

II. Grundlagen des österreichischen Verlassenschaftsverfahrens

A. Begriff und Wesen

Nach österreichischem Erbrechtsverständnis ist es selbst dem rechtmäßigen Erben untersagt, eine Erbschaft eigenmächtig in Besitz zu nehmen. Gem § 797 ABGB kann der Erbe den Nachlass erst durch die sog Einantwortung („Übergabe in den rechtlichen Besitz“) erwerben, wofür ein besonderes außerstreitiges Verfahren, das sog **Verlassenschaftsverfahren**, vorgesehen ist.⁴⁾ Der Erbschaftserwerb erfolgt daher weder durch eine Gesamtrechtsnachfolge im Todeszeitpunkt des Erblassers, noch durch eine (außer-)gerichtliche Antrittshandlung des Erben, sondern vielmehr aufgrund eines gerichtlichen Akts, durch welchen die Verlassenschaft dem oder den Erben „zugewiesen“ wird.⁵⁾ Bei diesem Einantwortungsprinzip handelt es sich um ein spezifisches *Austriacum*, das in der grenzüberschreitenden Praxis durchaus zu Problemen führen kann.⁶⁾ Mit dem Begriff „Verlassenschaftsverfahren“ im weiteren Sinne sind alle Verfahren gemeint, die sich mit der rechtlichen Abwicklung des Nachlasses befassen und in denen entschieden wird

- an wen die Erbschaft fällt,
- unter welchen Voraussetzungen ein solches Verfahren entfallen kann, und wann es durch bloße Sicherungsmaßnahmen (Ausfolgungsverfahren) ersetzt wird.⁷⁾

Es werden daher jene Verfahren, in welchen keine Einantwortung stattfindet, einerseits mangels ausreichend vorhandenem Vermögen (Unterbleiben

⁴⁾ In der Zeit zwischen dem Tod des Erblassers und der Einantwortung wird der Nachlass als eigenständiges Rechtssubjekt, nämlich als juristische Person, fingiert, der als Träger der nachlasszugehörigen Rechte und Pflichten nach außen hin partei- und prozessfähig ist; s *Eccher*, Bürgerliches Recht Band VI: Erbrecht⁴ (2010) Rz 1/5.

⁵⁾ *Bittner/Hawel in Gruber/Kalss/Müller/Schauer* (Hrsg), Erbrecht und Vermögensnachfolge (2010) § 10 Rz 1.

⁶⁾ Siehe zu den auftauchenden Problemen etwa *Riering/Tersteegen*, Steine statt Brot, zur Erforderlichkeit der Einantwortung vor Erteilung eines Erbscheins nach einem österreichischen Erblasser – zugleich eine Anmerkung zu OGH 1. 2. 2005, 6 Nc 1/05 g ZfRV 2006/32; *Bajons*, Zur Reichweite des österreichischen Erbstatuts bei Nachlassabwicklung im Ausland – zugleich eine Replik auf *Riering/Tersteegen*, ZfRV 2006/32 und *Ludwig*, ZEV 2005, 419, NZ 2010/80. Siehe hierzu nachfolgend IV.B. und insb FN 173.

⁷⁾ *Maurer in Maurer/Schrott/Schütz* (Hrsg), Kommentar zum AußStrG (2006) Vor § 143.

der Abhandlung gem § 153 AußStrG, Überlassung an Zahlungen statt gem §§ 154 und 155 AußStrG) oder mangels inländischer Gerichtsbarkeit (§ 143 Abs 2 AußStrG) sowie jene Fälle, in denen eine Erbschaft erblos bleibt (§ 184 AußStrG), von der (eigentlichen) Verlassenschaftsabhandlung, die mit Einantwortung beendet wird, unterschieden.⁸⁾

Das Verlassenschaftsverfahren ist gem § 143 AußStrG von Amts wegen einzuleiten. Es verwirklicht die dem außerstreitigen Verfahren zugrunde liegenden Verfahrensgrundsätze in besonderem Maße, insb die im Gegensatz zum Zivilprozess bestehende größere Flexibilität, geringere Formstrenge, Hilfeorientiertheit und die Betonung einer gemeinsamen Verantwortung des Gerichts und der Parteien für ein möglichst gründliches aber zugleich rasches Verfahren, in welchem lösungsorientiert allfällig auftauchende Konflikte im Einvernehmen mit allen Beteiligten angegangen werden.⁹⁾ ME sehr treffend kann daher im Einklang mit *Stögner* festgehalten werden, dass das Verlassenschaftsverfahren „ein zukunftsorientiertes, auf die Aufrechterhaltung einer gemeinsamen Friedensordnung gerichtetes Verfahren [ist], in dem eine möglichst einvernehmliche Lösung des Sachkonfliktes schon deshalb geboten ist, weil die Parteien meist auch künftig miteinander auskommen müssen“.¹⁰⁾

Im Verlassenschaftsverfahren werden einerseits das Gericht, andererseits der im Auftrag des Gerichts handelnde Gerichtskommissär, ein sich nach der Verteilungsordnung des Präsidenten des zuständigen Landesgerichts bestimmender öffentlicher Notar,¹¹⁾ tätig. Der Notar als Gerichtskommissär hat das Verlassenschaftsverfahren weitgehend selbständig zu führen.¹²⁾ Das Gericht ist insb für die Registrierung und Verwaltung der Verlassenschaftsakten, für Beschlüsse über Rechtsmittel, Rechtsmittelbeantwortungen und sonstige Anbringungen, die auf eine Entscheidung durch das Gericht zielen (§ 144 Abs 2 AußStrG), für die Einberufung der Verlassenschaftsgläubiger und der unbekanntenen Erben sowie für Rechtshilfeersuchen an ausländische Behörden zuständig, während die verbleibenden Aufgaben grds vom Notar als Gerichtskommissär erledigt werden. Dieser nimmt damit im Verlassenschaftsverfahren eine besonders wichtige Stellung ein, womit eine wesentliche Entlastung für das Gericht verbunden ist.¹³⁾ Der Gerichtskommissär ist aber jedenfalls an die Weisungen des Gerichts gebunden, welches die Aufsicht und Letztverantwortung

⁸⁾ *Fucik*, Das neue Verlassenschaftsverfahren (2005) 1; *Mayr/Fucik*, Das neue Verfahren außer Streitsachen³ (2006) 179. Nachfolgend interessiert va die „echte“ Verlassenschaftsabhandlung, während jene gekürzten Verfahren, in denen es zu keiner Einantwortung kommt, nur kurz dargestellt werden, da sich die Frage nach dem anwendbaren Recht va bei der eigentlichen Verlassenschaftsabhandlung stellt.

⁹⁾ Vgl hierzu auch *Stögner* in *Stögner/Perscha* (Hrsg), Das Verlassenschaftsverfahren (2004) 15.

¹⁰⁾ *Stögner* in *Stögner/Perscha*, Verlassenschaftsverfahren 15.

¹¹⁾ Siehe §§ 4 und 5 GKG.

¹²⁾ Vgl ErläutRV 224 BlgNR 22. GP 96.

¹³⁾ ErläutRV 224 BlgNR 22. GP 96; vgl *Grün* in *Rechberger* (Hrsg), Kommentar zum AußStrG² (2013) § 143 Rz 4.

tung hat.¹⁴⁾ Insofern kommen dem Notar eine wesentliche Rolle in der Verfahrensführung und eine Vermittlerrolle zwischen den Parteien zu, die richterliche Entscheidungsbefugnis verbleibt aber beim Gericht.¹⁵⁾

An dieser Stelle wird im Einklang mit § 3 Abs 3 GKG noch darauf hingewiesen, dass die Parteien die erforderlichen Erklärungen, Anträge oder Nachweise auch selbst schriftlich verfassen und unmittelbar dem Gericht vorlegen oder hierzu eine andere Person bevollmächtigen können. Übersteigt der Wert des Verlassenschaftsvermögens voraussichtlich € 5.000, kann nur ein Rechtsanwalt oder ein (anderer) Notar bevollmächtigt werden. Ist eine (vertretene oder unvertretene) Partei mit der Einbringung von Schriftsätzen säumig oder eignen sich ihre Schriftsätze nicht zu einer zweckentsprechenden Erledigung und können diese auch nicht auf einfache Weise verbessert werden, so ist mit der weiteren Abhandlung wiederum der Gerichtskommissär zu beauftragen. Die schriftliche Abhandlungspflege bezieht sich jedoch nur auf Partei-handlungen;¹⁶⁾ die vom Gesetz bestimmten Amtshandlungen des Gerichtskommissärs können daher ausschließlich von diesem durchgeführt werden, wobei es sich hier insb um die Errichtung der Todesfallaufnahme, die Übernahme letztwilliger Verfügungen, die Errichtung des Inventars und die Ausstellung von Amtsbestätigungen über die Vertretungsbefugnis handelt.¹⁷⁾ Auf die Möglichkeit der schriftlichen Abhandlungspflege hat der Gerichtskommissär bei seiner ersten Amtshandlung hinzuweisen.¹⁸⁾ Das Unterbleiben dieses Hinweises kann aber richtigerweise lediglich gebührenrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen, sodass der Gerichtskommissär im Falle, dass die Abhandlung dennoch im schriftlichen Weg durchgeführt wird, einen allenfalls bereits entstandenen erhöhten Aufwand (dh jenen Aufwand, der über die Errichtung der Todesfallaufnahme, die Übermittlung letztwilliger Verfügungen oder die Inventarserrichtung hinausgeht) nicht geltend machen kann. Im Übrigen kann aber die zur Gänze vom Gerichtskommissär mit den Parteien durchgeführte Abhandlung nicht fehlerhaft oder gar nichtig werden, weil der Hinweis unterblieben ist.¹⁹⁾

¹⁴⁾ § 7a Abs 1 GKG; *Maurer in Maurer/Schrott/Schütz*, AußStrG § 144 Rz 4.

¹⁵⁾ *Bittner/Hawel in Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Erbrecht und Vermögensnachfolge § 10 Rz 31.

¹⁶⁾ *Stögner in Stögner/Perscha*, Verlassenschaftsverfahren 73.

¹⁷⁾ *MwN Bittner/Hawel in Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Erbrecht und Vermögensnachfolge § 10 Rz 43.

¹⁸⁾ Dieser Hinweispflicht muss daher so früh wie möglich, nach den Materialien (ErläutRV 225 BlgNR 22. GP 26) etwa bereits in der Ladung zur Todesfallaufnahme nachgekommen werden, wobei es meiner Ansicht nach genügen muss, anlässlich des Termins zur Todesfallaufnahme darauf hinzuweisen, da die Todesfallaufnahme ohnedies vom Gerichtskommissär durchzuführen ist (und nicht bereits vom Anwalt übernommen werden könnte). Zwecks Nachweisbarkeit empfiehlt es sich, den Hinweis im Todesfallaufnahmeformular festzuhalten.

¹⁹⁾ So auch *Schatzl/Spruzina in Gitschthaler/Höllwerth* (Hrsg), AußStrG (2013) § 145 Rz 9.

B. Rechtsquellen

Das AußStrG beschäftigt sich in den §§ 143–185 mit dem Verlassenschaftsverfahren.²⁰⁾ Daneben ist auch der Allgemeine Teil des AußStrG anzuwenden. Schließlich sind auch die Bestimmungen über den Erbschaftserwerb in den §§ 797–824 ABGB von wesentlicher Bedeutung. Mit der (örtlichen, sachlichen und internationalen) Zuständigkeit beschäftigen sich die §§ 105–107 JN, wobei hier ab 17. 8. 2015 die Anwendung der Europäischen Erbrechtsverordnung (EuErbVO) zu berücksichtigen ist, welche ua die innerstaatlichen Bestimmungen der internationalen Zuständigkeit verdrängen wird. Die Bestimmungen zur Stellung des Notars als Gerichtskommissär finden sich im GKG. Darüber hinaus sind die höferechtlichen Bestimmungen, wie das AnerbenG, das Kärntner ErbhöfeG und das Tiroler HöfeG zu beachten. Die gebührenrechtlichen Bestimmungen finden sich im GKTG und im GGG.

C. Verfahren

1. Parteibegriff

Wer im Verlassenschaftsverfahren Partei ist, richtet sich nach der sich im Allgemeinen Teil des AußStrG befindlichen Bestimmung des § 2, wobei va dem **materiellen Parteibegriff** des Abs 1 Z 3²¹⁾ besondere Bedeutung zu kommt.²²⁾ Der potenzielle Erbe hat jedenfalls nach Abgabe der Erbantrittserklärung Parteistellung, aber auch bereits vorher kommen diesem bestimmte Parteienrechte zu, wie etwa die Rechtsmittelbefugnis gegen gewisse Erledigungen (zB bei einer Überlassung an Zahlungs statt, von welcher er zu verständigen ist).²³⁾ Schließlich haben auch Nacherben, Pflichtteilsberechtigte und Legatäre Parteienrechte, wenngleich ihre Stellung unterschiedlich ist.²⁴⁾ Hingegen kommt anderen Verlassenschaftsgläubigern, die in der Praxis regelmäßig schon während des Verlassenschaftsverfahrens „Forderungsanmeldungen“ einbringen, grds keine Parteistellung zu und lösen diese Forderungsanmeldungen auch keine Handlungspflichten des Gerichts oder Gerichtskommissärs aus. Sie können insofern nur der besseren Information über die Beschaffenheit des

²⁰⁾ Die für grenzüberschreitende Erbfälle maßgeblichen Bestimmungen des AußStrG werden mit 17. 8. 2015 durch das ErbRÄG 2015 an die EuErbVO angepasst, wobei die maßgeblichen Änderungen unter V. erläutert werden.

²¹⁾ „Jede Person, soweit ihre rechtlich geschützte Stellung durch die begehrte oder vom Gericht in Aussicht genommene Entscheidung oder durch eine sonstige gerichtliche Tätigkeit unmittelbar beeinflusst würde.“

²²⁾ Mayr/Fucik, Verfahren 187; Ferrari in Ferrari/Likar-Peer (Hrsg), Erbrecht (2007) 442.

²³⁾ Mayr/Fucik, Verfahren 188.

²⁴⁾ Vgl näher hierzu Fucik, Verlassenschaftsverfahren 24 ff; Bittner/Hawel in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht und Vermögensnachfolge § 10 Rz 14 ff.

Nachlasses und damit auch als Entscheidungsgrundlage für den potenziellen Erben betreffend die Abgabe einer bedingten oder unbedingten Erbantritts- oder allenfalls einer Entschlagungserklärung dienen.²⁵⁾

2. Zuständigkeit

Sachlich und örtlich zuständig ist jenes Bezirksgericht, in dessen Sprengel der Erblasser seinen letzten allgemeinen Gerichtsstand in Streitsachen hatte, sohin der Ort, an welchem der Verstorbene seinen letzten Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte (§ 105 iVm § 66 JN). Subsidiär ist der tatsächliche Aufenthalt zur Bestimmung des Gerichtsstandes heranzuziehen (§ 67 JN). Lässt sich ein solcher im Inland nicht ermitteln oder ist er bei mehreren Gerichten begründet (etwa weil der Erblasser mehrere Wohnsitze oder gewöhnliche Aufenthalte hatte), ist das Gericht zuständig, in dessen Sprengel sich der Großteil des im Inland gelegenen erbl Vermögens befindet. Ansonsten ist das Bezirksgericht Innere Stadt Wien zuständig (§ 105 JN). Die Zuständigkeit für die Besorgung von Aufgaben, die zur Abhandlungspflege zählen, bleibt auch nach rechtskräftiger Einantwortung noch aufrecht; hingegen erlischt ab Rechtskraft des Einantwortungsbeschlusses die Kompetenz des Verlassenschaftsgerichts zur Feststellung des Erbrechts. Allfällige weitere Erbrechtsprätendenten sind ab diesem Zeitpunkt auf das streitige Verfahren gem § 823 ABGB (Erbchaftsklage) verwiesen.²⁶⁾

Die **funktionelle Zuständigkeit** kommt – wie bereits oben angesprochen – neben dem Richter und Rechtspfleger insb den Notaren als Gerichtskommissären zu.

Bezüglich der **internationalen Zuständigkeit** wird nachfolgend auf IV.B. (Rechtslage bis zum 17. 8. 2015) bzw V.C. (Rechtslage ab dem 17. 8. 2015) verwiesen.

3. Vorverfahren

a) Todesfallaufnahme

Sobald ein Todesfall durch eine öffentliche Urkunde (idR durch eine Sterbeurkunde oder Todesfallmitteilung der Personenstandsbehörde, aber etwa auch durch eine gerichtliche Todeserklärung) oder sonst auf unzweifelhafte Weise bekannt geworden ist, ist das Verlassenschaftsverfahren gem § 143 AußStrG von Amts wegen einzuleiten.²⁷⁾ Hierfür übermittelt das zuständige

²⁵⁾ So auch *Fucik*, Verlassenschaftsverfahren 26.

²⁶⁾ *Bittner/Hawel* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Erbrecht und Vermögensnachfolge § 10 Rz 10 und 20.

²⁷⁾ Für Standesämter, Anstalten und Todeserklärungsgerichte bestehen Verständigungspflichten, s hierzu *Maurer* in *Maurer/Schrott/Schütz*, AußStrG § 143 Rz 6. Tlw sind auch schon vor Einleitung des gerichtlichen Verfahrens Handlungen des Gerichtskommissär erforderlich, insb Sicherungsmaßnahmen, die keinerlei Aufschub dulden.

Gericht die Sterbemitteilung an den nach der Verteilungsordnung zuständigen Notar als Gerichtskommissär mit dem Auftrag zur Durchführung des Verlassenschaftsverfahrens.²⁸⁾ Dieser führt zunächst ein Vorverfahren durch, indem er die Angehörigen des Verstorbenen zu einem persönlichen Gespräch in seine Kanzlei lädt und anlässlich dieses Termins die sog Todesfallaufnahme errichtet. Eine solche ist ausnahmslos immer und nur vom Gerichtskommissär durchzuführen.²⁹⁾ Es genügt, wenn zur Todesfallaufnahme eine Person erscheint, die mit den Familien- und Vermögensverhältnissen des Verstorbenen vertraut ist; es ist auch nicht notwendig, dass dieser Person in irgendeiner Art und Weise Parteistellung zukommt.³⁰⁾ Die Todesfallaufnahme verschafft einen ersten Überblick über die persönlichen und finanziellen Verhältnisse des Verstorbenen und dient der Vorprüfung der Zuständigkeiten und der Frage, ob das Verfahren fortgeführt werden soll.³¹⁾ Der Wert des Vermögens ist auf „einfache Weise zu ermitteln“,³²⁾ was idR durch Anfragen des Gerichtskommissärs bei den anlässlich der Todesfallaufnahme bekannt gegebenen oder auf andere Weise dem Gerichtskommissär bekannt gewordenen Gläubigern und Schuldern (etwa Banken, Versicherungen) sowie beim Grundbuch, ggf auch beim Firmenbuch, erfolgt. Grds sind zur Ermittlung des Wertes des Vermögens auch keine Sachverständigen beizuziehen.³³⁾ Falls erforderlich, hat der

Da die Zuständigkeit des Gerichtskommissärs aufgrund der Verteilungsordnung auch schon vor Einleitung des Verfahrens durch das Gericht feststeht, ist es möglich, dass sich Parteien an den Gerichtskommissär wenden, bevor dieser überhaupt die Mitteilung des Sterbefalls vom Gericht erhalten hat. Regelmäßig handelt es sich hierbei um Angehörige oder Nachbarn des Verstorbenen, welche die Zuständigkeit des Notars beim Bezirksgericht in Erfahrung gebracht haben. Von derartigen vom Gerichtskommissär vorgenommenen Verfahrenshandlungen ist das Gericht unverzüglich zu verständigen.

²⁸⁾ Zur Verteilungsordnung s § 4 GKG. Die Zuständigkeit des nach der Verteilungsordnung zuständigen Notars ergibt sich *ex lege* aus § 2 Abs 1 GKG. Ein gerichtlicher Beststellungsbeschluss ist nicht erforderlich (obligatorisches Gerichtskommissariat).

²⁹⁾ Sie kann daher auch nicht im Rahmen der schriftlichen Durchführung der Abhandlung durch die Parteien selbst, das Gericht oder einen bevollmächtigten Rechtsanwalt vorgenommen werden.

³⁰⁾ Die Todesfallaufnahme könnte zB auch mit einem Nachbarn errichtet werden, welcher über die Vermögens- und Familienverhältnisse des Verstorbenen informiert ist.

³¹⁾ *Fucik*, Verlassenschaftsverfahren 31; *Feil*, Kommentar zum Außerstreitgesetz² (2013) § 145 Rz 3.

³²⁾ § 145 Abs 3 AußStrG.

³³⁾ Erforderlich ist eine Schätzung durch Sachverständige bei beweglichem Nachlassvermögen aber, wenn seitens des Gerichtskommissärs oder des Gerichts Bedenken gegen die Bewertung des Vermögens durch die Parteien gehegt werden, wenn es im Interesse eines Pflegebefohlenen erforderlich ist, wenn eine Partei dies beantragt hat oder es sich um Gegenstände handelt, deren Wert offensichtlich nicht gering ist (etwa bei einem relativ neuen PKW). Liegenschaften müssen hingegen grds nicht von einem Sachverständigen bewertet werden, es kann der (vom Finanzamt bekannt gegebene)

Gerichtskommissär weitere Erhebungen, wie die Öffnung von Wohnungen, Schrankfächern etc zu veranlassen. Der Gerichtskommissär hat ferner letztwillige Anordnungen sowie sonstige Erbverträge (Erb- und/oder Pflichtteilsverzichtsverträge, Anrechnungsverpflichtungen etc) zu übernehmen, für die Sicherung der Verlassenschaft zu sorgen und unaufschiebbare Vorkehrungen zu treffen. Schließlich kann der Gerichtskommissär auch die zur Berichtigung eines einfachen Begräbnisses erforderlichen Geldbeträge ausfolgen oder freigeben und Dritten die Ausübung von unzweifelhaften Rechten an Verlassenschaftsgegenständen gewähren (§ 148 AußStrG).

b) Übermittlung und Übernahme letztwilliger Anordnungen

Urkunden über letztwillige Verfügungen (Testamente, Kodizille, Erbverträge) des Erblassers sowie sonstige erbrechtsbezogene Rechtsgeschäfte (Erb- und Pflichtteilsverzichtsverträge, sonstige Erklärungen auf den Todesfall) sind dem Gerichtskommissär von jeder Person, die eine solche Urkunde inne hat, gem § 151 AußStrG zu übergeben, wobei der Kreis der zu übergebenden Dokumente bewusst weit gefasst ist, sodass es grds in der Beurteilung des Gerichtskommissärs bzw letztlich des Gerichts liegt, ob die vorgelegte Urkunde für das Verlassenschaftsverfahren überhaupt relevant ist oder nicht.³⁴⁾ Meist werden derartige Urkunden entweder von Angehörigen anlässlich der Todesfallaufnahme ausgehändigt oder kommen sie anlässlich der vom Gerichtskommissär durchgeführten Abfrage beim Österreichischen Zentralen Testamentsregister (ÖZTR) hervor. Bei Letzterem handelt es sich um ein EDV-gestütztes Register, in welchem die Tatsache der Errichtung und Hinterlegung von letztwilligen Anordnungen und sonstigen Erbverträgen gespeichert wird und zu welchem jeder Notariatskanzlei elektronischen Zugriff hat.

Der Gerichtskommissär vermerkt sodann im sog Übernahmeprotokoll alle für die Beurteilung der Echtheit und Gültigkeit bedeutsamen Umstände. Während das Original im Gerichtsakt verbleibt, werden (unbeglaubigte) Abschriften der Urkunde allen Parteien und jenen Personen, die nach der Aktenlage auf Grund des Gesetzes zur Erbfolge berufen wären, zugestellt. Auf diese Art erfolgt eine Kundmachung der letztwilligen Verfügung(en) des Erblassers und werden dadurch auch jene potenziellen (gesetzlichen) Erben verständigt, die aufgrund einer vorliegenden letztwilligen Verfügung nicht zu (testamentarischen) Erben nach dem Erblasser berufen wurden. Sollten diese die letztwillige Verfügung anfechten wollen, sind sie auf die Erbantrittserklärung und das Verfahren über das Erbrecht gem §§ 160 ff AußStrG zu verweisen.³⁵⁾ Eine

dreifache Einheitswert zugrunde gelegt werden. Eine Schätzung ist aber dann vorzunehmen, wenn dies zum Schutz von Pflegebefohlenen (etwa zur Berechnung deren Erb- oder Pflichtteiles) erforderlich ist. Eine Schätzung kann weiters auch auf Antrag einer Partei erfolgen.

³⁴⁾ Vgl *Fucik*, Verlassenschaftsverfahren 37.

³⁵⁾ *Feil*, AußStrG² § 152 Rz 2.

nachweisliche Zustellung durch das Gesetz ist nicht vorgesehen.³⁶⁾ Die aufgrund einer letztwilligen Verfügung berufenen Erben sowie jenen Personen, denen an der Verlassenschaft andere erbrechtliche Ansprüche zustehen als die eines Erben, sind jedoch gem § 157 AußStrG nachweislich zur Abgabe der Erbantrittserklärung aufzufordern bzw gem § 176 Abs 1 AußStrG nachweislich von ihren Ansprüchen zu verständigen. Mit dem Versäumnis der Geltendmachung von Einwendungen gegen eine letztwillige Verfügung ist kein Rechtsverlust verbunden, der Betroffene kann auch nach Einantwortung immer noch mit Erbschaftsklage gem § 823 ABGB vorgehen. Freilich sind die Verjährungsfristen zu beachten.³⁷⁾

c) Sicherung des Nachlassvermögens

IdR wird das Nachlassvermögen von den Angehörigen des Erblassers verwahrt, die jedoch die Verfügung über dieses zu unterlassen haben. Der Gerichtskommissär schreitet regelmäßig nur dann ein, wenn Gefahr besteht, dass Vermögensbestandteile entzogen werden oder die vermutlichen Erben, Angehörigen oder Mitbewohner zur Verwahrung nicht fähig oder nicht bereit sind. Als Sicherungsmaßnahmen kommen dabei laut den gesetzlichen Bestimmungen insb das Versperren oder die Versiegelung der Verlassenschaft oder ihre Verwahrung beim Gerichtskommissär oder einem Verwahrer in Betracht (§ 147 AußStrG).³⁸⁾

4. Verfahren ohne Einantwortung

a) Unterbleiben der Abhandlung

Stellt sich im Rahmen der Todesfallaufnahme heraus, dass nur geringfügige Nachlassaktiva vorhanden³⁹⁾ und keine Eintragungen in die öffentlichen Bücher notwendig sind, insb also keine Liegenschaften und auch keine im Firmenbuch eingetragenen Gesellschaften vorhanden sind, so unterbleibt – unabhängig von der Höhe der Passiva – die Abhandlung gem § 153 AußStrG, sofern kein Antrag auf Fortsetzung gestellt wird („Abhandlungsbagattellverfahren“⁴⁰⁾). Vom Unterbleiben der Abhandlung müssen weder potenzielle Erben noch sonstige Gläubiger von Amts wegen verständigt werden. Dieses Informationsdefizit wird dadurch gerechtfertigt, dass bei Abhandlungsbaga-

³⁶⁾ In anderen Fällen ordnet dies das Gesetz hingegen sehr wohl ausdrücklich an, vgl etwa §§ 176 und 157 AußStrG.

³⁷⁾ Siehe hierzu *Weiß* in *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht 186 f.

³⁸⁾ Beachte den durch das ErbRÄG 2015 an § 147 AußStrG neu eingefügten Abs 4, wonach dann, wenn „im Sinne des Art. 3 Abs. 2 EuErbVO ein ausländisches Gericht zuständig“ ist, „zur Sicherung von Verlassenschaftsvermögen, das sich in Österreich befindet, die Abs. 1 und 2 sowie § 146 Abs. 1 entsprechend anzuwenden“ sind.

³⁹⁾ Bis zum 16. 8. 2015 betrug diese Grenze € 4.000 und wurde hernach auf € 5.000 erhöht.

⁴⁰⁾ *Obermaier*, Zum Unterbleiben der Verlassenschaftsabhandlung, ÖJZ 2008/15, 126.

tellverfahren das Interesse an einer ökonomischen Gestaltung überwiegt.⁴¹⁾ Zudem bleibt den potenziellen Erben zeitlich unbefristet die Möglichkeit, einen Fortsetzungsantrag zu stellen.⁴²⁾

Wenngleich die Abhandlung unterbleibt, kann das Gericht auf Antrag die Ermächtigung zur Übernahme des Verlassenschaftsvermögens oder auch nur eines Teiles davon erteilen, sofern der Anspruch bescheinigt ist. Die Ermächtigung zur Übernahme führt weder zu einer Gesamtrechtsnachfolge im Sinne einer Einantwortung noch zu einer echten Besorgung und Verwaltung des Nachlasses; der ruhende Nachlass bleibt grds bestehen, die überlassenen Gegenstände scheiden aber aus diesem aus.⁴³⁾ Die Materialien⁴⁴⁾ unterscheiden hierbei zwischen Antrags- und Empfangslegitimation, sodass den Antrag „nur eine Partei stellen [können], worunter in diesem Verfahrensstadium auch jeder zu verstehen ist, der als Erbe in Frage kommt, aber keine Erbantrittserklärung abgegeben hat“. Überlassen werden könne hingegen jedem, dessen Anspruch nach der Aktenlage bescheinigt ist, neben unbestrittenen, aber nicht antrittswilligen potentiellen Erben auch einem Gläubiger. Nach *Obermaier*⁴⁵⁾ haben daher Gläubiger mangels Antragslegitimation keinen Anspruch auf Überlassung der Aktiva; eine Ermächtigung eines Gläubigers zur Übernahme der Aktiva sei hingegen nicht ausgeschlossen, dies werde aber insb nur dann in Betracht kommen, wenn diesbezüglich Einverständnis aller Parteien vorliegt oder wenn ein Gläubiger die einzige hierzu bereite Person ist. Zu diesem Ergebnis kommt *Obermaier*⁴⁶⁾ auch deshalb, da die Wortinterpretation des § 153 AußStrG im Vergleich zur alten Rechtslage⁴⁷⁾ den Gläubigern nicht mehr Rechte verleihen könne, als sie bisher hatten. ME ist aber gerade umgekehrt dem Wortlaut des § 153 Abs 2 AußStrG⁴⁸⁾ nicht zu entnehmen, dass eine strenge Unterscheidung zwischen Antrags- und Empfangslegitimation geboten wäre. Die Materialien sprechen zwar von einer solchen Unterscheidung, sind aber im Ergebnis unklar, da sie nachfolgend dem Gläubiger eine Rekurslegiti-

⁴¹⁾ *Feil*, AußStrG² § 153 Rz 2.

⁴²⁾ In der Praxis wird die vom Gericht gefasste Entscheidung über das Unterbleiben der Abhandlung gem § 153 Abs 1 AußStrG regelmäßig als „Beschluss“ bezeichnet; nach der Entscheidung OGH 10. 6. 2008, 4 Ob 73/08 a, ist dieser sog Beschluss im Zweifel aber nicht als anfechtbare Willenserklärung des Gerichts, sondern als bloße Mitteilung über den Stand des Verfahrens zu verstehen, sodass gegen den Ausspruch des Unterbleibens der Abhandlung auch kein Rekurs zulässig ist; vielmehr können potenzielle Erben jederzeit einen Antrag auf Fortsetzung stellen.

⁴³⁾ ErläutRV 224 BlgNR 22. GP 99; *Eccher*, *Erbrecht*⁴ 99; *Maurer in Maurer/Schrott/Schütz*, AußStrG § 153 Rz 2.

⁴⁴⁾ ErläutRV 224 BlgNR 22. GP 99; vgl hierzu *Grün in Rechberger*, AußStrG² § 153 Rz 10 f.

⁴⁵⁾ ÖJZ 2008/15, 130. Im Anschluss an ihn auch *Sailer in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 153 Rz 10.

⁴⁶⁾ ÖJZ 2008/15, 130.

⁴⁷⁾ Anm: Jene vor Änderung des mit 1. 1. 2005 in Kraft getretenen, „neuen“ AußStrG.

⁴⁸⁾ Anm: IdF vor dem ErbRÄG 2015.

mation gegen die Ermächtigung gem § 153 Abs 2 zugestehen, bspw weil die Berechtigung dessen, der ermächtigt wurde, nicht ausreichend bescheinigt ist und er selbst Befriedigung aus den Verlassenschaftsaktiva anstrebt.⁴⁹⁾ Dem Gläubiger zuvor keine Antragslegitimation einzuräumen, nachfolgend aber ein Rekursrecht zuzugestehen, lässt sich jedoch nicht miteinander vereinbaren. Insb weisen auch die Materialien daraufhin, dass die Bestimmung zur Ermächtigung zur Übernahme von Nachlassvermögen in erster Linie dazu dienen wird, bestimmte Schulden der Verlassenschaft zu begleichen. Hat also bspw ein Angehöriger (etwa ein Bruder oder eine Schwester des Erblassers, die jedoch aufgrund der Existenz von leiblichen Nachkommen nicht als gesetzliche Erben in Frage kommen) die Todesfallkosten beglichen, so mag doch diese Bestimmung gerade dazu dienen, bei geringfügigem Vermögen diesem die Möglichkeit zu gewähren, selbst einen Antrag auf Überlassung des Verlassenschaftsvermögens stellen zu können.⁵⁰⁾ Es ist daher überzeugender anzunehmen, dass sich die Antragstellung sowohl auf die Erbenstellung als auch auf die Gläubigerstellung stützen kann.

Beispiel 1:

Der in Feldkirch wohnhafte, österreichische Erblasser Gerhard hinterlässt seine Schwester Gerlinde sowie seine zwei Töchter Martina und Agnes. Seine Ehegattin ist bereits vorverstorben. An Vermögen hinterlässt Gerhard lediglich ein Bankkonto mit einem Guthaben von € 3.900, die Todesfallkosten für eine kleine Beerdigung in Feldkirch wurden tlw von einer Ablebensversicherung und tlw mit einem Betrag von € 800 von Gerlinde getragen. Entsprechend den vorstehenden Ausführungen kann Gerlinde mE nunmehr gem § 153 Abs 2 AußStrG selbst einen Antrag auf Überlassung eines Teils des Verlassenschaftsvermögens iHv € 800 stellen (mangels Erbberechtigung stützt sich ihre Antragslegitimation auf ihre Gläubigerstellung), ebenso können die beiden Töchter aufgrund deren Erbenstellung einen Antrag auf Überlassung des restlichen Verlassenschaftsvermögens jeweils zur Hälfte stellen.

⁴⁹⁾ Vgl hierzu *Grün* in *Rechberger*, AußStrG² § 153 Rz 11, mit entsprechenden Judikaturnachweisen.

⁵⁰⁾ Damit im Einklang steht auch die Entscheidung LGZ Wien 44 R 360/10 g, wonach der Überlassung an erbberechtigte Personen gem § 153 AußStrG kein Vorrang gegenüber der Überlassung an Nachlassgläubiger gem §§ 154 ff AußStrG zu kommen kann. Es wäre auch nicht ganz einsichtig, warum bei einem den Wert von € 4.000 bzw € 5.000 (neu) übersteigenden, jedoch überschuldeten Nachlass es den Gläubigern ermöglicht ist, auf das Nachlassvermögen zu greifen, dies bei einem niedrigeren Vermögen jedoch nicht möglich sein sollte und den Gläubigern somit der letzte Haftungsfonds entzogen wird, zumal die erbberechtigte Person mangels Erbantrittserklärung auch keine Haftung übernehmen muss.