

## B. Grundsätzliches zum Verlassenschaftsverfahren

### 1. Überblick über den Verfahrensablauf<sup>12</sup>

Das österreichische Verlassenschaftsverfahren wird in der Regel mit der Übermittlung der Sterbeurkunde durch die Personenstandsbehörde (Standesamt)<sup>13</sup> an das Verlassenschaftsgericht eingeleitet. Der Notar als Gerichtskommissär hat daraufhin eine Todesfallaufnahme durchzuführen, welche dazu dient, alle für die Verlassenschaftsabhandlung erforderlichen Umstände zu erheben.<sup>14</sup> In diesem Stadium kann der Gerichtskommissär bereits Sicherungsmaßnahmen vornehmen, die hauptsächlich dem Schutz der Verlassenschaft dienen.<sup>15</sup> Sämtliche Personen, welche im Besitz einer die Verlassenschaft betreffenden Urkunde sind, haben diese nun dem Gerichtskommissär zu übergeben.<sup>16</sup> Wird festgestellt, dass die Verlassenschaft einen gewissen Wert nicht übersteigt oder verschuldet bzw zahlungsunfähig ist, kann das Verfahren ohne Abhandlung und Einantwortung beendet werden (Unterbleiben der Abhandlung, Überlassung an Zahlungen statt, Verlassenschaftsinsolvenz).<sup>17</sup> In jedem anderen Fall kommt es zur Durchführung eines Abhandlungsverfahrens, wobei der Gerichtskommissär zunächst die vermutlichen Erben zur Abgabe einer Erbantrittserklärung aufzufordern hat. Die Erben können nun entweder die Erbschaft ausschlagen oder Erbantrittserklärungen abgeben, die entweder bedingt oder unbedingt zu sein haben.<sup>18</sup> Gibt der Erbe eine unbedingte Erklärung ab, hat er sie durch eine Vermögenserklärung zu ergänzen, worin das Verlassenschaftsvermögen wie in einem Inventar zu beschreiben und zu bewerten ist.<sup>19</sup> Liegt eine bedingte Erbantrittserklärung vor, bedarf es einer Inventarisierung durch den Notar sowie einer Gläubigereinberufung.<sup>20</sup> Stehen Erbantrittserklärungen im Widerspruch zueinander oder zu einem Heimfallsantrag der Finanzprokurator, so hat der Gerichtskommissär das Gespräch mit den Parteien zu suchen und auf eine Einigung zwischen diesen hinzuwirken. Gelingt dies nicht, ist der Akt dem Gericht vorzulegen, welches in weiterer Folge nach einer mündlichen Verhandlung über das Erbrecht zu entscheiden hat.<sup>21</sup> Spätestens nach Abgabe der Erbantrittserklärungen und der allfälligen Durchführung einer Erbrechtsentscheidung vor Gericht haben die Erben den sog Erbrechtsausweis zu erbringen. Dies erfolgt entweder durch die Vorlage eines gültigen Testaments, eines gültigen Erbvertrags oder einer Standesurkunde (bei gesetzlicher Erbfolge).<sup>22</sup> Erst nachdem die Erben so ihr Erbrecht nachgewiesen haben, kann der gerichtliche Einantwortungsbeschluss erlassen werden, welcher zum endgültigen Erwerb der Erbschaft durch die Erben führt.<sup>23</sup> Zielführenderweise sollte noch vor der Einantwortung ein Erteilungsübereinkommen abgeschlossen werden, in welchem sich

<sup>12</sup> Ein detaillierter Überblick über den Gang des Verfahrens findet sich auf den S 49 ff.

<sup>13</sup> Stirbt eine Person, so sind gem § 27 PStG ua Angehörige, Unterkunftsgeber oder der Arzt dazu verpflichtet, den Tod der für den Ort des Todes zuständigen Personenstandsbehörde (Standesamt) zu melden.

<sup>14</sup> Siehe dazu genauer S 51 ff.

<sup>15</sup> Siehe S 55 ff.

<sup>16</sup> Siehe S 58 ff.

<sup>17</sup> Siehe S 61 ff.

<sup>18</sup> Siehe S 76 ff.

<sup>19</sup> Siehe S 96 ff.

<sup>20</sup> Siehe S 98 ff.

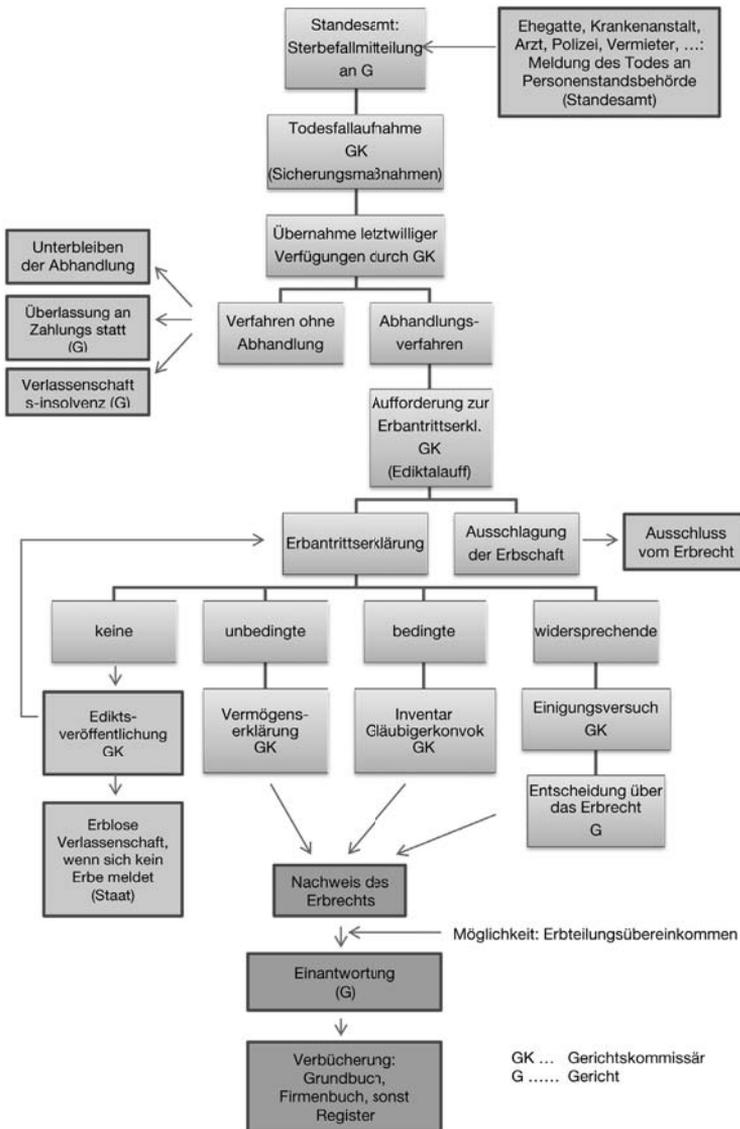
<sup>21</sup> Siehe S 111 ff.

<sup>22</sup> Siehe S 132 ff.

<sup>23</sup> Siehe S 133 ff.

die Erben über die Aufteilung der einzelnen Nachlassbestandteile einigen, damit bereits im Einantwortungsbeschluss auf die entsprechenden Aufteilungen Bedacht genommen werden kann. Andernfalls wird mit der Einantwortung an den einzelnen Gegenständen Miteigentum der Erben begründet, welches nur selten den allseitigen Interessen gerecht wird und gegebenenfalls nur mittels Erbteilungsklage aufgehoben werden kann.<sup>24</sup> Nach Einantwortung bedarf es der Verbücherung des Abhandlungsergebnisses im Grund- und Firmenbuch sowie diversen anderen Registern.<sup>25</sup>

Grafisch ergibt sich folgendes Ablaufschema:



<sup>24</sup> Siehe S 128 ff.

<sup>25</sup> Siehe S 137 ff.

## 2. Zuständigkeit

### 2.1 Sachliche und örtliche Zuständigkeit<sup>26</sup>

Gem § 104a JN ist für Außerstreitsachen, soweit nichts anderes bestimmt ist, das **Bezirksgericht** sachlich zuständig. Örtlich zuständig ist gem § 105 JN das Gericht, in dessen Sprengel der Verstorbene seinen **allgemeinen Gerichtsstand in Streitsachen** hatte. Lässt sich ein solcher im Inland nicht ermitteln oder ist er bei mehreren Gerichten begründet, sind Verlassenschaftsverfahren vor jenem Gericht abzuhandeln, in dessen Sprengel sich der größte Teil des im Inland gelegenen Vermögens des Verstorbenen befindet. Kann auch auf diese Weise keine Zuständigkeit ermittelt werden, ist das Verfahren vor dem Bezirksgericht Innere Stadt Wien durchzuführen.<sup>27</sup>

Auch nach rechtskräftiger Einantwortung bleibt die Zuständigkeit aufrecht, „*sofern noch Aufgaben zu besorgen sind, die zur Abhandlungspflege gehören*“.<sup>28</sup> Dazu zählen va Entscheidungen über Anträge auf Eintragungen in das Grundbuch (§ 182 Abs 3 AußStrG).

Gem § 77 JN bestimmt sich der Gerichtsstand für Klagen, durch die Ansprüche aus Vermächnissen oder sonstigen Verfügungen auf den Todesfall geltend gemacht werden, und Klagen der Verlassenschaftsgläubiger aus Ansprüchen gegen den Erblasser oder die Erben, wenn noch keine rechtskräftige Einantwortung vorliegt, nach dem Sitz des Gerichtes, bei dem das Verfahren anhängig ist. Gem Abs 2 besteht die Zuständigkeit des Verlassenschaftsgerichtes für Klagen auf Teilung der Erbschaft auch nach Rechtskraft der Einantwortung weiter.

### 2.2 Funktionelle Zuständigkeit

Die einzelnen Aufgaben im Verlassenschaftsverfahren teilen sich zwischen dem Notar als Gerichtskommissär, dem Rechtspfleger und dem Richter auf:

Gerichtskommissär Zuständigkeit neben dem Gericht	Gericht Zuständigkeit in gesetzlich geregelten Fällen	
	Rechtspfleger	Richter
§ 1 Abs 1 Z 1 GKG: zuständig für die Todesfallaufnahme und die mit dieser im Zusammenhang stehenden unaufschiebbaren Maßnahmen und die anderen im Zuge der Verlassenschaftsabhandlung erforderlichen Amtshandlungen (sofern nicht das Gericht zuständig ist) <sup>29</sup>	Die dem Gericht zugeordneten Aufgaben werden grundsätzlich vom Rechtspfleger ausgeführt (sofern nicht ausdrücklich der Richter zuständig ist).	Aufgaben des Richters sind ausdrücklich im Gesetz geregelt.

<sup>26</sup> Zur internationalen Zuständigkeit siehe S 155 ff.

<sup>27</sup> Dies kann beispielsweise dann von Bedeutung sein, wenn der Erblasser mehrere Wohnsitze hatte.

<sup>28</sup> *Bittner/Hawel in Gruber/Kalss/Müller/Schauer Rz 20.*

<sup>29</sup> Aus dem Tätigkeitsbereich des Gerichtskommissärs ausdrücklich ausgenommen sind richterliche Entscheidungen, die Protokollierung gerichtlicher Vergleiche, Zwangsmaßnahmen und Rechtshilfeersuchen ins Ausland (§ 1 Abs 2 GKG).

Zuständig zB für	Zuständig zB für	Zuständig für
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Todesfallaufnahme (§ 145 AußStrG)</li> <li>• Erhebungen (§ 146 AußStrG)</li> <li>• Sicherungsmaßnahmen (§ 147 AußStrG)</li> <li>• Freigabe (§ 148 AußStrG)</li> <li>• Übernahme von letztwilligen Verfügungen und anderen Erklärungen auf den Todesfall (§ 152 AußStrG)</li> <li>• Aufforderung zur Erbantritts-erklärung (§ 157 AußStrG)</li> <li>• Ausstellen einer Amtsbestätigung über die Vertretungsbe-fugnis (§ 172 AußStrG)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Entscheidungen über die Ausfolgung von Verlassenschaftsgegenständen (§ 150 AußStrG)</li> <li>• Ermächtigung zur Übernahme der Verlassenschaft (§§ 153 Abs 2 und 154 Abs 1 AußStrG)</li> <li>• Entscheidung bei Streitigkeiten über Nachlasszugehörigkeit einzelner Vermögenswerte (§ 166 Abs 2 AußStrG)</li> <li>• Entscheidung über Verwaltung und Vertretung der Verlassenschaft (§ 810 ABGB)</li> <li>• Bestellung eines Verlassenschaftskurators (§ 173 AußStrG)</li> <li>• Einantwortung (§ 177 AußStrG)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Verfahrensführung, wenn Aktiva € 150.000 übersteigen (§ 18 Abs 2 Z 1 lit a RPFiG)</li> <li>• Verfahrensführung bei Nachlass eines protokollierten Einzelunternehmers oder eines persönlich haftenden Gesellschafters einer eingetragenen Personengesellschaft (§ 18 Abs 2 Z 1 lit b RPFiG)</li> <li>• Verfahrensführung bei Anwendung des Anerbenrechts (§ 18 Abs 2 Z 1 lit c RPFiG)</li> <li>• Verfahrensführung, wenn Anordnung einer fideikommissarischen Substitution vorliegt (§ 18 Abs 2 Z 1 lit d RPFiG)</li> <li>• Verfahren und Entscheidung über die Nachlassseparation (§ 18 Abs 2 Z 2 lit a RPFiG, 812 ABGB)</li> <li>• Verfahrensführung und Entscheidung bei widersprechenden Erbantrittserklärungen (§ 18 Abs 2 Z 2 lit b RPFiG, §§ 160 ff AußStrG)</li> <li>• Berichte an vorgesetzte Behörden; Erledigung von Beschwerden; Anordnung und Abnahme eines Eides; (§ 16 Abs 2 Z 1-4 RPFiG)</li> <li>• Entscheidungen, bei denen ausländisches Recht anzuwenden ist (§ 16 Abs 2 Z 6 RPFiG)</li> </ul>

### 2.2.1 Gerichtskommissär

Der Gerichtskommissär übernimmt im Verlassenschaftsverfahren den überwiegenden Teil der Aufgaben. Er nimmt überdies eine Vermittlerrolle<sup>30</sup> zwischen den Parteien ein, besitzt aber keine richterliche Entscheidungsbefugnis.<sup>31</sup> Welcher Notar die Aufgaben des jeweiligen Gerichtskommissärs wahrzunehmen hat, ergibt sich aus den **Verteilungsordnungen**, welche von den Präsidenten der sachlich in Betracht kommenden Landesge-

<sup>30</sup> So hat der Gerichtskommissär bei widersprechenden Erbantrittserklärungen zunächst auf eine Einigung der Parteien hinzuwirken. Nur wenn es zu keiner Einigung kommt, hat das Verlassenschaftsgericht nach öffentlicher Verhandlung über das Erbrecht zu entscheiden.

<sup>31</sup> *Bittner/Hawel in Gruber/Kalss/Müller/Schauer Rz 31.*

richte für die unterstellten Bezirksgerichte am Ende eines jeden Kalenderjahres für das folgende Kalenderjahr aufzustellen sind.<sup>32</sup> Die Stellung des Gerichtskommissärs wird im Gerichtskommissärsgesetz (GKG) geregelt, welches 2005 im Zusammenhang mit der Neuregelung des AußStrG ebenfalls umfassend novelliert wurde.<sup>33</sup> Der Notar als Gerichtskommissär ist Beamter im Sinne des Strafgesetzes (§ 1 Abs 3 GKG). Folglich ist das Amtshaftungsgesetz (AHG) anwendbar. Gem § 1 AHG haftet der Bund nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts für den Schaden am Vermögen oder an der Person, den die als ihre Organe handelnden Personen in Vollziehung der Gesetze durch ein rechtswidriges Verhalten wem immer schuldhaft zugefügt haben.

Im Verlassenschaftsverfahren sind sämtliche Eingaben grundsätzlich an den Gerichtskommissär zu richten. An das Verlassenschaftsgericht hat man sich lediglich im Fall der schriftlichen Abhandlungspflege,<sup>34</sup> mit Rechtsmitteln, Rechtsmittelbeantwortungen oder sonstigen Anbringen, die auf eine Entscheidung durch das Gericht zielen, zu wenden (§ 144 AußStrG). Übersendet eine Partei allerdings eine an das Gericht zu richtende Eingabe dem Gerichtskommissär oder umgekehrt, soll sie daraus keinen Nachteil erleiden und ist die Eingabe in diesem Fall jeweils umgehend an die richtige Stelle weiterzuleiten. Sie gilt jedoch nur dann als rechtzeitig, wenn sie innerhalb der Frist an das Gericht oder den Gerichtskommissär gerichtet wird (§ 144 Abs 1 AußStrG). Gem § 144 Abs 3 AußStrG hat der Gerichtskommissär den Akt unverzüglich dem Gericht vorzulegen, wenn es dies verlangt oder eine Entscheidung des Gerichts erforderlich ist.<sup>35</sup>

### 2.2.1.1 Aufgaben und Befugnisse

Gem § 1 Abs 1 Z 1 GKG hat der Notar als Gerichtskommissär die Todesfallaufnahme und die mit dieser im Zusammenhang stehenden unaufschiebbaren Maßnahmen sowie die anderen im Zuge einer Verlassenschaftsabhandlung erforderlichen Amtshandlungen zu besorgen. § 1 Abs 2 GKG nimmt jedoch gewisse Amtshandlungen vom Zuständigkeitsbereich des Gerichtskommissärs dezidiert aus, nämlich richterliche Entscheidungen (Z 1), die Protokollierung gerichtlicher Vergleiche (Z 2), Zwangsmaßnahmen nach § 79 AußStrG<sup>36</sup> (Z 3) und Rechtshilfeersuchen ins Ausland (Z 4).<sup>37</sup>

Die historische Unterscheidung zwischen **fakultativem und obligatorischem Gerichtskommissariat** gibt es seit 2005 nicht mehr.<sup>38</sup> Der Gerichtskommissär wird *ex lege* tätig, dh es bedarf keines Übertragungsbeschlusses durch das Gericht mehr. Jener Notar, der gem der Verteilungsordnung für eine konkrete Sache zuständig ist, hat die damit zusammenhängenden in seinen Zuständigkeitsbereich fallenden Amtshandlungen somit von Gesetzes wegen wahrzunehmen.<sup>39</sup> Dies zeitigt besondere Auswirkungen vor allem in jenen Fällen, in denen der Gerichtskommissär bereits vor Einleitung des gerichtlichen Verfahrens, somit vor Einlangen

---

<sup>32</sup> § 2 Abs 1 GKG iVm 5 GKG. Die §§ 4 und 5 GKG regeln umfassend die Erlassung der Verteilungsordnungen.

<sup>33</sup> BGBl 343/1970 idF BGBl I 2005/164.

<sup>34</sup> Siehe dazu S 12.

<sup>35</sup> Siehe dazu S 50 f.

<sup>36</sup> ZB Strafen, Beugehaft.

<sup>37</sup> Beispiele für vom Gerichtskommissär wahrzunehmende Aufgaben finden sich in vorne dargestellter Tabelle.

<sup>38</sup> Das fakultative Gerichtskommissariat hat nur noch in den in § 1 Abs 1 Z 2 GKG angeführten Belangen eine Bedeutung, welche allerdings nicht die Verlassenschaftsabhandlung als solche betreffen. Siehe dazu § 2 Abs 2 GKG.

<sup>39</sup> Siehe auch § 2 Abs 1 GKG.

der Sterbefallmitteilung bei Gericht, dringende Amtshandlungen vorzunehmen hat. Das kann beispielsweise dann der Fall sein, wenn bereits vor Einleitung des eigentlichen Verfahrens Sicherungsmaßnahmen, etwa das Versperren von Räumlichkeiten, die Versorgung von Tieren undgl zu treffen sind, was insbesondere bei fehlenden Erben oder Organisationsstrukturen respektive bei Streitigkeiten zwischen den potenziellen Erben, also bei Gefahr der Beschädigung oder Entziehung von Nachlassgegenständen notwendig sein kann. Derartige Veranlassungen kann der Notar nunmehr vornehmen, ohne einen gerichtlichen Bestellungsbeschluss abwarten zu müssen.<sup>40</sup> Gem § 2 Abs 1 Satz 2 GKG hat der Gerichtskommissär das Gericht aber unverzüglich davon zu verständigen. *Fucik* führt dies auf das berechtigte Anliegen der Gerichte zurück, „so früh wie möglich vom Anhängigwerden eines Verlassenschaftsverfahrens Kenntnis zu erlangen“<sup>41</sup>. Dadurch wird sichergestellt, „dass die Gerichte so früh wie möglich von der Einleitung eines Verlassenschaftsverfahrens und den der Abhandlungspflege zuzurechnenden Maßnahmen des Gerichtskommissärs Kenntnis erlangen, sobald wie möglich eine bezughabende Aktenzahl vergeben werden kann und die Aufsichtspflicht über den Fortgang des Verlassenschaftsverfahrens von Anfang an aktiviert ist“<sup>42</sup>.

§ 9 GKG legt fest, welche **Befugnisse** dem Gerichtskommissär im Zuge aller von ihm vorzunehmenden Amtshandlungen zukommen. Der Notar in seiner Stellung als Gerichtskommissär kann demgemäß im gesamten Bundesgebiet Erhebungen pflegen und alle Beweise selbst aufnehmen. Für den Fall, dass Amtshandlungen in einem weiter entfernten Sprengel vorgenommen werden müssen, bestimmt § 9 Abs 3 GKG, dass alle Gerichte, Verwaltungsbehörden und nach ihrer Verteilungsordnung zuständige Notare dem Gerichtskommissär gegenüber zur Amtshilfe verpflichtet sind. Ersucht dieser demgemäß einen anderen Notar um Rechts- bzw Amtshilfe, ist auch der ersuchte Notar insoferne Gerichtskommissär (§ 1 Abs 3 GKG).<sup>43</sup>

Der Gerichtskommissär ist weiters befugt, Zustellungen selbst durch die Post oder durch Gerichte vornehmen zu lassen und öffentliche Verlautbarungen, beispielsweise Edikte, zu veranlassen (§ 9 Abs 1 GKG). Ist der Gerichtskommissär mit der Wahrheitsermittlung und der Tatsachenfeststellung im Verlassenschaftsverfahren betraut, so kann er sich gem § 9 Abs 1 GKG auf die gleichen Auskunftsrechte und Einsichtsbefugnisse wie das Verlassenschaftsgericht berufen. Dazu zählt insbesondere die gebührenfreie Inanspruchnahme der elektronischen Einsicht in Geschäftsregister der Verfahrensautomation Justiz (mit Ausnahme der Register in Unterbringungssachen, der staatsanwaltschaftlichen Behörden und des Obersten Gerichtshofs).

Gem § 9 Abs 2 GKG treffen alle Personen, deren Aussagen oder Auskünfte Beweismittel darstellen – also solche Personen, die als Parteien, Zeugen oder Sachverständige zu vernehmen sind – gegenüber dem Gerichtskommissär die gleichen Rechte<sup>44</sup> und Pflichten wie gegenüber dem Gericht.<sup>45</sup> Wo der Gerichtskommissär Amtsbestätigungen auszustellen hat, sind sie mit dem Amtssiegel zu versehen (§ 9 Abs 4 GKG).

---

<sup>40</sup> Detaillierte Ausführungen zu Sicherungsmaßnahmen finden sich auf S 55 ff.

<sup>41</sup> *Fucik*, Verlassenschaftsverfahren Rz 36.

<sup>42</sup> *Fucik*, Verlassenschaftsverfahren Rz 36.

<sup>43</sup> *Fucik*, Verlassenschaftsverfahren Rz 60.

<sup>44</sup> Damit sind laut *Fucik*, Verlassenschaftsverfahren Rz 61 die „Befugnisse gemeint, sich der Pflichten zu entziehen (§§ 320 ff ZPO)“.

<sup>45</sup> Im Außerstreitverfahren haben gem § 16 Abs 2 AußStrG die Parteien „vollständig und wahrheitsgemäß alle ihnen bekannten, für die Entscheidung des Gerichtes maßgebenden Tatsachen und Beweise vorzubringen bzw anzubieten und alle darauf gerichteten Fragen des Gerichtes zu beantworten“. Ein Verstoß gegen diese Pflicht liegt laut *Rechberger* in *Rechberger* (Hrsg), Kommentar zum Außerstreitgesetz (2006) § 16 Rz 2 dann vor, „wenn die Parteien falsche Angaben

§ 9 Abs 5 GKG normiert eine Subsidiaritätsklausel dahin gehend, dass der Notar bei seiner Tätigkeit als Gerichtskommissär, soweit das Gesetz nicht ausdrücklich anderes vorsieht, die für die Gerichte geltenden Vorschriften sinngemäß anzuwenden hat.

§ 10 GKG legt fest, wie der Gerichtskommissär seine Akten zu führen hat und welche Formerfordernisse für die von ihm errichteten Urkunden bestehen.

Wird nach der Notariatsordnung für einen Notar ein Substitut bestellt oder die erledigte Notarstelle neu besetzt, so tritt der Substitut oder der Amtsnachfolger bezüglich der dem Notar durch Gesetz oder Auftrag übertragenen und künftig zu übertragenden Amtshandlungen als Gerichtskommissär ein (§ 8 GKG).

### 2.2.1.2 Ausgeschlossenheit und Befangenheit

Gem § 6 Abs 1 GKG sind die §§ 19 bis 25 JN sinngemäß anzuwenden, wenn beim Gerichtskommissär ein Grund vorliegt, der einen Richter von der Ausübung des Richteramts in bürgerlichen Rechtssachen ausschließen würde oder seine Unbefangenheit in Zweifel stellt.

Ein Gerichtskommissär kann somit dann **vom Verfahren insbesondere ausgeschlossen** werden, wenn einer der in § 20 JN genannten Gründe vorliegt, nämlich

- er selbst Partei ist oder zu einer der Parteien in dem Verhältnis eines Mitberechtigten, Mitverpflichteten oder Rechtspflichtigen steht,
- in Sachen seines Ehegatten, seines eingetragenen Partners oder gewissen verwandten (gerade Linie, Seitenlinie bis zum vierten Grad) und verschwägerten (gerade Linie, Seitenlinie bis zum zweiten Grad) Personen (auch, wenn das Naheverhältnis nicht mehr besteht),
- in Sachen seines Lebensgefährten oder solcher Personen, die mit diesem in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis zum zweiten Grad verwandt sind (auch, wenn das Naheverhältnis nicht mehr besteht),
- in Sachen seiner Wahl- oder Pflegeeltern, Wahl- oder Pflegekinder und Pflegebefohlenen (auch, wenn das Naheverhältnis nicht mehr besteht),
- in Sachen, in welchen er als Bevollmächtigter einer der Parteien bestellt war oder noch bestellt ist,<sup>46</sup>
- in Sachen, in welchen er bei einem untergeordneten Gericht bei der Urteilerlassung oder Beschlussfassung teilgenommen hat.

---

*machen („wahrheitsgemäß“) oder bestimmte Tatsachen verschweigen („vollständig“), wodurch ihr Vorbringen auf einen Sachverhalt schließen lässt, der sich so nicht ereignet hat. Zumal das AußStrG keine beeideten Zeugen- und Parteienaussagen vorsieht [...], können Falschaussagen der Parteien nicht nach § 288 StGB geahndet werden [...].“* Hinsichtlich der Abgabe von Vermögenserklärungen legt § 170 AußStrG aber ausdrücklich fest, dass die Parteien „auf die strafrechtlichen Folgen einer wahrheitswidrigen Erklärung hinzuweisen sind“. Der Gesetzgeber (224 BlgNR 22. GP 110) folgt hier der hL (Leukauf/Steininger, Kommentar zum Strafgesetzbuch<sup>3</sup> (1992) § 146 Rz 30 ff; Bertel/Schwaighofer, Strafrecht Besonderer Teil I<sup>11</sup> (2010) § 146 Rz 10), wonach eine Partei den Betrugstatbestand gem § 146 StGB verwirklichen kann, indem sie durch „unwahre, in der Regel durch die Behörden ungeprüft übernommene Angaben eine Täuschung und dadurch einen Vermögensschaden bewirkt“. Die Strafbarkeit von falschen Angaben im Verlassenschaftsverfahren wird mit der „starke[n] Abhängigkeit des Gerichtes von der Richtigkeit und Vollständigkeit der Parteierklärung“ begründet.

<sup>46</sup> OGH 21.12.1989, 7 Ob 722/89, NZ 1990, 302: „[...] Das gleichzeitige Einschreiten eines Notars als Gerichtskommissär und als Parteienvertreter ist daher abzulehnen“, allerdings dann nicht, wenn „[...] die von ihm außerhalb des Verlassenschaftsverfahrens vorgenommenen Akte die von ihm im Verlassenschaftsverfahren durchzuführende Tätigkeit nicht entscheidend beeinflussen können“.

Diese **Ausschließungsgründe** sind als Nichtigkeitsgründe in jeder Lage des Verfahrens wahrzunehmen.<sup>47</sup>

Da § 6 Abs 1 GKG auf die §§ 19 bis 25 JN verweist, kann auch bei Beurteilung der Frage, wann ein Gerichtskommissär **als befangen gelten soll**, von den Befangenheitsgründen bei Richtern ausgegangen werden. Ein Gerichtskommissär gilt somit dann als befangen, wenn keine objektive Entscheidung möglich ist, also beispielsweise wenn private persönliche Beziehungen zu einer der Parteien bestehen.<sup>48</sup>

Der **Notar** in seiner Stellung als Gerichtskommissär hat im Fall des Bekanntwerdens eines Ausschließungs- oder Befangenheitsgrundes dies dem Gericht **umgehend anzuzeigen** (§ 6 Abs 1 GKG). Negiert er diese Bestimmung und entstehen einer Partei dadurch Schäden, liegt ein Amtshaftungsfall vor. Das Ablehnungsrecht wegen des Vorliegens von Ausschluss- oder Befangenheitsgründen kann gem § 21 JN auch von **jeder Partei**<sup>49</sup> ausgeübt werden. Hat sich eine Partei aber auf eine Verhandlung vor einem bestimmten Gerichtskommissär eingelassen, ohne einen ihr bereits bekannten Ablehnungsgrund geltend zu machen, so kann sie diesen nicht mehr wegen Befangenheit ablehnen. Hingegen können Ausschließungsgründe gem § 22 Abs 4 JN immer geltend gemacht werden. Sie sind, wie bereits ausgeführt, Nichtigkeitsgründe und als solche in jeder Lage des Verfahrens auch von Amts wegen zu beachten. Behauptet eine Partei die Befangenheit eines dies bestreitenden Gerichtskommissärs, sind die Ablehnungsgründe glaubhaft zu machen (§ 22 Abs 3 JN). Hat sich die Partei vor Geltendmachung eines Befangenheitsgrundes bereits auf das Verfahren vor dem Gerichtskommissär eingelassen, ist weiters darzulegen, dass der Ablehnungsgrund erst später entstanden oder ihr erst später bekannt geworden ist (§ 22 Abs 3 JN).

Der das Verfahren in der Hauptsache führende **Richter** hat daraufhin **zu entscheiden**, ob einer der genannten Gründe tatsächlich gegeben ist und im Fall des Vorliegens eines solchen Grundes, einen anderen Notar als Gerichtskommissär zu bestellen (§ 6 Abs 1 Z 1 GKG). Gem Abs 3 der genannten Bestimmung hat das Gericht die jeweilige Amtshandlung selbst durchzuführen, wenn nach den örtlichen Verhältnissen die Heranziehung eines anderen Notars den Parteien nicht zugemutet werden kann. Ausschlaggebend sind hier ausschließlich die örtlichen Verhältnisse. Abs 3 ist nur dann anzuwenden, „*wenn sich für die Parteien wegen der besonderen örtlichen Verhältnisse ... durch die Heranziehung auch des örtlich günstigst gelegenen Notars dennoch unzumutbare Belastungen an Zeit, Mühe und Aufwand ergeben würden*“.<sup>50</sup>

§ 6 Abs 2 GKG legt fest, dass ein dem Notar vom Gericht erteilter Auftrag zum Tätigwerden als Gerichtskommissär auch dann vom Gericht zu widerrufen ist, wenn der bestellte

<sup>47</sup> LG Wien 07.09.1994, 16 C 226/93g, EFSIlg 75.918.

<sup>48</sup> OLG Wien 21.01.2002, 10 Rs 452/01, SVSIlg 49.997: „Für die Ablehnung eines Richters wegen Befangenheit genügt, dass eine Befangenheit mit Grund befürchtet werden muss oder dass bei objektiver Betrachtungsweise auch nur der Anschein einer Voreingenommenheit entstehen könnte.“ Die Mitgliedschaft bei dem Verein, dem eine der Parteien angehört, kann keine Befangenheit begründen (OGH 07.11.1991, 6 Ob 616/91, ÖJZ NRsp 1992/124/136 = ÖJZ EvBl 1992/117). In oben zitierter Entscheidung 7 Ob 722/89 nimmt der OGH keine Befangenheit an, wenn der Gerichtskommissär im Verlassenschaftsverfahren nicht gleichzeitig als Parteienvertreter einschreitet, jedoch rund 10 Monate vor dem Ableben der Erblasserin den Übergabsvertrag errichtet und verbüchert hatte. „Diese Akte können aber die Funktion des Gerichtskommissärs im Verlassenschaftsverfahren nicht beeinflussen.“

<sup>49</sup> Zum Parteienbegriff im Verlassenschaftsverfahren siehe S 18 ff.

<sup>50</sup> Wagner/Knechtel (Hrsg), Kommentar zur Notariatsordnung: Notariatsaktsgesetz, Gerichtskommissärsgesetz, Berufsrechtliche Nebengesetze, Richtlinien der Österreichischen Notariatskammer, Europäisches Berufsrecht<sup>6</sup> (2006) § 6 GKG Rz 4.

Notar bei der Besorgung der ihm übertragenen Amtshandlungen die hierbei zu beachtenden **gesetzlichen Vorschriften verletzt**. Damit sind nur jene Vorschriften gemeint, welche auch das Gericht zu beachten hat.<sup>51</sup> Inwieweit diese Bestimmung für den obligatorischen Gerichtskommissär ebenfalls gilt, welcher ja gerade nicht beauftragt wurde, sondern von Gesetzes wegen tätig wird, ist unklar. Der Umstand, dass in Abs 1 noch ausdrücklich zwischen obligatorischem und fakultativem Gerichtskommissär unterschieden wird und sich Abs 2 lediglich auf den „*bereits erteilten Auftrag*“ bezieht, deutet darauf hin, dass diese Regelung für den obligatorischen Gerichtskommissär eben nicht gelten soll. Auch die Tatsache, dass in Bezug auf die Befangenheit der Richter gem § 19 JN, auf welche Norm sich § 6 GKG ausdrücklich bezieht, davon ausgegangen wird, dass Verfahrensverstöße keine solche Befangenheit begründen, untermauert die Ansicht, dass § 6 Abs 2 GKG für den obligatorischen Gerichtskommissär eben nicht gelten soll.<sup>52</sup> Mit dem AußStrG 2005 wurde dem Gerichtskommissär die weitgehend selbstständige Führung des Verlassenschaftsverfahrens übertragen, um die Gerichte zu entlasten. Seine Stellung wurde daher besonders gestärkt. Verstößt er gegen gesetzliche Bestimmungen, kommt im Schadensfalle das AHG zur Anwendung. Des Weiteren steht den Parteien der Abhilfeantrag gem § 7a GKG zur Verfügung. Damit können sie bei Fehlverhalten des Gerichtskommissärs an das Gericht wenden, welches ihn daraufhin zu hören und Abhilfe zu schaffen hat.

Da der Gerichtskommissär das Verfahren zügig vorantreiben und seine Aufgaben möglichst rasch erledigen soll, hat er auch im Falle seiner Ablehnung alle **Handlungen, die keinen Aufschub gestatten**, bis zur rechtskräftigen Erledigung des Ablehnungsantrags vorzunehmen (§ 25 JN).<sup>53</sup> Ist die Ablehnung offenbar unbegründet und wird vermutet, dass durch den Antrag das Verfahren verschleppt werden soll, so hat der Gerichtskommissär dieses ohne Rücksicht darauf fortzusetzen. Der Einantwortungsbeschluss darf allerdings nicht vor rechtskräftiger Zurückweisung der Ablehnung erlassen werden (§ 25 JN).

Als **Rechtsmittel gegen eine Zurückweisung der Ablehnung** eines Gerichtskommissärs kommt gem § 24 Abs 2 JN lediglich der Rekurs an das zunächst übergeordnete Gericht in Frage. Diese Bestimmung verdrängt – auch im außerstreitigen Verfahren – die allgemeinen Regelungen über die Anfechtbarkeit von Beschlüssen. Ein Revisionsrekurs gegen die bestätigende Entscheidung des Gerichts zweiter Instanz ist auch nach neuer Rechtslage jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn eine inhaltliche Prüfung der Ablehnungsgründe erfolgte.<sup>54</sup> Nur in zwei Fällen ist gegen die Zurückweisung der Ablehnung der Revisionsrekurs zulässig, nämlich „*[w]enn das Rekursgericht eine meritorische Behandlung aus formellen Gründen abgelehnt hat ... und wenn das Rekursgericht einer Befangenheitsanzeige stattgibt, jedoch keinen Ausspruch über die Aufhebung der vom [Gerichtskommissär] gesetzten nichtigen Handlungen aufgenommen hat.*“<sup>55</sup>

Gegen die **Stattgebung der Ablehnung** ist gem § 24 Abs 2 JN kein Rechtsmittel zulässig.

---

<sup>51</sup> *Wagner/Knechtel*, NO<sup>6</sup> § 6 GKG Rz 2: „*Handelt es sich um Verstöße gegen Vorschriften der NO [...] berechtigen diese noch nicht zum Widerruf, sofern hiedurch nicht andere, auch vom Gericht zu beobachtende gesetzliche Vorschriften verletzt worden sind; Das Gericht kann sie beim Disziplinargericht ... oder bei der Notariatskammer zur Anzeige bringen .... Pflichtverletzungen der Notare als Gerichtskommissäre werden nach dem X. HptSt der NO ... geahndet.*“

<sup>52</sup> ZB LG Wien 24.01.1996, EFSlg 82.047.

<sup>53</sup> OGH 10.02.2004, 1 Ob 307/03h, ÖJZ-LSK 2004/143 = EvBl 2004/138, 645.

<sup>54</sup> OGH 23.01.2003, 8 Ob 2/03g, EFSlg 105.436 = EFSlg 105.447 = EFSlg 105.451; 10.05.2005, 1 Ob 96/05g, RZ 2005, 282; 27.08.2008, 7 Ob 169/08s, RS 0122963; 13.01.2009, 5 Ob 277/08h, iFamZ 2009/134, 171.

<sup>55</sup> OGH 27.08.2008, 7 Ob 169/08s, RS 0122963.

### 2.2.1.3 Unvereinbarkeit

Gem § 6a Abs 1 GKG sind gewisse **privatrechtliche Geschäfte** (zB Kauf von Nachlassgegenständen) zwischen dem Gerichtskommissär selbst und der von ihm abzuhandelnden Verlassenschaft unzulässig.<sup>56</sup> Um jegliche Umgehungsgeschäfte zu vermeiden, sollen diese Geschäfte auch dann verboten sein, wenn nicht der Gerichtskommissär selbst handelt, sondern sein Dauersubstitut, sein Notarpartner, ein mit ihm in Regiegemeinschaft stehender Notar oder eine Person, die zu ihm oder einem Notarpartner oder zu einem mit ihm in Regiegemeinschaft stehendem Notar in einem Dienstverhältnis steht sowie deren Angehörige gem § 33 NO<sup>57</sup>.

§ 6a Abs 2 GKG nennt schließlich jene Personen, welche weder für die Verlassenschaft (während des gesamten Verfahrens<sup>58</sup>) noch für eine andere Person in Bezug auf das Verlassenschaftsverfahren bis zur Einantwortung als **Kurator oder bevollmächtigter Parteivertreter** Vertretungshandlungen setzen dürfen: es sind die schon in Abs 1 genannten Personen mit Ausnahme der Angehörigen nach § 33 NO. Nach Einantwortung, also etwa bei deren grundbücherlichen Durchführung, können alle Betroffenen, nicht jedoch die Verlassenschaft selbst, durch die genannten Personen vertreten werden. Wird vor Einantwortung ein Erbteilungsübereinkommen getroffen, so sind auch die in Abs 2 genannten Personen im Verfahren zur Verbücherung von der Vertretung von Parteien ausgeschlossen.<sup>59</sup>

### 2.2.1.4 Schriftliche Abhandlungspflege

Der Gerichtskommissär hat gem § 3 Abs 3 GKG bei seiner ersten Amtshandlung die Parteien auf die bestehende Möglichkeit einer **schriftlichen Abhandlungspflege** hinzuweisen. Dieser Hinweis muss so früh wie möglich<sup>60</sup> und kann auch mündlich erfolgen.<sup>61</sup> Entstehen Schäden aus der Unterlassung dieses Hinweises durch den Gerichtskommissär, stehen Amtshaftungsansprüche im Raum.

Im Zuge der schriftlichen Abhandlungspflege können die Parteien die erforderlichen Anträge, Erklärungen oder Beweismittel selbst verfassen und direkt dem Gericht übermitteln (§ 3 Abs 1 GKG). Es bedarf also nicht der Erledigung durch den Gerichtskommissär. Die Todesfallaufnahme, die Übernahme letztwilliger Verfügungen, die Errichtung des Inventars und die Ausstellung von Amtsbestätigungen gem § 172 AußStrG verbleiben aber stets beim Gerichtskommissär.<sup>62</sup> Die Durchführung der schriftlichen Abhandlungspflege erfolgt **nur auf Antrag<sup>63</sup> und im Einvernehmen aller Parteien**. Stimmt auch nur eine Partei dieser Verfahrensart nicht zu, ist der Antrag abzuweisen.<sup>64</sup> Bei der Beantragung durch min-

<sup>56</sup> *Fucik*, Verlassenschaftsverfahren Rz 47.

<sup>57</sup> Als solche Angehörige gelten der Ehegatte, Verwandte oder Verschwägere in gerader Linie, durch Adoption in gerader Linie Verbundene, in der Seitenlinie bis zum vierten Grad Verwandte oder bis zum zweiten Grad Verschwägere, sowie Lebensgefährten und solche Personen, die mit diesem in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis zum zweiten Grad verwandt sind.

<sup>58</sup> *Fucik*, Verlassenschaftsverfahren Rz 49.

<sup>59</sup> *Fucik*, Verlassenschaftsverfahren Rz 50.

<sup>60</sup> Dies kann zB in der Ladung zur Todesfallaufnahme geschehen, 225 BlgNR 22. GP 26.

<sup>61</sup> *Fucik*, Verlassenschaftsverfahren Rz 41. *Fucik* empfiehlt hier allerdings zutreffend die Dokumentation eines solchen Hinweises.

<sup>62</sup> *Bittner/Hawel* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer* Rz 43 mwN.

<sup>63</sup> Der Antrag kann, wie alle Eingaben, beim Gerichtskommissär oder bei Gericht gestellt werden. Siehe dazu S 50 f.

<sup>64</sup> OGH 22.06.1993, 1 Ob 571/93, ÖJZ NRsp 1993/264/265 = JBI 1994, 42 = SZ 66/78 = NZ 1994, 65 = JUS Z/1426; 01.09.1999, 9 Ob 128/99k, EFSlg 91.698 = EFSlg 91.699; 03.09.2009, 2 Ob 53/09x, ÖJZ EvBI 2010/23, 174 = NZ 2010/22, 80 = iFamZ 2010/34, 41 = JUS Z/4759 = SZ 2009/115.

derjährige Personen bedarf es dazu gem § 154 Abs 3 ABGB der Zustimmung der Obsorgeberechtigten und der Genehmigung durch das Pflugschaftsgericht. Wird die Einholung dieser Genehmigung verabsäumt oder verwehrt, ist der Antrag formungültig. Sämtliche Parteien gemeinsam können durchaus auch noch nach Übermittlung des Abhandlungsakts an den Gerichtskommissär einen formgerechten Antrag auf Durchführung der schriftlichen Abhandlungspflege einbringen.<sup>65</sup> Als „**Parteien**“, welche dem Antrag zustimmen müssen, gelten in diesem Zusammenhang die letztwillig bedachten und die gesetzlichen Erben. Ob auch die Zustimmung Pflichtteilsberechtigter notwendig ist, bleibt strittig, wird heute aber überwiegend verneint.<sup>66</sup> Die Zustimmung der Pflichtteilsberechtigten erscheint ua deshalb nicht notwendig, da ihre Rechte (gem §§ 784, 804 und 812 ABGB) auch im Falle schriftlicher Abhandlungspflege gewahrt bleiben.

Die Parteien können sich im Zuge dieses Verfahrens auch eines Bevollmächtigten, also eines sog **Erbenmachthabers** bedienen, der selbst nicht zwingend Anwalt oder Notar sein muss. Er hat aber stets sämtliche Parteien gemeinsam zu vertreten.<sup>67</sup> Es herrscht jedoch keine Vertretungspflicht, selbst wenn der Wert der Aktiva der Verlassenschaft voraussichtlich €5.000 übersteigt.<sup>68</sup> Bedienen sich die Parteien in diesen Fällen aber eines Bevollmächtigten, so kann dies nur ein Rechtsanwalt oder Notar sein. Stellt sich erst während des Verfahrens

<sup>65</sup> OGH 01.09.1999, 9 Ob 128/99k, EFSlg 91.698 = EFSlg 91.699.

<sup>66</sup> OGH 29.09.1999, 6 Ob 161/99s, NZ 2000, 219 = JUS Z/2880 = EFSlg 91.700: „Die sogenannte schriftliche Abhandlungspflege ... setzt einen Antrag aller Parteien des Abhandlungsverfahrens voraus. Bei Uneinigkeit von Miterben kommt sie nicht in Frage. ... strittig ist die Frage, ob auch die Zustimmung des Noterben erforderlich ist, was nur bejaht werden kann, wenn er als Partei im Abhandlungsverfahren oder zumindest als Beteiligter aufzufassen wäre, dessen Rechtsstellung durch die Verfügung der schriftlichen Abhandlungspflege berührt wird. In mehreren älteren Entscheidungen ... wurde die Zustimmung des Noterben für erforderlich gehalten. Die Entscheidung 3 Ob 524/83 begründete dies im wesentlichen mit der Notwendigkeit, den Noterben im Verlassenschaftsverfahren wegen seiner Rechte nach § 804 ABGB (auf Errichtung eines Inventars), nach § 784 ABGB (auf Teilnahme an der Nachlaßschätzung) und § 812 ABGB (auf Nachlaßseparation) zu beteiligen. ... Die jüngere oberstergerichtliche Judikatur verneint ... eine Antragslegitimation des Noterben in der Frage, in welcher Form die Abhandlung geführt wird. Es wird also auch das Erfordernis einer Zustimmung des Noterben zur schriftlichen Abhandlungspflege verneint, was mit der ständigen Judikatur im Einklang steht, daß ein Noterbe im Abhandlungsverfahren nur insoweit Beteiligter ist, als er durch eine Entscheidung des Abhandlungsgerichtes eine Verkürzung in seinen materiellen Rechten oder eine Beeinträchtigung seiner verfahrensrechtlichen Stellung erleidet (4 Ob 208/97k mwN). Die Antragslegitimation des Noterben ist auf die Rechte aus den §§ 784, 804 und 812 ABGB beschränkt (4 Ob 1612/94). In diese Rechte greift jedoch eine die schriftliche Abhandlungspflege oder deren Fortsetzung bewilligende Verfügung des Abhandlungsgerichtes nicht ein. ... Durch die schriftliche Abhandlungspflege wird der Noterbe weder in seinen materiellen Rechten noch in seiner verfahrensrechtlichen Stellung tangiert.“ Siehe auch 4 Ob 202/02p: „... hat der Oberste Gerichtshof in seiner jüngeren Rechtsprechung schon wiederholt die Antragslegitimation des Noterben in der Frage, in welcher Form die Abhandlung geführt wird ... verneint, weil die schriftliche Abhandlungspflege in die dem Noterben nach §§ 784, 804 und 812 ABGB eingeräumten Rechte nicht eingreift.“

<sup>67</sup> Die Abhandlung kann daher nur entweder durch einen Gerichtskommissär oder durch die Erbengemeinschaft (im Einvernehmen) durchgeführt werden (OGH 16.09.1976, 7 Ob 665/76, RS 0006547; 03.09.2009, 2 Ob 53/09x, ÖJZ EvBl 2010/23, 174 = NZ 2010/22, 80 = iFamZ 2010/34, 41 = JUS Z/4759 = SZ 2009/115). Schreitet ein Rechtsanwalt oder Notar nicht für alle Erben gemeinsam, sondern nur für einen oder mehrere ein, handelt es sich bei ihm um einen Erbenvertreter, nicht um einen Erbenmachthaber. In einem solchen Fall ändert sich nichts an der Zuständigkeit des Gerichtskommissärs zur Durchführung der Verlassenschaftsabhandlung.

<sup>68</sup> *Bittner/Hawel* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer* Rz 43. Diese Wertgrenze gilt nur für Verfahren, die nach dem 31.12.2009 eingeleitet wurden (BGBl I 2009/141). Für die vor diesem Zeitpunkt eingeleiteten Verfahren gilt eine Wertgrenze von € 4.000,-.

heraus, dass der Wert der Aktiva € 5.000 übersteigt, so hat das Gericht dies den Parteien und deren Vertretern unter Hinweis auf das Erlöschen der Vertretungsmacht mit Zustellung an den Vertreter<sup>69</sup> unverzüglich bekannt zu geben. Ist der Vertreter weder Rechtsanwalt noch Notar, erlischt seine Vertretungsmacht für das weitere Verfahren *ex nunc* mit Zustellung dieser Bekanntgabe (§ 3 Abs 1 GKG). Die Parteien können daraufhin entweder unvertreten bleiben oder eben einen Rechtsanwalt bzw Notar mit ihrer Vertretung betrauen.

Eignen sich die übermittelten Schriftsätze einer Partei oder eines nicht qualifizierten Vertreters nicht zu einer zweckentsprechenden Erledigung und können sie auch nicht auf einfache Weise verbessert werden oder wird die gesetzte Nachfrist versäumt, so hat gem § 3 Abs 2 GKG das Gericht auszusprechen, dass die betroffenen und erforderlichenfalls auch alle weiteren Amtshandlungen in der Sache vor dem Gerichtskommissär abzuhandeln sind. Das gilt wohl auch dann, wenn mehrere Parteien nicht einheitlich und gemeinsam vorgehen, zumal in derartigen Konstellationen eine geordnete Durchführung des Verlassenschaftsverfahrens nicht gewährleistet wäre.

Da auch bei schriftlicher Abhandlungspflege die Pauschalgebühr für Verlassenschaftsabhandlungen gem Tarifpost 8 Gerichtsgebührengesetz (GGG) festgesetzt, also weder reduziert noch erhöht wird,<sup>70</sup> sich jedoch die Gebühr des Gerichtskommissärs nach seinen tatsächlichen Amtshandlungen bemisst,<sup>71</sup> lassen sich gewisse Einsparungseffekte primär auf dieser Ebene lukrieren. Abgesehen davon wird der Gerichtskommissär durch die schriftliche Abhandlungspflege aber natürlich auch entlastet.<sup>72</sup>

### 2.2.1.5 Überwachung durch das Gericht

Da es sich beim Verlassenschaftsverfahren immer noch um ein gerichtliches Verfahren handelt, bleibt eine gewisse Überwachung der Gerichtskommissäre durch die Gerichte weiterhin unumgänglich. Dies vor allem auch deshalb, weil die „Letztverantwortung“ im Verlassenschaftsverfahren bei den Gerichten liegt.<sup>73</sup> Näheres zu dieser Überwachung regeln die §§ 6, 7 und 7a GKG.

§ 7 GKG legt diesbezüglich fest, dass das Gericht dem Notar für die Besorgung der aufgetragenen Amtshandlungen entsprechende **Fristen setzen** kann, welche „auf einen ohne Verzögerung gestellten Antrag wegen erheblicher Gründe“ wiederholt verlängert werden können. Aus dem Wortlaut des Gesetzes geht hervor, dass diese Regelung ursprünglich nur für beauftragte Gerichtskommissäre gelten sollte, da einem obligatorischen Gerichtskommissär<sup>74</sup> ja an sich nichts „aufgetragen“ wird. Mit *Fucik*<sup>75</sup> ist aber davon auszugehen, dass diese Regelung im Zusammenhang mit der Möglichkeit der Zurwehrsetzung von Parteien gegen das Säumigwerden eines Gerichtskommissärs, auch für *Ex-lege*-Kommissariate gelten müsse. § 7 Abs 2 GKG regelt nämlich diesbezüglich, dass bei **Säumigwerden** des Gerichtskommissärs nach erfolgter Nachfristsetzung und gleichzeitiger

<sup>69</sup> *Wagner/Knechtel*, NO<sup>6</sup> § 3 GKG Rz 2.

<sup>70</sup> Zu den Gerichtsgebühren im Verlassenschaftsverfahren siehe S 152 ff.

<sup>71</sup> Siehe dazu S 154 f.

<sup>72</sup> *Fucik*, Verlassenschaftsverfahren Rz 37; OGH 27.11.2007, 10 Ob 3/07z, Zak 2008/49, 34 = ÖJZ EvBl 2008/56, 324 = EF-Z 2008/67, 112 = NZ 2008/56, 206 = iFamZ 2008/49, 87 = RZ 2008/15, 212.

<sup>73</sup> *Fucik*, Verlassenschaftsverfahren Rz 52, der zutreffend darauf hinweist, dass Fehler und Säumnisse des Gerichtskommissärs zumindest im Sinne des AHG auf den Bund als Rechtsträger zurückfallen.

<sup>74</sup> Im Verlassenschaftsverfahren wird der Gerichtskommissär *ex lege* tätig, also ohne Auftragserteilung. Siehe dazu S 7.

<sup>75</sup> *Fucik*, Verlassenschaftsverfahren Rz 51 und 57.

Androhung des Widerrufs des Auftrages, der Auftrag zu widerrufen und ein anderer Notar zum Gerichtskommissär zu bestellen ist. Der Auffassung *Fuciks*, wonach § 7 GKG auch für obligatorische Gerichtskommissäre gelten müsse, ist aber auch deshalb beizupflichten, weil § 7a GKG, der sich sowohl auf bestellte als auch auf *ex-lege*-Kommissariate bezieht, in seinem Abs 4 ausdrücklich auf § 7 GKG verweist. Dem Gericht steht es somit zu, einem Notar das Kommissariat unmittelbar bei dessen Säumigkeit zu entziehen, ohne ihm die Aufgaben des Gerichtskommissärs jemals ausdrücklich aufgetragen zu haben. Gem § 7 Abs 2 letzter Satz GKG ist unter einem die zuständige Notariatskammer vom Entzug des Kommissariats zu verständigen.

Das Gericht kann dem zuständigen Gerichtskommissär gem § 7a Abs 1 GKG aber auch **Aufträge erteilen**, im Zuge seiner Überwachungsfunktion **Berichte einholen** und erforderliche **Erhebungen durchführen**. Lassen sich die Erhebungen nicht durch das Gericht selbst durchführen, so entspricht es wohl auch Sinn und Zweck dieser Bestimmung, nämlich ein geordnetes Verlassenschaftsverfahren zu sichern, andere Notare, Gerichte oder Behörden mit der Durchführung von Erhebungen zu betrauen.

**Bemängelt eine Partei** das Vorgehen des Gerichtskommissärs, so kann sie dies dem Gericht anzeigen, welches daraufhin gem § 7a Abs 2 GKG den betroffenen **Notar anzuhören** und in weiterer Folge darüber zu entscheiden hat<sup>76</sup>, ob dem Notar das Kommissariat entzogen werden oder er in der Sache weiterhin als Gerichtskommissär tätig bleiben soll. Im Fall des Entzugs des Kommissariats ist vom Gericht auszusprechen, welcher andere Notar dieses zu übernehmen hat.<sup>77</sup> Gem § 7a Abs 3 GKG hat der Gerichtskommissär bis zur Entscheidung des Gerichts nur noch solche Maßnahmen zu treffen, die dem Ergebnis dieser Entscheidung nicht vorgreifen. Lediglich erforderliche Sicherungsmaßnahmen müssen in jedem Fall gesetzt werden,<sup>78</sup> wozu *Fucik* treffend feststellt: „*Wenn sich eine Partei gegen eine Sperre wendet und diese auf Grund der Beschwerde aufgehoben werden müsste, stünde es schlecht um die effektiven Maßnahmen zur Nachlasssicherung.*“<sup>79</sup>

### 2.2.1.6 Gebühren des Gerichtskommissärs

Der Notar als Gerichtskommissär hat Anspruch auf Gebühren nach dem Gerichtskommissionstarifgesetz (GKTG),<sup>80</sup> welche das Verlassenschaftsgericht nach entsprechender Antragstellung zu bestimmen hat (§ 1 Abs 1 GKTG).

---

<sup>76</sup> Im Zuge der Diskussion der Entwürfe zum neuen Verlassenschaftsverfahren herrschte offenbar Uneinigkeit darüber, wie sich eine Partei gegen Maßnahmen des Gerichtskommissärs zur Wehr setzen können sollte. Da der Gerichtskommissär keine Entscheidungsbefugnis hat, kann er auch keine vor dem Gericht anfechtbaren Beschlüsse erlassen. Ein solcher Rechtszug an das Gericht steht den Parteien daher nicht offen. Die Regelung in § 7a Abs 2 GKG wurde schließlich nach dem Muster des Abhilfeantrags im Verhältnis zwischen Masseverwalter und Konkursgericht entworfen. Siehe dazu genauer *Fucik*, Verlassenschaftsverfahren Rz 54.

<sup>77</sup> Dies wird in § 7a Abs 2 GKG nicht ausdrücklich festgelegt. Der Umstand aber, dass in Abs 3 explizit auf § 7 Abs 2 GKG verwiesen wird, bestätigt die Annahme, dass auch in § 7a GKG-Fällen entsprechend vorzugehen ist. Umgekehrt ist aufgrund dieses Zusammenspiels der beiden Bestimmungen für § 7 GKG anzunehmen, dass dieser auch auf obligatorische Gerichtskommissäre anwendbar ist, und dass sich auch im Fall des Säumigwerdens eines Notars die Parteien an das Gericht wenden können.

<sup>78</sup> Zu Sicherungsmaßnahmen siehe genauer S 55 ff.

<sup>79</sup> *Fucik*, Verlassenschaftsverfahren Rz 56.

<sup>80</sup> BGBl 1971/108 i d F BGBl I 2008/68.