erben, nennt man diese **Miterben**. Mehrere Erben bilden in Ansehung ihres gemeinschaftlichen Erbrechts eine Erbgemeinschaft. Der Anteil eines dieser Miterben richtet sich nach seiner Erbquote. Mit der Einantwortung endet die Gemeinschaft am Erbrecht und geht unmittelbar in eine Gemeinschaft an den Verlassenschaftsgegenständen über, sofern nicht mittels Erbteilung eine Zuordnung der Sachen in das Alleineigentum der einzelnen Miterben vorgenommen wurde.

Erbe kann man gemäß § 533 ABGB auf Grund eines **Erbvertrages**, eines **Testamentes** oder auf Grund des **Gesetzes** werden. Dies sind die drei möglichen Titel für den Erbschaftserwerb. Die angeführten Erbrechtstitel können auch nebeneinander bestehen, sodass einem Erben ein bestimmter Teil der Verlassenschaft aus dem letzten Willen, einem anderen ein Teil aus dem Erbvertrag und einem dritten ein Teil aus dem Gesetz gebühren können.¹¹

¹⁰ *Eccher*, Erbrecht⁶, Rz 1/5.

¹¹ § 534 ABGB.

E. Pflichtteilsberechtigte

Gewisse nahe Verwandte sowie Ehegatten und eingetragene Partner haben ein früher als „Noterbrecht“ bezeichnetes zwingendes Recht auf eine Quote vom Wert der Verlassenschaft, sie sind also die „**Pflichtteilsberechtigten**“. Der Begriff des „Noterben“ wurde mit dem ErbRÄG 2015 abgeschafft.

Zu den **Pflichtteilsberechtigten** zählen die Nachkommen (Kinder, aber auch Kindeskindern, wenn die Kinder bereits vorverstorben sind), der Ehegatte und der eingetragene Partner.¹² Die Eltern haben seit 1.1.2017 kein Pflichtteilsrecht mehr.

Die Kinder und der Ehegatte bzw eingetragene Partner des Verstorbenen erhalten als Pflichtteil die Hälfte ihres gesetzlichen Erbteiles.¹³

Hat der Verstorbene dem Pflichtteilsberechtigten nicht bestimmte Gegenstände zur Abdeckung des Pflichtteiles hinterlassen, so ist der Pflichtteilsanspruch stets nur ein Geldanspruch gegen die Verlassenschaft bzw die Erben. Der Pflichtteilsberechtigte, der auf den Pflichtteil gesetzt wurde, wird nicht Gesamtrechtsnachfolger nach dem Verstorbenen, er kann auch nicht bestimmte Gegenstände von den Erben fordern, sondern hat nur einen Geldanspruch auf die entsprechende Quote der reinen Verlassenschaft.

Pflichtteilsberechtigt ist nur, wer im konkreten Fall auch tatsächlich erbberechtigt gewesen wäre, hätte es kein Testament gegeben.

Die Pflichtteilsberechtigten sind dem Verlassenschaftsverfahren **zwingend beizuziehen**. Ihnen ist gemäß § 152 Abs 2 AußStrG eine Kopie der letztwilligen Verfügungen zuzustellen. Weiters haben sie gemäß § 804 ABGB das Recht, die Inventarisierung der Verlassenschaft zu verlangen und dabei ihre Erinnerungen zu machen. Sie sind daher vom Gerichtskommissär zu den Schätzungen zu laden. Dieses Recht auf Inventarisierung kann ihnen nicht durch den letzten Willen des Verstorbenen entzogen werden,¹⁴ sie können aber selbst darauf verzichten.¹⁵

Wird der Pflichtteilsanspruch nicht schon im Rahmen des Verlassenschaftsverfahrens oder sonst einvernehmlich befriedigt, ist er mit der Pflichtteilsklage geltend zu machen. Bei minderjährigen Pflichtteilsberechtigten müssen gemäß § 176 Abs 2 AußStrG deren Pflichtteilsansprüche vor der Einantwortung **erfüllt oder sichergestellt werden**.

12 § 757 ABGB.

13 § 759 ABGB.

14 SZ 20/91.

15 OGH 2 Ob 229/09 d = iFamZ 2010/243, 337 = NZ 2012/91, S 263 = SZ 2010/69.

F. Legatar (Vermächtnisnehmer)

Der **letztwillig Verfügende** kann nicht nur Erben bestimmen, die Gesamtrechtsnachfolger nach ihm werden, sondern auch einzelne Gegenstände (zB ein Ölbild) vermachen.¹⁶ Eine solche Verfügung nennt man ein Vermächtnis oder **Legat**. Der daraus Begünstigte ist der **Vermächtnisnehmer** oder **Legatar**. Der **Vermächtnisnehmer** ist – im Gegensatz zum Erben – ein Einzelrechtsnachfolger nach dem Verstorbenen.

Der Vermächtnisnehmer hat keinen absoluten, sondern nur einen obligatorischen Anspruch gegen die Verlassenschaft und später gegen den eingetragenen Erben auf Ausfolgung der vermachten Sache.

Für den Übergang des Eigentums an der vermachten Sache sind spezielle Übertragungsakte erforderlich, da der Vermächtnisnehmer – anders als der Erbe – nicht durch die Einantwortung erwirbt.

G. Testamentsvollstrecker

Gemäß § 816 ABGB kann der Verstorbene letztwillig einen Testamentsvollstrecker ernennen. Dieser entscheidet selbst, ob er das Amt annehmen möchte oder nicht. Nimmt er es an, so hat er gemäß § 816 ABGB „*die Anordnungen des Verstorbenen als ein Machthaber entweder selbst zu vollziehen oder deren Einhaltung zu überwachen und den säumigen Erben zur Vollziehung derselben anzuhalten.*“

Die gesetzliche Regelung des Testamentsvollstreckers ist – anders als in Deutschland¹⁷ – im österreichischen Erbrecht leider völlig missglückt und wird zusätzlich durch die teilweise widersprüchliche Rechtsprechung des OGH untergraben. Weder die gesetzlichen Befugnisse des Testamentsvollstreckers noch seine verfahrensrechtliche Stellung ist auch nur ansatzweise sinnvoll geregelt. Zahlreiche offene Streitfragen führen dazu, dass die Bestellung eines Testamentsvollstreckers meist mehr Fragen aufwirft als sie löst.

De lege lata sind zwei Tätigkeitsbereiche des Testamentsvollstreckers möglich, die **Verwaltung der Verlassenschaft** oder von Teilen davon, soweit der Verstorbene dies angeordnet hat, oder die **bloße Überwachung der Einhaltung von** im letzten Willen normierten **Auflagen**.¹⁸

Die Einsetzung zum Testamentsvollstrecker im letzten Willen mit dem Auftrag, die **Verlassenschaft zu verwalten**, bewirkt jedoch keine Vertretungsbefugnis des Tes-

16 Siehe §§ 647 ff ABGB.

17 Siehe zum dt Testamentsvollstrecker §§ 2197 ff BGB.

18 Einen „Abhandlungspfleger“, der vom Verstorbenen letztwillig eingesetzt werden kann und das Verlassenschaftsverfahren für die Erben durchführt, kennt das österreichische Recht nicht. Diese Kompetenz kommt in Österreich dem Gericht bzw dem Gerichtskommissär zu; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴, Rz 2155; OGH 1 Ob 374/31 = SZ 13/112.

tamentsvollstreckers für die Verlassenschaft;¹⁹ dazu müsste dieser vom Gericht zum Verlassenschaftskurator bestellt werden.²⁰ Es obliegt ausschließlich dem Gericht, einen Verlassenschaftskurator zu bestellen und dessen Wirkungsbereich zu bestimmen. Gemäß § 156 Abs 2 AußStrG hat das Gericht jedoch die Person, die im letzten Willen als solcher genannt ist, tunlichst zum Verlassenschaftskurator zu bestellen. Erscheint die Person jedoch nicht geeignet, ist sie nicht zu bestellen.²¹

Die ältere Judikatur ging davon aus, dass der letztwillig eingesetzte Testamentsvollstrecker von den Erben nicht abgesetzt werden könne. Nach jüngerer Rechtsprechung können die Erben gemeinsam einen bestellten Testamentsvollstrecker von seinen Verwaltungsaufgaben entbinden (und damit die Absichten des Verstorbenen konterkarieren).²² Von seiner Stellung als Testamentsvollstrecker an sich kann ihn nur das Gericht von Amts wegen oder über Antrag entheben.²³

Die zweite Möglichkeit ist jene des bloß **überwachenden Testamentsvollstreckers**. Seine Ernennung erfolgt durch den Verstorbenen allein, es bedarf keiner gerichtlichen Bestellung. Soweit ihm diese Überwachungsaufgabe zukommt, werden ihm Parteistellung und Rekursrecht²⁴ zuerkannt, ebenso das Recht, die Einhaltung der Auflagen im Prozessweg geltend zu machen.²⁵ Die (bloße) Überwachungsfunktion des Testamentsvollstreckers ist (anders als die Verwaltungsfunktion) durch die Erben nicht widerrufbar, da sie ja gerade diese überwachen soll und daher eine von den Erben unabhängige Stellung erfordert.²⁶

Die Stellung des Testamentsvollstreckers endet entweder mit Erledigung seiner Aufgaben, seinem Tod, seiner Enthebung, dem Widerruf seiner Verwaltungsstellung durch die Erben oder der Kündigung durch den Testamentsvollstrecker.²⁷

In den Bestimmungen über das Verlassenschaftsverfahren hat der Testamentsvollstrecker praktisch keine Berücksichtigung gefunden. Er ist lediglich anlässlich einer Gläubigeraufforderung gemäß § 174 AußStrG zur allenfalls stattfindenden Tagsatzung zu laden.

Eine Neuregelung der Funktion des Testamentsvollstreckers – zB in Anlehnung an das deutsche Recht – wäre äußerst wünschenswert, da in der Praxis diesbezüg-

19 So auch *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴, Rz 2154; OGH 3 Ob 227/56 = EvBl 1957/73; aA *Mondel*, Kuratoren², Rz 7/58.

20 Fraglich bleibt, wie dies mit einer auch für den Todesfall weiter geltenden Vollmacht für den Testamentsvollstrecker in Einklang zu bringen ist.

21 OGH SZ 70/40 = NZ 1998, 79.

22 OGH 1 Ob 233/14 t = EF-Z 2015/136, S 225 = iFamZ 2015/116 = NZ 2015/85, S 266 (*Hofmann, Welser*); *Till*, Freie Widerrufbarkeit der Nachlassverwaltung durch die Erben?, iFamZ 2015, 132.

23 OGH 2 Ob 1/08y = iFamZ 2008/109, S 217 = NZ 2008/70, S 270 = SZ 2008/25; OGH 1 Ob 3/13 t = EF-Z 2013/149, S 227 = NZ 2013/126, 308 = iFamZ 2013/196, S 256.

24 SZ 40/62 = EvBl 1968/105.

25 *Eccher* in *Schwimann*, ABGB⁴, § 816 Rz 5.

26 *Fritsch* in *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht, 243.

27 *Fritsch* in *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht, 246 f.

lich ein großes Bedürfnis besteht. Leider hat der Gesetzgeber es versäumt, dies anlässlich des ErbRÄG 2015 zu tun.

H. Gerichtskommissär

Der Gerichtskommissär (GK) ist ein öffentlicher Notar, dem die Abhandlung einer konkreten Verlassenschaft obliegt. Das Verlassenschaftsverfahren, das mitunter einen erheblichen Verfahrensaufwand darstellt und oft auch formfreier, rascher und pragmatischer Vorgangsweisen bedarf, wurde vom Gesetzgeber weitestgehend zum Gerichtskommissär ausgelagert, um die Verlassenschaftsgerichte zu entlasten. Das Gerichtskommissariat kann als modernes Beispiel für staatliches Outsourcing betrachtet werden. Der Gerichtskommissär kann das Verfahren – unter Rücksichtnahme auf die verschiedenartigen Rechte der Beteiligten – flexibel und bürgernah führen.

Im Rahmen der EUerbVVO ist der GK auch zur Abhandlung internationaler Verlassenschaften berufen, soweit sich aus der EUerbVVO die Zuständigkeit Österreichs ergibt.

Der öffentliche Notar wird dabei als **Organ des Gerichts** und damit iSd § 1 Abs 3 NO in Ausübung **hoheitlicher Gewalt** tätig. Bei seiner Tätigkeit als Gerichtskommissär unterliegt der Notar den Vorschriften des AHG und OrgHG.

Die für das Gericht geltenden Vorschriften gelten gemäß § 9 Abs 5 GKG sinngemäß auch für den Gerichtskommissär; von den Befugnissen des GK ausgenommen sind jedoch richterliche Entscheidungen, Zwangsmaßnahmen, die Protokollierung gerichtlicher Vergleiche und Rechtshilfeersuchen an das Ausland.

Für die Tätigkeit des öffentlichen Notars als Gerichtskommissär gibt es ein eigenes Gesetz, das Gerichtskommissärsgesetz (GKG), für seinen Tarifanspruch ebenfalls, das Gerichtskommissionstarifgesetz (GKTG).

I. Schriftliche Abhandlungspflege

Unter schriftlicher Abhandlungspflege versteht man, dass die Parteien entweder selbst schriftlich die notwendigen Erklärungen und Anträge einbringen oder ein Erbenmachthaber für die Parteien die notwendigen Erklärungen im schriftlichen Wege an den Gerichtskommissär richtet und die zweckentsprechenden Anträge stellt. Der Gerichtskommissär hat die Parteien bei seiner ersten Amtshandlung gemäß § 3 GKG auf die Möglichkeit der schriftlichen Abhandlungspflege aufmerksam zu machen. Eine schriftliche Abhandlungspflege ist nur möglich, wenn **alle Parteien** damit einverstanden sind.²⁸ Bei diesbezüglicher Uneinigkeit unter den Miterben kommt sie nicht in Betracht.

28 OGH 2 Ob 53/09 x = iFamZ 2010/34 S 41 = EvBl 2010/23 S 174 = NZ 2010/22 S 80; LGZ Wien 44 R 244/09 x = EFSlg 125.972; OGH 1 Ob 571/93 = SZ 66/78.

Die Abhandlung kann nur entweder durch die Erbengemeinschaft oder durch den Gerichtskommissär geführt werden.²⁹ Stimmt auch nur eine Partei nicht zu, ist die schriftliche Abhandlungspflege unzulässig. Parteien sind in diesem Zusammenhang die gesetzlichen Erben bzw die letztwillig eingesetzten Erben. Die Pflichtteilsberechtigten müssen der schriftlichen Abhandlungspflege nicht zustimmen.³⁰

Einen Rechtsanwalt oder Notar, der sämtliche Parteien im Verlassenschaftsverfahren vertritt, nennt die Praxis **Erbenmachthaber**. Vertritt er hingegen nur eine Partei des Verfahrens, wird er als **Erbenvertreter** bezeichnet.

Der Erbenmachthaber hat dem Gericht die Bevollmächtigung durch sämtliche Erben nachzuweisen. Wird trotz Verbesserungsauftrags das Formgebrechen des mangelhaften Nachweises der Bevollmächtigung des Erbenmachthabers nicht beseitigt, ist der Antrag auf Bewilligung der schriftlichen Abhandlungspflege abzuweisen.³¹ Den Erben ist es aber unbenommen, auch nach Übermittlung des Abhandlungsaktes an den Gerichtskommissär neuerlich einen formgerechten Antrag auf Durchführung der schriftlichen Abhandlungspflege einzubringen.³²

In Verlassenschaftsverfahren können also die Parteien jederzeit selbst die erforderlichen Erklärungen, Anträge oder Nachweise schriftlich verfassen und unmittelbar dem Gericht vorlegen. Sie können sich dazu aber auch eines **Bevollmächtigten** bedienen. Übersteigt der Wert der Aktiven der Verlassenschaft voraussichtlich 5.000 Euro, so können sie gemäß § 3 Abs 1 GKG nur einen **Rechtsanwalt** oder **Notar** bevollmächtigen. Diese Person nennt man **Erbenmachthaber**. Ab einem Wert von mehr als 5.000 Euro kann man sich im Verlassenschaftsverfahren also **nur** durch einen Rechtsanwalt oder Notar vertreten lassen.

Schreitet ein Vertreter ein, der weder Rechtsanwalt noch Notar ist, und stellt sich im Verfahren heraus, dass der Wert der Aktiven diesen Betrag von 5.000 Euro übersteigt, so hat das Gericht dies den Parteien und deren Vertretern bekannt zu geben. Mit Zustellung dieser Bekanntgabe an den Vertreter erlischt seine Vertretungsmacht für das weitere Verfahren. Auf diese Rechtsfolge ist in der Bekanntgabe hinzuweisen. Die Parteien müssen dann entweder einen Rechtsanwalt oder Notar als Bevollmächtigten bekannt geben oder sie verzichten auf einen Bevollmächtigten und geben die notwendigen Erklärungen direkt beim Gerichtskommissär zu Protokoll.

29 OGH 6 Ob 161/99 s = NZ 2000, 219 = EFSlg 91.700.

30 OGH 6 Ob 161/99 s = NZ 2000, 219 = EFSlg 91.700; siehe auch OGH 4 Ob 202/02 p.

31 In der Praxis erfolgt die „Stattgebung“ der schriftlichen Abhandlungspflege nicht ausdrücklich, sondern bloß konkludent dadurch, dass das Gericht die Bevollmächtigung eines Parteienvertreters durch alle Parteien zur Kenntnis nimmt.

32 OGH 9 Ob 128/99 k = EFSlg 91.698.