

Jene Vorgänge, die von der Durchführung einer Verlassenschaftsabhandlung ieS unabhängig sind, weil sie va der Sichtung und Sicherung des Verlassenschaftsvermögens und der Auffindung einer letztwilligen Erklärung dienen, sind als „Vorverfahren“ systematisch vor dem § 153 AußStrG gereiht; §§ 156ff AußStrG dagegen haben nur dann zur Anwendung zu gelangen, wenn eine Abhandlung stattfindet. 4

B. Rechtsquellen

Ausführliche Verfahrensvorschriften zum Verlassenschaftsverfahren sind ein Austriacum, das bereits das alte Außerstreitpatent 1854 so sehr kennzeichnete, dass es den Beinamen „Verlassenschaftspatent“ trug. Entschlackt, aber in der Sache kaum weniger weitreichend, findet sich auch im neuen AußStrG² ein eigenes Hauptstück zum Verlassenschaftsverfahren (§§ 143–185 AußStrG). Soweit darin nichts Abweichendes bestimmt ist, sind auch im Verlassenschaftsverfahren die §§ 1 bis 80 AußStrG („Allgemeine Anordnungen“) anzuwenden. Ganz verständlich sind die Regeln erst im Zusammenspiel mit den Vorschriften über den Erbschaftserwerb, die sich in den §§ 797–824 ABGB³ finden. Die Zuständigkeit regeln (für Todesfälle nach dem 16. 8. 2015: die EuErbVO und) die §§ 105–107 JN,⁴ die Aufgaben des Gerichtskommissärs sind im GKG⁵ festgehalten. An Nebengesetzen sind – für die Bewertung – das LBG⁶ und – für bürgerliche Erbfolge – das AnerbenG,⁷ KtnErbhöfeG⁸ und das TirHöfeG⁹ zu nennen. 5

Aber auch gebührenrechtliche Bestimmungen sind nicht zu vergessen (GGG,¹⁰ GKTG,¹¹ GrEStG¹²). 6

Verlassenschafts- und testamentsbezogene Standespflichten der Notare sind in der NO¹³ zu finden. 7

2 BGBl I 2003/111 idF ErbRÄG 2015, BGBl I 2015/87.
3 Für Todesfälle nach dem 31. 12. 2016 auch diese idF ErbRÄG 2015.
4 RGBl 1895/111 (für Todesfälle nach dem 16. 8. 2015 idF ErbRÄG 2015).
5 BGBl 1970/343 (für Todesfälle nach dem 31. 12. 2016 idF ErbRÄG 2015).
6 Liegenschaftsbewertungsgesetz BGBl 1992/287.
7 BGBl 1958/106 (für Todesfälle nach dem 31. 12. 2016 idF ErbRÄG 2015).
8 BGBl 1989/658 (für Todesfälle nach dem 31. 12. 2016 idF ErbRÄG 2015).
9 LGBl 1990/47 (für Todesfälle nach dem 31. 12. 2016 idF ErbRÄG 2015).
10 BGBl 1984/501 (für nach dem 17. 8. 2015 anhängig gewordene Verfahren idF ErbRÄG 2015).
11 BGBl 1971/108 idF ErbRÄG 2015.
12 BGBl 1987/309 idF BGBl I 2015/163. Aktuell dazu *Gruber*, Grunderwerbsteuer bei Erwerben von Todes wegen, iFamZ 2016, 182; *Lumper/Lumper-Wiesinger*, Grunderwerbsteuer neu – mit Fokus auf die Auswirkungen im Familienbereich, EFZ 2016/28, 66.
13 RGBl 1871/75 (nach dem 31. 12. 2016 idF ErbRÄG 2015).

C. Inkrafttreten

- 8 Für die besonderen Regeln des Verlassenschaftsverfahrens (einschließlich der Regelung des Streits um das Erbrecht) kommt es – um Zufälligkeiten bei der Verfahrenseinleitung bzw Verfahrensführung keine Erheblichkeit zukommen zu lassen – ausschließlich auf ein Datum an, das von der konkreten Setzung eines Verfahrensschrittes im Einzelfall nicht abhängig ist. § 205 AußStrG drückt dies so aus, dass neues Recht anzuwenden ist, wenn das Verlassenschaftsverfahren erstmals nach dem 31. 12. 2004 bei Gericht oder beim Gerichtskommissär anhängig geworden ist, sofern sie nicht schon früher eingeleitet hätten werden können. Als Faustregel kann man vom Todestag des Verstorbenen nach dem 31. 12. 2004 ausgehen. Wollte man es aber schlechthin immer auf das Datum des Todesfalls ankommen lassen, so träten in einigen Fällen kuriose Ergebnisse auf: Wird nämlich eine Person für tot erklärt (§§ 13 ff TEG) oder ihr Tod in einem Verfahren nach § 21 TEG bewiesen, so wird das Verlassenschaftsverfahren erst geraume Zeit nach dem (im Beschluss zu nennenden) Todestag eingeleitet werden können. Verfahren, die erst viele Jahre nach Inkrafttreten des neuen AußStrG eingeleitet werden können (weil vorher kein urkundlicher Nachweis des Sterbefalls möglich war), sollen aber nicht nach dem alten Verfahrensrecht abgehandelt werden. Liegt der frühestmögliche Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung also nach dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen AußStrG, so soll auch dessen Verfahrensrecht uneingeschränkt anwendbar sein. Andernfalls gelten die bisher maßgeblichen besonderen Verfahrensregeln weiter und sind im Zusammenwirken mit den allgemeinen Bestimmungen des I. Hauptstücks anzuwenden.

Damit lässt sich die genauere Regel aufstellen, dass es auf den **Todestag** (vor 1. 1. 2005 altes, nach 31. 12. 2004 neues Recht) ankommt, **wenn nicht** wegen eines Verfahrens nach dem **TEG** eine Verfahrenseinleitung vor dem 1. 1. 2005 gar nicht möglich war (selbst wenn der später gerichtlich bestimmte Todestag noch vor diesem Datum gelegen ist).

- 9 Trotz der uneingeschränkten Formulierung betrifft die Übergangsbestimmung im Verlassenschaftsverfahren nur die §§ 143–185 AußStrG. Die gesonderten Übergangsbestimmungen zum I. Hauptstück (§ 204 AußStrG) bleiben davon unberührt. So sind etwa die Vorschriften über Rekurs und Revisionsrekurs auch in „Altverfahren“ anzuwenden, wenn nur die Entscheidung erster Instanz ein Datum nach dem 31. 12. 2004 trägt. Der OGH hat dies zu 1 Ob 202/06x ua¹⁴ geklärt.

14 RIS-Justiz RS0121471.

II. Materien

Das Verlassenschaftsverfahren war schon nach dem APat 1854 Ausfluss des im § 797 ABGB verankerten **Einantwortungsprinzips**, wonach niemand eine Erbschaft von selbst erwirbt, sondern erst die Verhandlung des Erbrechts vor Gericht und die Übergabe in den rechtlichen Besitz („Einantwortung“) das Eigentum an der Verlassenschaft vermittelt. **10**

Grundsätzlich wären drei Wege für den Erbschaftserwerb denkbar: **11**

- eine Gesamtrechtsnachfolge des Erben im Zeitpunkt des Todes des Verstorbenen;
- eine – gerichtliche oder außergerichtliche – Antrittshandlung;
- ein behördlicher Akt.¹⁵

Ausgangspunkt des AußStrG war das Beibehalten des Einantwortungsprinzips. Eine gänzliche Abkehr vom Einantwortungskonzept und damit eine Abschaffung des Verlassenschaftsverfahrens¹⁶ kam deshalb nicht in Betracht. Neben der Abschaffung des Verlassenschaftsverfahrens lässt sich auch über seine teilweise „Ausgliederung“ an die Notare als Gerichtskommissäre nachdenken. Soweit dem Notar als Gerichtskommissär Entscheidungsbefugnis über streitige privatrechtliche Ansprüche verliehen würde, setzte sich eine solche legislative Weichenstellung verfassungsrechtlichen Bedenken aus, weil die Möglichkeit, einem letztlich doch als Privatwirtschaftssubjekt handelnden öffentlichen Notar die Entscheidung über zivilgerichtliche Ansprüche zu übertragen, in der Verfassungsdogmatik höchst unterschiedliche Beurteilungen ausgelöst hat.¹⁷ Auch wenn die Standesvertretung der Richter (anders als jene der Rechtspfleger) dennoch im Gesetzgebungsprozess um das AußStrG eine solche Ausgliederung befürwortet hat,¹⁸ sieht das AußStrG dies nicht vor. Eine völlige Ausgliederung der Verlassenschaftsverfahren verbot sich jedenfalls schon deshalb, weil zumindest die bisher „Erbrechtsstreit“ genannte Entscheidung über das Erbrecht jedenfalls Richtersache bleiben muss. Der Vorschlag, das gesamte **12**

15 *Klicka/Oberhammer/Domej*, Außerstreitverfahren⁵ (2014) Rz 302.

16 In Diskussion von *Unger*, Die Verlassenschaftsabhandlung in Österreich. Ein Votum für dessen Aufhebung (1862), bis *Loewe* in *BMJ*, Das neue Außerstreitverfahren, Richterwoche 1987 Bd 42 (1989) 164.

17 *Walter/Kucsko-Stadlmayer*, Verfassungsrechtliche Grenzen notarieller Befugnisse, *ÖJZ* 1997, 281 einerseits; *Stelzer*, Verfassungsrechtliche Fragen der Übertragung richterlicher Entscheidungsbefugnisse auf Notare im Verlassenschaftsverfahren, *LBI XX* (1999) 57 andererseits.

18 *Schrott*, Zum neuen Außerstreitgesetz, insbesondere zum Verlassenschaftsverfahren, in *BMJ*, Das neue Außerstreitverfahren – Texte und Strukturen, Richterwoche 1997 Bd 88 (1997) 233; *Bramböck* in *BMJ*, Richterwoche 1997 Bd 88, 293.

II. Materien

Verlassenschaftsverfahren den Notaren zu übertragen, war einem Gesamtkonsens aller beteiligten Rechtsberufe nicht zugänglich.¹⁹ Freilich gibt das neue AußStrG den Gerichtskommissären bei der Abwicklung des Verlassenschaftsverfahrens mehr Spielraum, macht nicht jede Aktion des Gerichtskommissärs von einem Beschluss des Verlassenschaftsgerichts (Richter oder Rechtspfleger) abhängig und vereinfacht das Verfahren in mannigfacher Weise, sei es dadurch, dass Verfahrensschritte an sich entfallen können, sei es dadurch, dass sie dem Gerichtskommissär in seinen selbstständigen Wirkungsbereich übertragen werden, sei es schließlich dadurch, dass der nun doch schon nahezu 150 Jahre alte Gesetzestext den gesellschaftlich relevanten heutigen Bedürfnissen angepasst wurde. Als Grundgedanke lässt sich herausstreichen, dass alles, was nicht als Vorfrage für die Einantwortung zwingend geklärt werden muss, das Verlassenschaftsverfahren nicht unnötig belasten soll.

19 *Loewe* in *BMJ*, Richterwoche 1987 Bd 42, 163; *Bramböck* in *BMJ*, Richterwoche 1997 Bd 88, 294f.