

# **Die Stellung des Gerichtskommissärs im Außerstreitverfahren**

DIPLOMARBEIT

zur Erlangung des akademischen Grades Mag<sup>a</sup>.iur. der Rechtswissenschaften  
an der Karl-Franzens-Universität Graz am Institut für Zivilgerichtliches  
Verfahren

vorgelegt von

Sarah Trummer

Stand: 23. März 2010

eingereicht bei

O.Univ.-Prof. MMag. Dr. Daphne-Ariane Simotta

Graz, im März 2010

Ich, Sarah Trummer geboren am 10. Jänner 1986, wohnhaft in Graz, erkläre ehrenwörtlich, dass ich die vorliegende Arbeit selbständig und ohne fremde Hilfe verfasst, andere als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel nicht benützt und die den benützten Quellen wörtlich oder inhaltlich entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe.

Graz, im März 2010

## **Vorwort**

Während meines Studiums und bei der Erarbeitung der vorliegenden Diplomarbeit haben mich viele Personen begleitet und unterstützt, wofür ich mich im Folgenden nochmals herzlich bedanken will:

Ein großer Dank gebührt meiner Betreuerin Frau O.Univ.-Prof. MMag. Dr. Daphne-Ariane Simotta, welche in mir bereits im Rahmen meines Studiums großes Interesse an ihrem Fachgebiet geweckt hat, was schlussendlich auch dazu führte bei ihr meine Diplomarbeit zu verfassen. Meinen besonderen Dank widme ich an dieser Stelle auch Herrn Univ.-Ass. Mag. Dr. Thomas Garber, welcher mich in Zusammenarbeit mit Frau O.Univ.-Prof. MMag. Dr. Daphne-Ariane Simotta bei der Ausarbeitung meiner Diplomarbeit ebenfalls tatkräftig unterstützt hat.

Schließlich möchte ich an dieser Stelle auch all meinen Freunden danken, die mir im Rahmen meines gesamten Studiums immer hilfreich zur Seite gestanden sind.

Der wohl größte Dank gebührt jedoch meiner Familie – Mama, Papa, Julia und Stefanie – die mich mit viel Geduld während meines ganzen Studiums in vollstem Umfang unterstützt hat. Ich kann Euch gar nicht sagen, wie unfassbar dankbar ich dafür bin, dass es Euch gibt.

Euch allen gebührt mein aufrichtiger Dank!

Graz, im März 2010

*Sarah Trummer*

# Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung.....	1
II. Das Konzept des Gerichtskommissariats in Österreich.....	6
A. Die Stellung des Notars als Gerichtskommissär .....	6
1. Allgemeines.....	6
2. Der Notar als Gerichtskommissär.....	6
3. Sukzessive Erweiterung der Befugnisse des Gerichtskommissärs.....	7
a. Gewährung von Grundbucheinsicht .....	7
b. Gewährung von Firmenbucheinsicht.....	8
c. Anmeldung zur Eintragung in das Firmenbuch.....	9
B. Die Stellung des Notars in verfassungsrechtlicher Hinsicht.....	9
1. Gerichtskommissär und Verfassung .....	9
a. Allgemeines.....	9
b. Verfassungsrechtliche Stellung des Gerichtskommissärs.....	10
c. Vereinbarkeit des Gerichtskommissariates mit Art 6 EMRK.....	13
2. Gänzliche Übertragung der Entscheidungstätigkeit auf den Notar als Gerichtskommissär .....	14
3. Rechtliche Folgen der Übertragung von Entscheidungsbefugnissen auf den Notar	16
a. Ist der Notar ein Beamter?.....	16
b. Amtshaftung.....	17
c. Ausschließung eines Notars.....	19
C. Europarechtliche Aspekte der Stellung des Notars als Gerichtskommissär .....	21
1. Allgemeines.....	21
2. Aktuelle Problematik.....	21
3. Zur Ermittlung des Inhalts des Rechtsbegriffs der öffentlichen Gewalt (autorité publique).....	22
4. Abtrennbarkeit notarieller Tätigkeiten.....	23
D. Kontrolle über das Handeln des Gerichtskommissärs und Rechtsschutzmöglichkeit	25
1. Überwachung durch das Gericht .....	25
2. Fristen – Säumnisfolgen.....	27
a. Fristsetzung – Fristverlängerung.....	27
b. Säumnisfolgen.....	28
3. Weisungsrecht des Richters.....	30
III. Stellung des Gerichtskommissärs im Verlassenschaftsverfahren.....	31
A. Welche Art von Verfahren stellt das Verlassenschaftsverfahren dar und wonach richtet sich die Zuständigkeit?.....	31
1. Amtswegiges Verfahren § 143 AußStrG.....	31
2. Sachliche - Funktionelle – Örtliche und Internationale Zuständigkeit.....	32
a. Die Verteilungsordnung für das Gerichtskommissariat .....	33
b. Auswahl der Notare.....	34
B. Entlastung der Gerichtskommissäre .....	38
1. Hintergrund und Zweck.....	38
2. Schriftliche Abhandlungspflege.....	38
3. Grundsätze der schriftlichen Abhandlungspflege.....	42
C. Welche Befugnisse kommen dem Gerichtskommissär im Rahmen des Verlassenschaftsverfahrens zu?.....	43
1. Allgemeines.....	43
2. Todesfallaufnahme.....	44

a. Sinn und Zweck.....	44
b. Inhalt der Todesfallaufnahme.....	45
3. Genauere Determinierung der Befugnisse des Gerichtskommissärs.....	46
a. Erhebungen im gesamten Bundesgebiet – Veranlassung von Zustellungen und öffentlichen Verlautbarungen.....	46
b. Rechts- und Amtshilfe.....	47
c. Rechte und Pflichten von Auskunftspersonen und Sachverständigen.....	47
d. Exkurs: Abgrenzung der Aufgaben von Verlassenschaftskurator und Gerichtskommissär .....	48
D. Welche Befugnisse kommen dem Gerichtskommissär speziell im Rahmen seiner Erhebungen iSd §§ 146 ff AußStrG zu?.....	51
1. Berechtigung des Gerichtskommissärs zum Betreten der Wohnung.....	51
2. Sicherung der Verlassenschaft.....	53
a. Versiegelung der Wohnung .....	53
b. Verwahrung.....	54
3. Freigabe.....	55
4. Sperren.....	55
E. Weitere Befugnisse .....	57
1. Errichtung des Inventars.....	57
2. Ausstellung von Amtsbestätigungen.....	57
F. Die Stellung des Gerichtskommissärs gegenüber den Parteien.....	60
1. Vermittlungspflicht zwischen den Parteien.....	60
2. Keine Befugnis zur Protokollierung gerichtlicher Vergleiche.....	62
3. Aufklärungspflicht.....	63
4. Erlassung von Edikten.....	64
5. Unvereinbarkeit nach § 6a GKG.....	64
6. Übernahme- und Dokumentierungspflicht von Schriftstücken durch den Gerichtskommissär .....	67
G. Verfahren ohne Verlassenschaftsabhandlung und Gerichtskommissär .....	68
1. Unterbleiben der Abhandlung.....	68
2. Überlassung an Zahlungs statt .....	69
H. Gerichtskommissionelles Tätigwerden im Verfahren außerhalb der Abhandlung ..	70
1. Verfahren nach Rechtskraft der Einantwortung.....	70
2. Änderungen der Abhandlungsgrundlagen.....	71
IV. Anfrage an das BMJ betreffend die Anzahl von Verlassenschaftsverfahren und die Art ihrer Erledigung im Zeitraum 2000 – 2008.....	73
V. Resümee.....	76
VI. Abstract.....	78
VII. Abkürzungsverzeichnis.....	79
VIII. Literaturverzeichnis.....	83
IX. Weitere Quellen.....	89
X. Judikaturverzeichnis.....	90
A. Veröffentlichte Entscheidungen.....	90
B. Unveröffentlichte Entscheidungen.....	92
XI. Erläuternde Bemerkungen.....	93

# I. Einleitung

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit der Stellung des Gerichtskommissärs<sup>1</sup> im Außerstreitverfahren. Doch wer ist der Gerichtskommissär – eine Ausdrucksweise, die für das Rechtsverständnis vieler unklar erscheint. Nimmt man ein entsprechendes Fachwörterbuch zur Hand, so erhält man die Information, dass es sich dabei um einen bestimmten Notar handelt, der im Außerstreitverfahren Amtshandlungen für das Gericht zu besorgen hat.<sup>2</sup> Ist im Weiteren meiner Arbeit also die Rede vom Gerichtskommissär, meine ich damit den Notar, der als Beauftragter des Gerichts Handlungen setzt.

Die Verbindung von Notariat und Außerstreitverfahren, vor allem die Einsetzung von Notaren als Gerichtskommissäre im Verlassenschaftsverfahren, bildet für das heutige Rechtsverständnis ein selbstverständliches Element des Notarbildes in Österreich.<sup>3</sup> Aus diesem Grund soll dem Leser im Weiteren ein kurzer und prägnanter historischer Überblick darüber gegeben werden, wie sich das Gerichtskommissariat entwickelt hat. Vor allem in der Zeit des absolutistischen Wohlfahrtsstaates bediente sich die kaiserliche Verwaltung der „Commissäre“ zur Erledigung verschiedener Aufgaben. Der Notar als Gerichtskommissär ist demnach ein Relikt aus jenen alten vorkonstitutionellen Zeiten.<sup>4</sup>

Historisch gesehen war der Grund für die Übertragung hoheitlicher Aufgaben auf Notare die Aufhebung der Patrimonialgerichtsbarkeit, im Gefolge der Revolution des Jahres 1848.<sup>5</sup> Es musste also ein Institut geschaffen werden, das zu einer gewissen „Entlastung der Rechtspflege“, wie auch „Beschleunigung der Gerichtspflege“ beitragen konnte.<sup>6</sup> Aus diesen beiden vorhin genannten Gründen, wie auch zur

---

<sup>1</sup> Der Ausdruck „Notar“ und „Gerichtskommissär“ wird im Folgenden geschlechtsneutral (also gleichbedeutend mit „Notarin“ und „Gerichtskommissärin“) verwendet.

<sup>2</sup> *Welser*, Fachwörterbuch zum bürgerlichen Recht (2005) 226.

<sup>3</sup> *Neschwara* in *Rechberger* (Hrsg), Außerstreitverfahren zwischen 1854 und 2005 - LBI XXIX (2006) 31.

<sup>4</sup> *Dengler*, Die Stellung des Notars als Gerichtskommissär, NZ 1956, 170 (170 f).

<sup>5</sup> *Wagner/Knechtel*, Kommentar zur Notariatsordnung<sup>6</sup> (2006) § 1 NO Rz 4.

<sup>6</sup> *Neschwara* in *Rechberger*, Außerstreitverfahren 33.

„*Verminderung der Kosten*“, sollten die Notare also in die „*Ausübung der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit*“ eingebunden werden, nämlich als sogenannte „*Gerichts-Commissäre*“.<sup>7</sup>

Der Wortlaut der damaligen Bestimmungen der NO (Notariatsordnung) über das Gerichtskommissariat lautete „*die Notare können verpflichtet werden*“ - was im Wege einer willkürlichen Auslegung seitens der Gerichte dazu führte, dass es nur in ihrem Ermessen stand, den Notar als Gerichtskommissär einzusetzen.<sup>8</sup> Die Schaffung des Gerichtskommissariats und die daraus resultierenden Vorteile hatten eingangs jedoch keinen großen Anklang gefunden. Hinzukam noch, dass sich die Organisierung, wie auch Existenz des Notariats in weiten Teilen des Landes als schwierig erwies.<sup>9</sup>

Basierend auf einem Gutachten des damaligen Justizministers, welcher das Weiterbestehen des Notariats befürwortete, setzte sich der Kaiser dafür ein, das Notariat im Zuge der geplanten Unifizierung der Rechtsordnung im Gesamtstaat auf alle Länder auszudehnen.<sup>10</sup> Trotz vielfacher Unstimmigkeiten bezüglich des Fortbestehens des Notariats wurde im Jahre 1854 das neue Außerstreitgesetz kundgemacht, in welchem die Heranziehung von Notaren als Gerichtskommissäre beibehalten wurde. Damit waren all jene außerstreitigen Rechtsangelegenheiten gemeint, welche keiner vorausgehenden richterlichen Entscheidung bedurften.<sup>11</sup> Mit der im Mai 1855 neu erlassenen NO wurde das Institut des Gerichtskommissariats noch einmal näher konkretisiert, in welcher man den Gerichten nach wie vor dahingehend einen Ermessensspielraum einräumte, wann sie von den Gerichtskommissären Gebrauch machen wollen. Dies sollte jedenfalls unter Bedachtnahme auf die Verfahrensökonomie und auf die Vorteile der Parteien geschehen.<sup>12</sup>

---

<sup>7</sup> Neschwara in Rechberger, Außerstreitverfahren 33.

<sup>8</sup> Neschwara, Geschichte des österreichischen Notariats – Vom Spätmittelalter bis zum Erlass der Notariatsordnung 1850 (1996) 618.

<sup>9</sup> Neschwara in Rechberger, Außerstreitverfahren 35 f.

<sup>10</sup> Neschwara, Geschichte 619 ff.

<sup>11</sup> Neschwara in Rechberger, Außerstreitverfahren 38.

<sup>12</sup> Neschwara, Österreichs Notariatsrecht in Mittel- und Osteuropa - Zur Geltung und Ausstrahlung des österreichischen Notariats (2000) 25f.

Einen weiteren Fortschritt auf diesem Gebiet stellte die Verordnung vom 7. Mai 1860 dar, welche vorsah, dass Amtshandlungen im Abhandlungsverfahren in Gebieten, in denen Gerichtshöfe erster Instanz bestehen, dem Gerichtskommissär übertragen werden müssen. Dr. Hans Klecatsky wies nun darauf hin, dass der Wunsch seitens des Notarenstandes dahingeht, diese Regelung auf das gesamte Bundesgebiet auszudehnen.<sup>13</sup>

Zwei Weltkriege, wie auch die Weltwirtschaftskrise standen einer gesetzlichen Weiterentwicklung, nämlich der Einführung des obligatorischen Gerichtskommissariats, verständlicherweise entgegen.<sup>14</sup> Ein damals gesetzgeberisches Vorhaben war somit der Entwurf eines eigenen Bundesgesetzes über die Tätigkeit der Notare als Beauftragte des Gerichts. Zeitgleich wurden auch im BMJ die Beratungen mit Vertretern des Delegiertentages der österreichischen Notariatskammern begonnen.<sup>15</sup>

Ein seit über hundert Jahren angestrebtes Ziel und ein für das österreichische Notariat bedeutsamer Tag, wurden am 11. November 1970 endlich verwirklicht. Der vorhin erwähnte Gesetzesentwurf wurde von sämtlichen im Hohen Haus anwesenden Abgeordneten angenommen. Mit diesem Bundesgesetz wurde nicht nur die Entlastung der Gerichte angestrebt, sondern auch die Beseitigung der Ungleichheit im Bundesgebiet, betreffend das Abhandlungsverfahren.<sup>16</sup>

Kern dieses neuen Gesetzes war also die obligatorische Zuweisung der Verlassenschaftssachen für das gesamte Bundesgebiet einheitlich zu normieren. Hauptaugenmerk lag darauf, dass die Landnotare eine Gleichstellung mit ihren Kollegen in der Stadt beziehungsweise mit der am Gerichtshof Tätigen, erfahren. Bereits der Verfassungsgerichtshof hat eine diesbezügliche Auffassung vertreten, dass diesem Problem, schon allein aufgrund des verfassungsrechtlich verankerten

<sup>13</sup> *Klecatsky*, Notariat und Rechtspflege - Rede des Bundesministers für Justiz vor der Vollversammlung des Delegiertentages der österreichischen Notariatskammern am 9. Oktober 1968, NZ 1969, 1 (3).

<sup>14</sup> *Handschr/Preiß/Rossmann*, Die Entwicklung des Gerichtskommissariats, NZ 1971, 57 (59).

<sup>15</sup> *Klecatsky*, NZ 1969, 3.

<sup>16</sup> *Wagner*, 11. November 1970, 13 Uhr 20 Minuten - Ein Bericht aus dem Parlament, NZ 1970, 178 (178 ff).



Gleichheitsgrundsatzes, Rechnung getragen werden müsse. Dieses Gesetz soll also den Rahmen dafür schaffen, dass Landnotare ihren Sitz auf dem flachen Land weiterhin aufrecht erhalten können. Für die rechtsuchende Bevölkerung auf dem Land war somit eine gewisse Anlaufstelle gewahrt, insofern sich nicht alles im städtischen Bereich konzentriert hat.<sup>17</sup>

In Punkto Gerichtsentlastung konnte man anhand einer Statistik sehen, dass eine überwiegende Zahl der Verlassenschaftsabhandlungen den Notaren übertragen wurde und es verblieb dem Richter seine eigentliche Tätigkeit, nämlich die richterliche Entscheidung.<sup>18</sup> Mit dem Bundesgesetz vom 3.12.1970 wurde also endlich ein Schlussstrich unter die mehr als hundertjährige Entwicklung, durch die Einführung des obligatorischen Gerichtskommissariats, gezogen. Demnach ist festzuhalten, dass das Gerichtskommissariat ein aus dem Rechtsleben Österreichs nicht mehr wegzudenkender Aufgabenbereich der Notare ist.<sup>19</sup>

Um zu verstehen, dass seine Tätigkeit auch auf andere Rechtsgebiete Auswirkungen hat, war es mir wichtig, in Hinblick auf seine Tätigkeit im Außerstreitverfahren, dabei auch die europarechtlichen, wie auch verfassungsrechtlichen Aspekte zu beleuchten. Da die Tätigkeit des Notars als Gerichtskommissär weltweit als eine österreichische Besonderheit beschrieben wird, soll einem beim Lesen dieser Arbeit verdeutlicht werden, welche Dienste er im Rahmen dessen wirklich für die Bevölkerung erbringt und was für eine große Entlastung er dabei für die Gerichte ist.

Die Arbeit zielt ebenfalls darauf ab, dem Leser nahezuführen, dass die Stellung des Gerichtskommissärs mit der eines Richters sehr ähnlich ist, weshalb die ein oder anderen Befugnisse und Pflichten im Zuge des Verlassenschaftsverfahrens auch kritisch zu würdigen sind. Durch diese Stellung wird ja klarerweise auch das Verfassungsrecht tangiert. Da es im Laufe der Jahre zu einer immer sukzessiveren Erweiterung seiner Befugnisse gekommen ist, sind im Rahmen dieser Arbeit auch diese gerichtskommissionellen Tätigkeiten zu erörtern. Die Thematik war für mich

---

<sup>17</sup> *Wagner*, NZ 1970, 178 ff.

<sup>18</sup> *Wagner*, NZ 1970, 179.

<sup>19</sup> *Handschr./Preiß/Rossmann*, NZ 1971, 57.

also nicht nur theoretisch von Relevanz, sondern auch praktisch, weshalb ich an dieser Stelle auch eine Unterstützung durch das Bundesministerium für Justiz erfahren habe. Anhand einiger praxisrelevanter Zahlen und Fakten wird dem Leser auch ein Einblick in die Praxis gewährt, um sich so ein genaueres Bild über das Ausmaß der Tätigkeit des Gerichtskommissärs machen zu können.

Viele Menschen können mit der Tätigkeit eines Notars nicht wirklich etwas assoziieren, weil viel von der Arbeit, die Notare leisten, vor allem jene des Gerichtskommissärs, nie wirklich sichtbar wird. Aus diesem Grund war es für mich persönlich sehr interessant, auf einen Teilbereich der notariellen Tätigkeit – nämlich das Gerichtskommissariat – genauer einzugehen, um dem Leser vor Augen zu führen, wie bedeutend seine Tätigkeit für unsere Gesellschaft ist.

## **II. Das Konzept des Gerichtskommissariats in Österreich**

### **A. Die Stellung des Notars als Gerichtskommissär**

#### **1. Allgemeines**

Im folgenden Kapitel soll der Wirkungskreis der Notare, vor allem im Hinblick auf die Tätigkeit als Gerichtskommissär, näher veranschaulicht werden.

Der Aufgabenbereich des Notars lässt sich im Wesentlichen in drei Tätigkeitsgruppen einteilen, worunter zum einen die Errichtung öffentlicher Urkunden, die Verfassung von Privaturkunden und die Parteienvertretung im Außerstreitverfahren, sowie die ihm obliegenden Amtshandlungen als Beauftragter des Gerichts fallen. Hauptaugenmerk liegt dabei in der gesetzeskonformen, wie auch auf Verträgen basierenden Betreuung und Belehrung der Parteien unter Wahrung der Rechtssicherheit und Streitverhütung.<sup>20</sup> Wie bereits vorhin erwähnt, wird der Notar in einer Reihe von Fällen auch als Beauftragter des Gerichts tätig, weswegen im Weiteren insbesondere die Tätigkeit des Notars im Rahmen des Verlassenschaftsverfahrens hervorzuheben ist.<sup>21</sup>

#### **2. Der Notar als Gerichtskommissär**

Gesetzlich verankert ist dies in § 1 Abs 2 NO, welcher wie folgend lautet: „*Den Notaren obliegt auch die Durchführung von Amtshandlungen als Beauftragte des Gerichts nach besonders gesetzlichen Vorschriften.*“<sup>22</sup> Bezugnehmend auf das hierauf anzuwendende Gerichtskommissärsgesetz<sup>23 24</sup> ist festzuhalten, dass der

---

<sup>20</sup> *Wagner/Knechtel*, NO<sup>6</sup> § 1 NO Rz 1.

<sup>21</sup> *Klicka/Oberhammer/Domej*, Außerstreitverfahren<sup>4</sup> (2006) Rz 57.

<sup>22</sup> § 1 Abs 2 NO idF Notariatsordnung BGBl 1977/162 und 1993/692.

<sup>23</sup> Gerichtskommissärsgesetz BGBl 1970/343.

<sup>24</sup> Durch BGBl I 2005/164 wurde der Kurztitel Gerichtskommissärsgesetz – GKG (bis dahin lautend GkoärG) eingefügt. Um den Lesefluss nicht zu stören, wird im Rahmen dieser Arbeit dieser Kurztitel immer verwendet.

Notar die in § 1 Abs 1 GKG angeführten Amtshandlungen neben seiner Tätigkeit nach der NO auszuführen hat, wobei aber zu erwähnen ist, dass kein Aufgabenbereich einen Vorrang genießt. Der Notar muss angesichts dessen in der Lage sein, die gebotene Dringlichkeit abzuwägen und das Gericht von einer unvorhergesehenen Verzögerung in Kenntnis zu setzen, um so eine halbwegs klaglose Bewältigung der gerichtlichen Aufträge zu wahren.<sup>25</sup>

Um es auf den Punkt zu bringen, kann man sagen, dass der Notar als Beauftragter des Gerichts in Verfahren außer Streitsachen funktionell Aufgaben der Gerichtsbarkeit besorgt, was in verfassungsrechtlicher Hinsicht vielleicht ein wenig strittig wirken kann, mehr aber dazu später.<sup>26</sup>

### **3. Sukzessive Erweiterung der Befugnisse des Gerichtskommissärs**

Mit diesem kleinen Sidestep soll veranschaulicht werden, dass der Gerichtskommissär neben seiner hauptsächlichen Tätigkeit im Verlassenschaftsverfahren auch weitere Ermächtigungen hat, in denen er als Gerichtskommissär fungiert. Zu berücksichtigen bleibt dabei, dass aufgrund der fortlaufenden Zeit und technischer Entwicklungen neue Befugnisse für den Gerichtskommissär entstanden sind, weshalb ich sie im Folgenden kurz beschreiben möchte.<sup>27</sup>

#### **a. Gewährung von Grundbucheinsicht**

Gemäß § 7 GUG hat der jeweilige Notar die grundlegenden technischen Voraussetzungen zu schaffen, um jedermann Grundbucheinsicht zu gewähren. Das Gerichtskommissärsgesetz verankert dies in § 2a GKG, welcher besagt, dass jener Notar, der nach den Bestimmungen des § 7 GUG Grundbucheinsicht gewährt, als Gerichtskommissär tätig ist.<sup>28</sup> Gemäß § 6 Abs 1 GUG ist „nach Maßgabe der

<sup>25</sup> *Wagner/Knechtel*, NO<sup>6</sup> § 1 GKG Rz 1.

<sup>26</sup> *Wagner/Knechtel*, NO<sup>6</sup> § 1 NO Rz 23.

<sup>27</sup> *Bittner* in *Rechberger* (Hrsg), Winfried-Kralik-Symposium 2001 - Der Notar als Gerichtskommissär im neuen Verlassenschaftsverfahren - LBI XXVI (2002) 34.

<sup>28</sup> *Bittner* in *Rechberger*, Winfried-Kralik-Symposium 2001 - LBI XXVI 34.

*technischen und personellen Möglichkeiten jedermann zur Abfrage von Eintragungen des Grundbuchs und der Hilfsverzeichnisse mit Ausnahme des Personenverzeichnisses aus der Grundstücksdatenbank mittels automationsunterstützter Datenverarbeitung (Grundbuchsabfrage) befugt“.*<sup>29</sup> Betreffend die Abfrage des Personenverzeichnisses, sind Notare jedoch dann befugt, wenn sie im gegenständlichen Fall als Gerichtskommissär in Verlassenschaftssachen oder als Erbenmachthaber tätig werden.<sup>30</sup> Er soll auf diesem Weg ja die Möglichkeit haben, verbücherte Rechte eines Erblassers zu ermitteln.<sup>31</sup> Zur Frage, ob dies gegenüber den tätig werdenden Rechtsanwälten verfassungswidrig ist oder nicht, wurde diesem Problem mit der Zivilverfahrensnovelle von 2002 Rechnung getragen.<sup>32</sup> Seit dem Inkrafttreten dieser Novelle besitzen Rechtsanwälte ebenfalls die Befugnis zur Abfrage des Personenverzeichnisses, um *„als Erbenmachthaber verbücherte Rechte des Erblassers zu ermitteln und um Personen, die im Personenverzeichnis eingetragen sind, Abschriften und Mitteilungen über die sie betreffenden Eintragungen zu erteilen“.*<sup>33</sup>

## **b. Gewährung von Firmenbucheinsicht**

Ein weiterer Tätigkeitsbereich, in welchem der Notar als Gerichtskommissär tätig wird, ist, wenn er Einsicht in das Firmenbuch gewährt.<sup>34</sup> Bei der Einsichtgewährung handelt es sich aber weder um eine Tätigkeit des Notars im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens, noch um eine Beauftragung durch das Gericht. Da es sich dabei aber um die Übertragung gerichtlicher Aufgaben handelt, wird dem Notar im Rahmen dessen die Stellung des Gerichtskommissärs eingeräumt.<sup>35</sup> Diese im Jahre 1991 eingefügte Bestimmung des § 2b GKG sollte einen verbesserten Zugang zum Firmenbuch schaffen.<sup>36</sup> Zum anderen sollte dies ebenfalls eine positive Auswirkung für die rechtsuchende Bevölkerung darstellen. Durch die Schaffung entsprechender

<sup>29</sup> § 6 Abs 1 GUG idF Grundbuchumstellungsgesetz BGBl 1980/550.

<sup>30</sup> *Wagner/Knechtel*, NO<sup>6</sup> § 2a GKG Rz 2.

<sup>31</sup> *Wagner/Knechtel*, NO<sup>6</sup> § 2a GKG Rz 2; vgl auch § 6 Abs 2 Z 1 GUG.

<sup>32</sup> *Wagner/Knechtel*, NO<sup>6</sup> § 2a GKG Rz 2; vgl auch BGBl I 2002/76.

<sup>33</sup> § 6 Abs 2 Z 1a GUG.

<sup>34</sup> *Bittner in Rechberger*, Winfried-Kralik-Symposion 2001 – LBI XXVI 34.

<sup>35</sup> *Wagner/Knechtel*, NO<sup>6</sup> § 2b GKG Rz 1.

<sup>36</sup> *Bittner in Rechberger*, Winfried-Kralik-Symposion 2001 – LBI XXVI 34.

technischer Voraussetzungen haben die Notare also die Pflicht, jedermann Einsicht in das Firmenbuch oder die Ausstellung von Auszügen zu gewährleisten. Positiv auswirken wird sich diese Regelung vor allem an jenen Orten, in denen kein Gericht, insbesondere Gerichtshof besteht und demnach die nächstgelegene Notarstelle für jene Angelegenheiten eine Anlaufstelle wird. Zudem legt § 2b Abs 2 GKG eine entsprechende Gebührenregelung fest, welche jenen Amtshandlungen der Gerichte und deren festgesetzten Gebühren gleichzuhalten ist. Anzumerken sei hierbei auch, dass die Notare dabei eine gewisse Mitteilungspflicht gegenüber den Gerichten trifft, welche in § 13 FBG verankert ist. Im Falle dessen ihnen Fälle einer unrichtigen, unvollständigen oder unterlassenen Anmeldung oder Eintrag zur Kenntnis gelangen, haben sie dies unverzüglich dem Gericht weiterzuleiten.<sup>37</sup>

### **c. *Anmeldung zur Eintragung in das Firmenbuch***

Eine sehr bedeutende Rolle kommt dem Notar im Rahmen des § 2c GKG iVm § 35a FBG zu. Hierbei erhält er die Ermächtigung Anmeldungen zur Eintragung in das Firmenbuch entgegenzunehmen und diese elektronisch weiterzuleiten. Wird er im Rahmen dieser Bestimmung an Stelle des Gerichts tätig, fungiert er somit ebenfalls als Gerichtskommissär. Durch den Einsatz moderner Informationsmedien stellte dies ebenfalls einen weiteren Fortschritt im Bereich des Justizbetriebes dar.<sup>38</sup>

## **B. *Die Stellung des Notars in verfassungsrechtlicher Hinsicht***

### **1. *Gerichtskommissär und Verfassung***

#### **a. *Allgemeines***

Die Vielfalt der Tätigkeit eines Notars, gerade in Hinblick auf die gerichtskommissionellen Aufgaben, ziehen verständlicherweise verfassungsrechtliche Fragen nach sich, welche im Folgenden auch näher veranschaulicht werden sollen. Es ist also zu berücksichtigen, dass das unsrige

<sup>37</sup> *Wagner/Knechtel*, NO<sup>6</sup> § 2b GKG Rz 1 ff.

<sup>38</sup> *Bittner in Rechberger*, Winfried-Kralik-Symposion 2001 - LBI XXVI 34 f.

Verfassungsrecht die gesamte Rechtsordnung, also jedes Rechtsgebiet, dominiert und diese Gesetze daher auch im Einklang mit der Verfassung angewendet werden müssen. Durchforstet man die österreichische Bundesverfassung, so ist bemerkenswert, dass von den Notaren nur ein einziges Mal die Rede ist und zwar im Kompetenzartikel des Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG. Diese Bestimmung enthält eine Aufzählung jener Angelegenheiten, die in Gesetzgebung und Vollziehung in die ausschließliche Kompetenz des Bundes fallen. In der vorhin zitierten Ziffer 6 werden die Angelegenheiten der Notare, der Rechtsanwälte und verwandter Berufe genannt. Wie bereits Adamovich zu Recht erkannt hat, ist rein aus dieser kompetenzrechtlichen Bestimmung nicht viel über die verfassungsrechtliche Problematik der notariellen Tätigkeit ableitbar, was nicht heißen muss, dass es keine gibt.<sup>39</sup> Aus diesem Grund wird im Weiteren die verfassungsrechtliche Stellung des Notars als Gerichtskommissär näher konkretisiert, sowie die damit einhergehende Vereinbarkeit mit Art 6 EMRK.

#### **b. Verfassungsrechtliche Stellung des Gerichtskommissärs**

Wie bereits zuvor oftmals ausgeführt, ist der Notar als Gerichtskommissär als gerichtliches Organ tätig. Er ist demnach kein Organ der Verwaltung. Aus § 1 Abs 1 GKG ergibt sich genau die Tätigkeit des Notars im Rahmen eines Verlassenschaftsverfahrens, woraufhin § 1 Abs 2 Z 1 GKG noch eingehendst darauf hinweist, dass davon richterliche Entscheidungen ausgenommen sind. Daraus folgt, dass der Gerichtskommissär also keine förmlichen Entscheidungen trifft. Dennoch ist zu erwähnen, dass er aber Teile eines gerichtlichen Verfahrens zu besorgen hat. Wie lässt sich diese Tätigkeit also mit unserer Verfassung rechtfertigen, wenn diese besagt, dass die Gerichtsbarkeit von Richtern ausgeübt wird?<sup>40</sup>

Bereits zur Reform des Außerstreitverfahrens kam die Frage auf, ob nicht gewisse richterliche Aufgaben den Notaren aufgetragen werden könnten. Bei solchen Überlegungen muss aber bedacht werden, dass dabei verfassungsrechtliche Grenzen mitberücksichtigt werden müssen.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> Adamovich, Notariat und Verfassung, NZ 1991, 161 (161 f).

<sup>40</sup> Adamovich, NZ 1991, 163.

<sup>41</sup> Walter/Kucsko-Stadlmayer, Verfassungsrechtliche Grenzen notarieller Befugnisse, ÖJZ 1997, 281 (281).

Um das ganze etwas besser zu verstehen, müssen wir ein wenig weiter ausholen. Grundlegend ist, dass die österreichische Bundesverfassung nicht die gesamte Staatsorganisation in all ihren Feinheiten regelt, sondern setzt einiges als selbstverständlich voraus.<sup>42</sup> Das B-VG regelt, dass die Ausübung der Gerichtsbarkeit dem Staat vorbehalten ist und damit die Betrauung anderer Rechtsträger mit Aufgaben der Gerichtsbarkeit ausschließt. Einschlägige Bestimmung dafür ist Art 82 Abs 1 B-VG, welcher besagt, dass „alle Gerichtsbarkeit...vom Bund ausgeht“. Diese Bestimmung hat also den Sinn, dass der Staat beziehungsweise Bund der einzig Legitimierte ist, Gerichtsbarkeit auszuüben. Ausgehend von dieser Rechtslage ist offensichtlich, dass typisch richterliche Aufgaben nur solchen Gerichten im Sinne des B-VG vorbehalten sind und keinen anderen Organen oder Rechtsträgern übertragen werden dürfen. Verfassungsrelevant ist hier also die Frage, ob und inwieweit die Heranziehung von Notaren als Gerichtskommissäre für bestimmte Hilfsdienste der Gerichtsbarkeit zulässig ist.<sup>43</sup>

Begründen lässt sich dies beispielsweise mit der Tätigkeit der Geschäftsstelle im gerichtlichen Verfahren, welche auch der Gerichtsbarkeit zuzuordnen ist, nicht aber von Richtern ausgeübt wird, sondern nur unter richterlicher Aufsicht steht.<sup>44</sup> Ausgehend von dieser Argumentation lässt sich auch die verfassungsmäßige Legitimation der Tätigkeit der Notare als Gerichtskommissäre begründen. Der Bundesverfassungsgesetzgeber hat nämlich im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesverfassungsgesetzes genau diese Tätigkeit als bestehend vorgefunden.<sup>45</sup> Anhand des bereits zuvor zitierten Art 10 Abs 1 Z 6 können wir uns also an einem Anhaltspunkt festhalten, der eine Grundlage für die traditionellen Aufgaben der Notare bildet.<sup>46</sup>

---

<sup>42</sup> *Adamovich/Funk*, Österreichisches Verfassungsrecht – Verfassungsrechtslehre unter Berücksichtigung von Staatslehre und Politikwissenschaft<sup>3</sup> (1985) 19.

<sup>43</sup> *Walter/Kucsko-Stadlmayer*, ÖJZ 1997, 281.

<sup>44</sup> *Walter*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht - System (1971) 542; mwN *Walter*, Verfassung und Gerichtsbarkeit (1960) 38ff.

<sup>45</sup> *Adamovich*, NZ 1991, 163.

<sup>46</sup> *Walter/Kucsko-Stadlmayer*, ÖJZ 1997, 282.



Anlehnend an die Versteinerungstheorie ist zu sagen, dass bestimmte Verfassungsbegriffe in diesem Sinn verstanden werden sollen, die sie im Zeitpunkt des Inkrafttretens der betreffenden Kompetenzbestimmung hatten.<sup>47</sup> Die Versteinerungstheorie lässt zwar eine Fortentwicklung zu, hier steht aber bei dem in Rede stehenden Kompetenztatbestand eindeutig die Vorschrift des Art 82 Abs 1 B-VG entgegen.<sup>48</sup> Natürlich könnte man als Gegenargument einwerfen, dass diese Tätigkeit über die von bloßen Hilfsdiensten hinausreicht. Dagegen ist aber wieder einzuwenden, dass es keinen einzigen Anhaltspunkt dafür gibt, dass die Bundesverfassung diese Tätigkeit für die Zukunft hätte ausschließen wollen.<sup>49</sup>

Hervorzuheben sei hierbei aber, dass es der Bundesverfassungsgesetzgeber im Jahre 1962 sehr wohl für notwendig gehalten hat, für die Tätigkeit der Rechtspfleger, eine verfassungsrechtliche Grundlage zu schaffen. Die Rechtspfleger sind ebenfalls, gleich wie die Gerichtskommissäre, Organe des Gerichts und an die Weisungen des Richters gebunden.<sup>50</sup> Deshalb ist fraglich, warum für deren Tätigkeit eine verfassungsrechtliche Grundlage geschaffen wurde und für die der Gerichtskommissäre nicht.<sup>51</sup>

Argumentiert wurde dies damit, dass die Setzung von rechtsgestaltenden und rechtfeststellenden Akten im Rahmen der Gerichtsbarkeit durch nichtrichterliche Organe nur soweit zulässig war, soweit es am Tag des Inkrafttretens der österreichischen Bundesverfassung von 1920 gesetzlich vorgesehen war. Die Tätigkeit des Rechtspflegers wurde erst nach diesem Inkrafttreten in die österreichische Rechtsordnung eingeführt, weshalb diese verfassungsrechtlich nicht gedeckt war.<sup>52</sup> Da der Verfassungsgesetzgeber die Tätigkeit der Notare als Gerichtskommissäre bereits als bestehend vorgefunden hat, lag hier kein Bedarf eines eigenen Gesetzes vor. Ein zwar nicht allzu sehr schlagkräftiges Argument wäre auch, dass die Rechtspfleger im Gegensatz zu den Gerichtskommissären auch

---

<sup>47</sup> *Walter/Mayer*, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>8</sup> (1996) Rz 296.

<sup>48</sup> *Walter/Kucsko-Stadlmayer*, ÖJZ 1997, 282.

<sup>49</sup> *Adamovich*, NZ 1991, 163.

<sup>50</sup> *Adamovich*, NZ 1991, 163; siehe auch ErläutRV 663 BlgNR IX. GP 9f.

<sup>51</sup> *Adamovich*, NZ 1991, 163.

<sup>52</sup> ErläutRV 663 BlgNR IX. GP 9 f.

förmliche Entscheidungen zu treffen haben, weshalb die gesetzliche Verankerung ihrer Tätigkeit ebenfalls von Nöten war.<sup>53</sup>

### **c. Vereinbarkeit des Gerichtskommissariates mit Art 6 EMRK**

Art 6 Abs 1 EMRK ist eine im Verfassungsrang stehende Bestimmung, welche besagt, dass über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen ein unabhängiges und unparteiisches, auf Gesetz beruhendes Gericht zu entscheiden hat.<sup>54</sup> Es muss sich dabei aber um kein Gericht im Sinne des B-VG handeln.<sup>55</sup> Der Begriff „Gericht“ im Sinne des Art 6 EMRK ist nämlich nicht mit jenem des B-VG gleichzusetzen.<sup>56</sup> Bedenkt man, inwiefern der Gerichtskommissär tätig wird, ist dies zweifelsfrei eine dem Art 6 EMRK zuzuordnende Materie. Auch wenn klar ist, dass der Gerichtskommissär keine förmlichen Entscheidungen treffen darf, sind seine Akte jedoch Bestandteile eines gerichtlichen Verfahrens, betreffend zivilrechtlicher Ansprüche und Verpflichtungen.<sup>57</sup>

Aus diesem Grund muss diese Tätigkeit den Kriterien des Art 6 EMRK auch gerecht werden. Wie bereits vorhin schon erwähnt, entscheidet der Gerichtskommissär zwar nicht im förmlichen Sinn. Er leistet jedoch einen wesentlichen Beitrag dazu, was Entscheidungsgrundlage bildet. Daraus folgt, dass seine Tätigkeit den Kriterien der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit, welche Art 6 EMRK verlangt, genügen muss.<sup>58</sup> Die Rechtsprechung fordert an dieser Stelle außerdem, dass auch der äußere Anschein der Unabhängigkeit gegeben sein muss. Dies könnte beim Tätigwerden eines Notars als Gerichtskommissär dann in Zweifel gezogen werden, wenn ein Verhältnis von Entscheidungs- und Beurkundungsfunktion in Verbindung mit dem Anspruch von Gebühren vorliegt. Dies beweist wieder, dass aus den soeben genannten Gründen eine Entscheidung in Zivilrechtssachen, wozu die

---

<sup>53</sup> *Adamovich*, NZ 1991, 163.

<sup>54</sup> *Adamovich*, NZ 1991, 164.

<sup>55</sup> *Walter/Kucsko-Stadlmayer*, ÖJZ 1997, 282.

<sup>56</sup> *Walter/Mayer*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht<sup>8</sup> Rz 1480.

<sup>57</sup> *Adamovich*, NZ 1991, 164.

<sup>58</sup> *Adamovich*, NZ 1991, 164.

Angelegenheiten im Außerstreitverfahren regelmäßig gehören, den Notaren nicht übertragen werden darf.<sup>59</sup>

Bereits im Jahre 1968 hat Hans Klecatsky sich dafür ausgesprochen, dass der Notar den für den Richter festgelegten Eigenschaften der Unabhängigkeit, Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit entspricht.<sup>60</sup> Übt der Notar seine Tätigkeit als Gerichtskommissär aus, so ist dieser auch nur an die Weisungen des Richters gebunden. Ebenso in wirtschaftlicher Hinsicht ist der Gerichtskommissär völlig unabhängig, da er kein Dienstnehmer ist. Er darf also nicht von Amts wegen versetzt werden, da dafür ausschließlich die in § 19 Abs 1 der NO genannten Gründe, die sein Amt zum Erlöschen bringen, gelten. Die in § 7 Abs 2 NO zitierten Grundsätze gelten außerdem auch für die Tätigkeit als Gerichtskommissär, zu welchen unter anderem auch die Unparteilichkeit zählt. Aus diesem Grund ist ersichtlich, dass die in Art 6 EMRK geforderte Unparteilichkeit, in Hinblick auf das gerichtskommissionelle Handeln, schon vor Inkrafttreten der EMRK Rechnung getragen wurde.<sup>61</sup>

## **2. Gänzliche Übertragung der Entscheidungstätigkeit auf den Notar als Gerichtskommissär**

Aufgrund des vorhin Gesagten kommt man zu dem eindeutigen Ergebnis, dass der Gerichtskommissär dem Richter zwar nicht gleichzusetzen ist, aber eine richterähnliche Stellung einnimmt. Nun soll im Folgenden erörtert werden, wie sich die gänzliche Übertragung der Entscheidungstätigkeit auf den Notar als Gerichtskommissär auswirken würde.

Im Rahmen der damaligen Reformdiskussionen zum AußStrGNeu suchte man natürlich auch Argumente für beziehungsweise gegen die Übertragung von Entscheidungsbefugnissen auf den Notar.<sup>62</sup>

---

<sup>59</sup> *Walter/Kucsko-Stadlmayer*, ÖJZ 1997, 281 ff.

<sup>60</sup> *Klecatsky*, NZ 1969, 2.

<sup>61</sup> *Adamovich*, NZ 1991, 164.

<sup>62</sup> *Bittner* in *Rechberger*, Winfried-Kralik-Symposion 2001 - LBI XXVI 33.

Stelzer hat dabei zwei Modelle der Gerichtsbarkeit dargestellt, die im verfassungsrechtlichen Sinn durchaus vertretbar waren. Zum einen befürwortete er die typologische Konzeption der Gerichtsbarkeit, wonach neben den Berufsrichtern auch andere Personen „Richter“ im Sinne der Bundesverfassung sein könnten. Voraussetzung dafür seien aber die Kriterien der Unabsetzbarkeit und Unabhängigkeit, welche bei der gerichtskommissionellen Tätigkeit auch durchwegs gegeben waren, wie auch schon Hans Klecatsky zu Recht erkannt hat.<sup>63</sup>

Zum anderen vertrat Stelzer auch das formell-organisatorische Konzept, wonach die Gerichtsbarkeit ein organisatorisch geschlossenes System bleiben sollte. Anzumerken sei hierbei aber, dass eine intrasystematische Fortentwicklung nur dann zulässig wäre, wenn die Rechtslage nicht bereits zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Bundesverfassung bestanden hätte.<sup>64</sup> Die Tätigkeit der Notare als Gerichtskommissäre hat aber bereits zu diesem Zeitpunkt existiert, wie es bereits im Rahmen der verfassungsrechtlichen Problematik eingehendst erörtert wurde.<sup>65</sup> Dennoch ließen sich hierfür Argumente finden, die für eine Übertragung von Entscheidungsbefugnissen auf den Notar sprechen. Hierbei wäre die Möglichkeit der Einrichtung einer sukzessiven Kompetenz in Betracht zu ziehen. Gerade deshalb, weil der Gerichtskommissär normative Amtshandlungen setzt, wie zum Beispiel die Besichtigung beziehungsweise Öffnung von Behältnissen des Erblassers, wie auch die Verwahrung von Nachlassgegenständen. Würde man also an der Idee des formell-organisatorischen Konzepts festhalten, wäre eine intrasystematische Fortentwicklung in Hinblick auf die Übertragung der Entscheidungstätigkeit auf den Notar durchaus zulässig.<sup>66</sup>

Es darf aber nicht darauf vergessen werden, dass der Notar als Gerichtskommissär im Rahmen des Verlassenschaftsverfahrens als Mittler zwischen den Parteien agieren soll, wie auch zwischen Gericht und Parteien. Basierend darauf, ist zu bedenken, dass der klassische Wirkungsbereich des Gerichtskommissärs nicht die

---

<sup>63</sup> Stelzer in *Rechberger* (Hrsg), Außerstreitreform in der Zielgeraden - Verfassungsrechtliche Fragen der Übertragung richterlicher Entscheidungsbefugnisse auf Notare im Verlassenschaftsverfahren XX (1999) 85.

<sup>64</sup> Stelzer in *Rechberger*, Außerstreitreform in der Zielgeraden XX 86.

<sup>65</sup> Vgl Adamovich FN 47.

<sup>66</sup> Stelzer in *Rechberger*, Außerstreitreform in der Zielgeraden XX 86.

Entscheidungstätigkeit über Ansprüche darstellt, sondern vielmehr in der Rechtsvorsorge durch Vorbeugung von Streitverfahren. Aus diesem Grund wäre eine Übertragung von Entscheidungsbefugnissen nicht nur aus rechtspolitischen und budgetären Gründen problematisch, sondern würde eine wesentliche Beeinträchtigung der notariellen Funktion, wie beispielsweise die Mediationsfunktion, nach sich ziehen.<sup>67</sup> Angesichts dieser heiklen Materie und der zuvor genannten Gründe ist nachvollziehbar, weswegen dies auf gesetzlicher Ebene auch nicht realisiert wurde.

### **3. Rechtliche Folgen der Übertragung von Entscheidungsbefugnissen auf den Notar**

Da der Notar als Gerichtskommissär wesentliche Teile eines gerichtlichen Verfahrens besorgt und sein Tätigwerden weitestgehende Parallelen zum Richter aufweist, soll im Weiteren auf die rechtlichen Folgen dessen eingegangen werden.

#### **a. Ist der Notar ein Beamter?**

Zur Frage, ob der Notar ein Beamter ist, wird dadurch begründet und eingehendst verneint, dass er im Gegensatz zum Richter weder einen Gehalt aus der Staatskasse bezieht, noch eine Pension aus staatlichen Mitteln. Außerdem sind ja die von ihm ausgestellten Urkunden, wie auch das Amtssiegel mit seinem Namen versehen.<sup>68</sup>

Einen Ausnahmetatbestand bildet jedoch das Tätigwerden des Notars als Gerichtskommissär. Durch § 1 Abs 3 GKG wird klargestellt, dass er im Rahmen dessen Beamter im Sinne des Strafgesetzes gemäß § 74 Z 4 StGB ist. Aus diesem Grund genießt er auch die Schutzvorschriften der §§ 269, 270 StGB. Durch die Stellung als Gerichtskommissär kann sich der Notar außerdem des wissentlichen Amtsmissbrauches der Amtsgewalt (§ 302 StGB), der Geschenkkannahme (§ 304 StGB), der Verletzung des Amtsheimnisses (§ 310 StGB) und einer falschen Beurkundung und Beglaubigung im Amt (§ 311 StGB) schuldig machen. Anzumerken ist hierbei, dass ein Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht nicht nur nach § 310

<sup>67</sup> Bittner in Rechberger, Winfried-Kralik-Symposion 2001 - LBI XXVI 34.

<sup>68</sup> Wagner/Knechtel, NO<sup>6</sup> § 1 NO Rz 7.

StGB zu ahnden wäre, sondern auch ein Disziplinarverfahren gemäß § 156 Abs 1 Z 1 NO nach sich zieht.<sup>69</sup> In einem Erkenntnis aus dem Jahre 1954 führte der VwGH dazu aus, dass in gerichtlichen Verfahren der Verlassenschaftsabhandlung die Notare als Gerichtskommissäre gerichtliche Organe sind und demnach als Beamte zu qualifizieren sind.<sup>70</sup> Somit wird eindeutig klargestellt, dass er im Rahmen seiner gerichtskommissionellen Tätigkeit eine richterähnliche Stellung genießt – als Beamter – mit denselben Rechten und Pflichten.

## **b. Amtshaftung**

Da, wie bereits vorhin erwähnt, der Notar als Gerichtskommissär als Beamter einzuordnen ist, finden auf ihn infolgedessen auch die Regelungen des AHG Anwendung. Er ist somit als Beauftragter des Gerichts ein Organ im Sinne des § 1 Abs 2 AHG. Im Rahmen der anderen beiden Tätigkeitsgruppen des gesetzlichen Wirkungskreises der Notare sind sie jedoch nicht Organe eines Rechtsträgers und handeln daher auch nicht in Vollziehung der Gesetze im Sinne des § 1 Abs 1 AHG. Diese Ansicht wurde auch nie von der Rechtsprechung in Zweifel gezogen.<sup>71</sup>

In einer älteren Entscheidung richtet sich der OGH dabei nach den in § 1 Amtshaftungsg verankerten Grundsätzen. Danach spricht man dann von einem rechtswidrigen Verhalten im Sinne des Amtshaftungsgesetzes, wenn eine Handlung oder eine Unterlassung eines Organs gegen das objektive Recht, somit gegen eine Rechtsnorm, verstößt. Von einer Rechtsverletzung ist also dann die Rede, wenn durch eine Handlung oder Unterlassung das Recht gebeugt, also gegen eine positive Vorschrift des Gesetzes verstoßen wird oder gesetzliche Bestimmungen in grob fahrlässiger Unkenntnis nicht angewendet wurde.<sup>72</sup>

Grundlegend ist, dass ein fehlerhaftes Verhalten des Gerichtskommissärs den Rechtsträger Bund als Träger der Gerichtsbarkeit trifft. Beim Amtshaftungsgesetz

<sup>69</sup> *Wagner/Knechtel*, NO<sup>6</sup> § 1 GKG Rz 7 f.

<sup>70</sup> VwGH 22.09.1954, Zl. 3273/52 NZ 1955, 110 = VwSlg 1001 F.

<sup>71</sup> *Schragel*, Kommentar zum Amtshaftungsgesetz<sup>3</sup> (2003) § 1 AHG Rz 40.

<sup>72</sup> *Loebenstein/Kaniak*, Kommentar zum Amtshaftungsgesetz mit den Materialien und einem ausführlichen Quellen- und Sachverzeichnis (1951) 54 ff.

handelt es sich um ein Gesetz, das keine eigenen Haftungsbestimmungen umfasst. Es beinhaltet Sondervorschriften, welche unter Umständen die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts abändern.<sup>73</sup> Die mit dem ABGB einhergehenden Grundsätze in seiner Gesamtheit bilden somit die Basis, nach der sich die Haftung des Rechtsträgers bestimmt.<sup>74</sup> Im Falle einer unrichtigen Rechtsbelehrung kommt als Haftungsgrundlage also § 1300 ABGB in Betracht.<sup>75</sup> „*Ein Sachverständiger ist auch dann verantwortlich, wenn er gegen Belohnung in Angelegenheiten seiner Kunst oder Wissenschaft als Versehen einen nachtheiligen Rath erteilt. Außer diesem Falle haftet ein Rathgeber nur für den Schaden, welchen er wissentlich durch Ertheilung des Rathes dem Andren verursacht hat*“.<sup>76</sup> Auch wenn der Gerichtskommissär nur eine Auskunft erteilt, ist diese einem Rat gleichzusetzen und ändert nichts an der grundsätzlichen Haftung.<sup>77</sup> Um auf den Wortlaut „*gegen Belohnung*“ zurückzukommen, ist darauf hinzuweisen, dass der Rat nicht nur aus Gefälligkeit, sondern im Rahmen eines, unter Umständen auch öffentlich-rechtlichen, Schuldverhältnisses gegeben worden sein muss.<sup>78</sup> Davon ist auch das Tätigwerden des Gerichtskommissärs im Verlassenschaftsverfahren mitumfasst, da der Rat von einem Organ bei hoheitlichem Handeln erteilt wurde.<sup>79</sup> Würde er beispielsweise die Parteien in unzureichender Form über die Wirkung der Abgabe einer Erbantrittserklärung belehren, kann dies amtshaftungsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.<sup>80</sup> Dasselbe gilt für den Fall, wenn der Gerichtskommissär die Erben bei der Abgabe einer unbedingten Erbantrittserklärung nicht über die abgabenrechtlichen Folgen in Kenntnis setzt.<sup>81</sup> Von einer unzureichenden Belehrung ist auch dann die Rede, wenn der Gerichtskommissär im Rahmen seiner Rechtsbelehrung die Erben über die Abgabe einer unbedingten Erbantrittserklärung

<sup>73</sup> OGH 14.11.1984, 1 Ob 33/84 SZ 57/172 = NZ 1986, 62 = Jbl 1985, 48 = HS 14.905 = RdW 1985, 244 = NZ-K 1990/26 = REDOK 2623.

<sup>74</sup> OGH 14.11.1984, 1 Ob 33/84 SZ 57/172 = NZ 1986, 62 = Jbl 1985, 48 = HS 14.905 = RdW 1985, 244 = NZ-K 1990/26 = REDOK 2623; vgl auch OGH 30.03. 1979, 1 Ob 10/79 EvBl 1979, 493 = SZ 52/56 = Jbl 1980, 156 = NZ 1980, 88.

<sup>75</sup> OGH 14.11.1984, 1 Ob 33/84 SZ 57/172 = NZ 1986, 62 = Jbl 1985, 48 = HS 14.905 = RdW 1985, 244 = NZ-K 1990/26 = REDOK 2623.

<sup>76</sup> § 1300 ABGB.

<sup>77</sup> OGH 14.11.1984, 1 Ob 33/84 SZ 57/172 = NZ 1986, 62 = Jbl 1985, 48 = HS 14.905 = RdW 1985, 244 = NZ-K 1990/26 = REDOK 2623.

<sup>78</sup> OGH 27.05.1980, 1 Ob 12/80 SZ 53/83 = EvBl 1980, 660 = REDOK 2612.

<sup>79</sup> *Loebenstein/Kaniak*, AHG 54 ff.

<sup>80</sup> OGH 21.03.1968, 1 Ob 65/68 NZ 1969, 7.

<sup>81</sup> OGH 14.11.1984, 1 Ob 33/84 SZ 57/172 = NZ 1986, 62 = Jbl 1985, 48 = HS 14.905 = RdW 1985, 244 = NZ-K 1990/26 = REDOK 2623.

nur insoweit aufklärt, als dass sie persönlich „dran“ wären.<sup>82</sup> Diese Fallkonstellationen sind also Beispiele dafür, die in Praxis zur Amtshaftung des Gerichtskommissärs führen können, dessen Fehlverhalten gleich, wie das des Richters, nach dem AHG geahndet wird.

### **c.     Ausschließung eines Notars**

In § 6 GKG ist verankert, unter welchen Voraussetzungen ein Notar als Gerichtskommissär auszuschließen ist. § 6 Abs 1 GKG führt dazu aus, dass dabei §§ 19-25 JN sinngemäß anzuwenden sind. Demnach kommt den Beteiligten gemäß § 21 JN ein Ablehnungsrecht dahingehend zu.<sup>83</sup> Ebenso der Gerichtskommissär wird in die Pflicht genommen dem Gericht anzuzeigen, wenn ein Grund vorliegt, der zu seiner Ausschließung führt.<sup>84</sup>

Die Entscheidung darüber, ob der Notar von seiner Tätigkeit als Gerichtskommissär auszuschließen ist, beziehungsweise ob Tatsachen dafür sprechen, die seine Unbefangenheit in Zweifel ziehen, obliegt der Entscheidung jenes Richters, der das Verfahren in der Hauptsache zu führen hat.<sup>85</sup>

Gegen die Entscheidung, mit der die Ablehnung eines Gerichtskommissärs stattgegeben wird, ist ein weiteres Rechtsmittel an die übergeordnete Instanz nicht zulässig.<sup>86</sup> Ein dagegen erhobener Rekurs ist daher wegen Unzulässigkeit zurückzuweisen.<sup>87</sup> Grundgedanke des § 24 Abs 2 JN ist demnach, dass im Falle einer Stattgebung eines Ablehnungsantrags durch Richterspruch immer ein, wenn auch nur geringer Grad der Befangenheit des abgelehnten Organs angenommen werden muss. Auch ein erfolgreich dagegen erhobenes Rechtsmittel wäre nicht imstande, diesen Anschein der Befangenheit zu beseitigen.<sup>88</sup>

---

<sup>82</sup> OGH 28.06.1988, 1 Ob 21/88 JbI 1989, 42.

<sup>83</sup> *Wagner/Knechtel*, NO<sup>6</sup> § 6 GKG Rz 1.

<sup>84</sup> OGH 13.01.2009 5 Ob 277/08h iFamZ 2009, 171.

<sup>85</sup> *Wagner/Knechtel*, NO<sup>6</sup> § 6 GKG Rz 1.

<sup>86</sup> OGH 11.11.1971, 1 Ob 303/71 SZ 44/172.

<sup>87</sup> *Ballon in Fasching*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen I<sup>2</sup> (2000) § 24 Jn Rz 4.

<sup>88</sup> OGH 11.11.1971, 1 Ob 303/71 SZ 44/172; siehe auch *Ballon in Fasching*, ZPO I<sup>2</sup> § 24 JN Rz 4.



Im Falle der Zurückweisung des Ablehnungsantrags steht dem Ablehnungswerber der Rekurs zu. Nach Erfolglosigkeit, also wenn es zur Zurückweisung des Ablehnungsantrags der zweiten Instanz kommt, steht ihm jedoch kein weiteres Rechtsmittel mehr zu.<sup>89</sup> Die Bestimmungen des § 24 JN sind demnach als abschließend zu betrachten, wodurch ein Revisionsrekurs in Ablehnungssachen als unzulässig zu beurteilen ist.<sup>90</sup>

Sodann hat der Richter zu bestimmen, welcher andere Notar in der gegenwärtigen Verlassenschaftssache tätig zu werden hat. In den Fällen des § 2 Abs 1 GKG hat der Richter festzulegen, welcher andere Notar als Gerichtskommissär einspringen muss, wohingegen im Falle des § 2 Abs 2 GKG iVm § 1 Abs 1 Z 2 lit b er von der Bestellung abzusehen oder den bereits gestellten Auftrag zu widerrufen hat. Der Notar darf in dem vorliegenden Verlassenschaftsverfahren also nicht bevollmächtigt sein beziehungsweise gewesen sein.<sup>91</sup>

Ein Verlassenschaftskurator ist demnach als Bevollmächtigter zu qualifizieren. Es stellt jedoch keinen Ausschließungsgrund dar, wenn eine Bevollmächtigung durch eine am Abhandlungsverfahren beteiligte Partei in einer anderen Sache vorliegt. Zur Abgrenzung von Gerichtskommissär und Verlassenschaftskurator jedoch später. In sinngemäßer Anwendung des § 6 Abs 2 GKG kann es nur dann zum Widerruf des Auftrags kommen, wenn sich der Notar im Rahmen seiner Amtshandlungen hierbei nicht an die vom Gesetz vorgesehenen Vorschriften hält. Verstößt der Notar bei seinem Tätigwerden gegen die Bestimmungen der NO, wie zum Beispiel standeswidriges Verhalten, berechtigt dies noch nicht zum Widerruf. Das Gericht hat dabei lediglich die Möglichkeit dies beim Disziplinargericht (OLG) oder bei der Notariatskammer zur Anzeige zu bringen.<sup>92</sup>

---

<sup>89</sup> OGH 30.04.1996, 4 Ob 2061/96h EFSIlg 82.055.

<sup>90</sup> OGH 17.09.1996, 4 Ob 2243/96y; OGH 30.04.1996, 4 Ob 2061/96h EFSIlg 82.055; OGH 26.03.1997 3 Ob 70/97p.

<sup>91</sup> *Wagner/Knechtel*, NO<sup>6</sup> § 6 GKG Rz 1.

<sup>92</sup> *Wagner/Knechtel*, NO<sup>6</sup> § 6 GKG Rz 1 f.

## **C. Europarechtliche Aspekte der Stellung des Notars als Gerichtskommissär**

### **1. Allgemeines**

Die Niederlassungsfreiheit stellt eine der zentralen Grundsätze des europäischen Gemeinschaftsrechts dar, welche gerade in Hinblick auf die Ausübung öffentlicher Gewalt nicht uneingeschränkt gilt.<sup>93</sup> Die Auseinandersetzung mit dieser Thematik geht also auf die Frage zurück, ob die Bestimmungen über die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit auch auf solch einen Beruf anzuwenden sind, der nach nationalem Recht als öffentliches Amt eingerichtet ist.<sup>94</sup>

### **2. Aktuelle Problematik**

Die EU-Kommission hat im Februar 2008 beim EuGH ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Österreich und sieben weitere Mitgliedstaaten eingeleitet. Die Kommission stützt ihre Klagegründe unter anderem darauf, dass die Bestimmung § 6 Abs 1 NO, wonach nur österreichische Staatsbürger zum Notar bestellt werden können, gegen die Niederlassungsfreiheit Staatsangehöriger anderer Mitgliedstaaten verstoße. Sie haben bisweilen also nicht die Möglichkeit auf österreichischem Hoheitsgebiet als Notar tätig zu werden. Zum einen empfindet sie das nationale Staatsbürgerschaftserfordernis für den Beruf des Notars als einen Verstoß gegen Art 43 und Art 45 EGV<sup>95</sup> und zum anderen sieht sie eine Verletzung der Umsetzungspflicht der beklagten Staaten für die RL 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen bezugnehmend auf Notare.<sup>96</sup>

Diese Bereichsausnahme schließt infolgedessen nicht nur die Anwendbarkeit der primärrechtlichen Freiheiten auf diese Tätigkeiten aus, sondern schränkt dadurch

---

<sup>93</sup> *Holley/Raschauer/Zleptnig*, Niederlassungsfreiheit auch für öffentliche Ämter? ÖJZ 2007, 525 (532).

<sup>94</sup> *Holley/Raschauer/Zleptnig*, ÖJZ 2007, 525.

<sup>95</sup> Durch den Vertrag von Lissabon erfolgte die Umbenennung des Vertrags über die Europäische Gemeinschaft (EGV) in den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV). Alle Artikel des EGV wurden mit dem AEUV neu nummeriert und gegebenenfalls neu gefasst.

<sup>96</sup> Klage, eingereicht am 12. Februar 2008 -Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Republik Österreich C-53/08, Abl C 2008/107/23.

auch die EG-Gesetzgebungskompetenz in Hinblick auf diese Bereiche ein.<sup>97</sup> All jene getätigten Rechtsakte, die sich auf die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit beziehen, wären daher in EGV-konformer Auslegung auf solche Tätigkeiten in den Rechtsordnungen einzelner Mitgliedstaaten nicht anzuwenden, welche unter die Ausnahme des Art 51 AEUV (ex-Art 45 EGV) fallen. Wären Österreich und die anderen vom Vertragsverletzungsverfahren betroffenen Mitgliedstaaten im Recht und sind Teile der notariellen Tätigkeit oder gar der gesamte Beruf von der Ausnahme des Art 51 AEUV (ex-Art 45 EGV) erfasst, wären sie infolgedessen nicht dazu verpflichtet die zuvor genannte EG-RL für die notariellen Tätigkeiten umzusetzen.<sup>98</sup>

Nun bleibt abzuwarten ob der EuGH dahingehend entscheidet, ob es sich bei den notariellen Tätigkeiten um die Ausübung öffentlicher Gewalt handelt. Nach der momentanen EU-Rechtsslage handelt es sich bei der öffentlichen Beurkundung, wie bei der gerichtskommissionellen Tätigkeit um die Ausübung öffentlicher Gewalt, welche von der vollständigen Anwendbarkeit der Grundfreiheiten ausgenommen sind. Würde der EuGH diese Frage nämlich verneinen, würde dies weitreichende Konsequenzen für das staatliche Rechtspflegesystem nach sich ziehen.<sup>99</sup>

### **3. Zur Ermittlung des Inhalts des Rechtsbegriffs der öffentlichen Gewalt (autorité publique)**

Hierbei ist die Bestimmung des § 1 Abs 3 NO zu berücksichtigen, welcher wie folgt lautet: „Soweit der Notar auf Grund gesetzlicher Bestimmungen öffentlich-rechtliche Tätigkeiten ausübt, geschieht dies in Ausübung öffentlicher Gewalt“.<sup>100</sup> Inwiefern der Begriff der „Ausübung öffentlicher Gewalt“ zu definieren ist, also ob es sich um einen autonomen Begriff des EG-Rechts handelt oder ob bei der Auslegung auf die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zurückzugreifen ist, soll nun im Weiteren behandelt werden.<sup>101</sup>

---

<sup>97</sup> *Randelzhofer/Forsthoff* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union – Kommentar II (2009) Art 45 EGV Rn 14.

<sup>98</sup> *Lurger*, Notar/e/innen und Grundfreiheiten – Wie weit reicht der Binnenmarkt? ÖJZ 2009, 983 (984).

<sup>99</sup> *Lurger*, ÖJZ 2009, 991.

<sup>100</sup> § 1 Abs 3 NO idF Notariatsordnung BGBl 1977/162 und 1993/692.

<sup>101</sup> *Scheuer* in *Lenz/Borchardt* (Hrsg), EU- und EG - Vertrag Kommentar zu dem Vertrag über die Europäische Union und zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft<sup>4</sup> (2006) Art 45 EGV 725.

Geht man von der deutschen Sprachfassung aus, so könnte man mit „Gewalt“ beispielsweise Gewalt in militärischer oder polizeilicher Form assoziieren. Diese Art der Auffassung wäre daher wenig zielführend. Es stellt sich also die Frage, nach welchem Maßstab die „öffentliche Gewalt“ - oder in französischer Fassung „autorité publique – zu beurteilen ist. Die Organisation dieser autorité publique ist wesentlicher Bestandteil der Eigenständigkeit der Mitgliedstaaten. Fraglich ist, nach welchem Maßstab sich der Inhalt des Tatbestandselements „öffentliche Gewalt“ richtet?<sup>102</sup>

Es ist dabei auf die betreffende Rechtsordnung eines Mitgliedstaates zu verweisen, die eine Tätigkeit als spezifisch staatliche Wirksamkeit festlegt. Es würde jedoch nicht dem Konzept entsprechen, wenn die jeweiligen Mitgliedstaaten bestimmte Tätigkeiten als Ausübung öffentlicher Gewalt qualifizieren, um so die Bestimmungen der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit zu umgehen.<sup>103</sup> Zwar besagt Art 6 Abs 3 EUV: „Die Union achtet die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten.“<sup>104</sup> - dennoch darf in diesem Zusammenhang der Standard der autorité publique nicht überschritten werden. Wird dieser Standard in einem gegenständlichen Fall überschritten, so ist der EuGH dazu befähigt der mitgliedstaatlichen Qualifikation einer Tätigkeit als Ausübung öffentlicher Gewalt dementsprechend entgegenzutreten.<sup>105</sup> Verweist man an dieser Stelle wieder auf § 1 Abs 3 NO, ist festzuhalten, dass es sich hierbei um eine verbindliche Qualifikation des österreichischen Gesetzgebers handelt. Auf nationaler Ebene ist sie ernst zu nehmen und auf die jeweiligen Sachverhalte anzuwenden, wohingegen man auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene sehr wohl darauf zu achten hat, dass der Tatbestand der autorité publique gewahrt bleibt.<sup>106</sup>

#### **4. Abtrennbarkeit notarieller Tätigkeiten**

Wesentlich ist, dass die Bereichsausnahme des Art 51 AEUV (ex-Art 45 EGV) nur einzelne Tätigkeiten erfasst, nicht aber ganze Berufe. Eine Ausnahme für den Beruf als Ganzes ist nur dann vorgesehen, wenn es sich bei der ausgenommenen Tätigkeit

<sup>102</sup> *Holley/Raschauer/Zleptnig*, ÖJZ 2007, 527.

<sup>103</sup> *Holley/Raschauer/Zleptnig*, ÖJZ 2007, 527.

<sup>104</sup> Art 6 Abs 3 EUV.

<sup>105</sup> *Knechtel*, Das Recht der Notare auf Berufsausübung - Verfassungsrechtliche und europarechtliche Grenzen des Berufsrechts (1996) 111.

<sup>106</sup> *Holley/Raschauer/Zleptnig*, ÖJZ 2007, 527.

um eine solche handelt, welche vom Gesamtberuf nicht abtrennbar ist.<sup>107</sup> Dabei wäre beispielsweise auf die Beurkundungstätigkeit des Notars zu verweisen. Hierbei handelt es sich um eine so essentielle Tätigkeit des Notarberufes, welche daher vom Berufsbild nicht abgetrennt werden kann.<sup>108</sup>

Zum einen wird die Ansicht vertreten, dass es sich bei der gerichtskommissionellen Tätigkeit zwar um die Ausübung öffentlicher Gewalt handelt – den Standpunkt zu vertreten, dass es sich dabei um eine nicht abtrennbare Tätigkeit handelt, wird wohl eher schwer zu begründen sein. Dies rührt daher, dass eine solche Tätigkeit in den anderen Ländern der kontinentalen Tradition gar nicht ausgeübt wird und daher auch kein Diskussionsbedarf diesbezüglich besteht. Rein hypothetisch gesehen müsste man in Österreich somit an eine Zweiteilung des Notarberufes denken. Zum einen würden wir dann einen Vollnotar haben, der aufgrund des Staatsbürgerschaftserfordernisses auch die Gerichtskommissärstätigkeit ausübt und zum anderen könnte es einen Teilnotar geben, der die übrigen Tätigkeiten ausübt, nicht aber an ein Staatsbürgerschaftserfordernis knüpft.<sup>109</sup>

Die im Fall *Reyners* getroffene Feststellung spricht jedoch eindeutig gegen die Existenz eines Teilnotariates, wonach es wie folgend lautet „*eine Ausweitung der in Art 45 gestatteten Ausnahme auf einen Beruf als ganzen nur in Betracht kommt, falls die so gekennzeichneten Tätigkeiten derart miteinander verknüpft sind, dass die Liberalisierung der Niederlassung für den betreffenden Mitgliedstaat die Verpflichtung mit sich bringen würde, die – wenn auch nur zeitweise – Ausübung öffentlicher Gewalt durch Ausländer zuzulassen*“.<sup>110</sup> Es ist also durchaus nachvollziehbar, dass der EuGH in dieser Entscheidung bei diesem Satz die Notare vor Augen hatte. Es ist somit der Beruf in seiner Gesamtheit von den Regeln der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit auszunehmen, da der Beruf des Notars, wenn auch nur teilweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt im Zusammenhang steht. Insbesondere der Gemeinschaftsgesetzgeber weist im Rahmen neuerer Rechtsakte eindeutig darauf hin, dass sich die Ausnahme des Art 51 AEUV (ex-Art

---

<sup>107</sup> EuGH 21.6.1974 Rs 2/74 “*Reyners*”, Slg 1974, 631 Rn 46, 47.

<sup>108</sup> *Lurger*, ÖJZ 2009, 990.

<sup>109</sup> *Lurger*, ÖJZ 2009, 990.

<sup>110</sup> *Frenz*, Handbuch Europarecht - Europäische Grundfreiheiten I (2004) Rz 1984 und 1997; vgl auch EuGH 21.6.1974 Rs 2/74 “*Reyners*”, Slg 1974, 631 Rn 46, 47.

45 EGV) „insbesondere auf Notare“ bezieht und in jüngsten Rechtsakten offensichtlich anführt, dass sich die Ausnahme auf den „*Beruf des Notars als Ganzen*“ bezieht.<sup>111</sup> Es ist sicherlich nicht Sinn und Zweck partielle Tätigkeitsbereiche und damit neue Berufsbilder zu schaffen. Es liegt also auf der Hand, dass dies weder dem unsrigen nationalen Recht, noch einem europäischen Standard entsprechen würde. Es liegen also schlagkräftige Argumente vor, die eben nicht für eine Teilbarkeit des Wirkungskreises des Notariats stehen.<sup>112 113</sup>

## **D. Kontrolle über das Handeln des Gerichtskommissärs und Rechtsschutzmöglichkeit**

### **1. Überwachung durch das Gericht**

Die Tätigkeit des Gerichtskommissärs stellt eine nicht unterzubewertende Entlastung für die Gerichte dar. Dennoch muss das Verlassenschaftsverfahren in der Letztverantwortung der Gerichte liegen. Dies lässt sich dadurch herleiten, dass das fehlerhafte Handeln des Gerichtskommissärs im Sinne des AHG auf den Bund als Rechtsträger zurückfällt, ebenso wie die Säumnisse.<sup>114</sup>

Durch die Einfügung des § 7a GKG<sup>115</sup> wurde diese Verantwortungsbeziehung zwischen Gerichtskommissär und Gericht verfahrensrechtlich abgesichert.<sup>116</sup> § 7a Abs 1 GKG sieht deshalb eine Überwachung durch das Gericht vor, indem es dazu befugt ist Berichte einzuholen, erforderliche Erhebungen selbst vorzunehmen und gegebenenfalls Aufträge zu erteilen. Vor Einfügung dieser Bestimmung war es eine sehr umstrittene Frage, welche Rechtsschutzmöglichkeiten einer Partei gegen das Vorgehen des Gerichtskommissärs zukommen. Mangels anfechtbarer Beschlüsse des Gerichtskommissärs ist daher ein Rechtszug an das Gericht ausgeschlossen.

---

<sup>111</sup> *Holley/Raschauer/Zleptnig*, ÖJZ 2007, 531 f.

<sup>112</sup> *Hergeth*, Europäisches Notariat und Niederlassungsfreiheit nach dem EG-Vertrag – Grenzüberschreitende Berufsausübung durch Notare in europarechtlicher Perspektive (1996) 193.

<sup>113</sup> VwGH 24.11.2000, 97/19/1666 ZfVB 2002/203 - Die Einheitlichkeit des Berufsbilds wird vor allem in diesem Erkenntnis hervorgehoben.

<sup>114</sup> ErläutRV 225 B1gNR XXII. GP 27.

<sup>115</sup> eingefügt durch BGBl I 2003/112.

<sup>116</sup> *Wagner/Knechtel*, NO<sup>6</sup> § 7a GKG Rz 1.

Das Verfassen von Beschlüssen fällt schon aus grundsätzlichen Erwägungen nicht in die Zuständigkeit des Gerichtskommissärs. Demnach ist ein Rechtsmittelzug zwischen Gerichtskommissär und Gerichten ausgeschlossen.<sup>117</sup>

Zu diesem an sich doch sehr wichtigen Thema gab es Vorschläge dahingehend eine Art Beschwerde oder Aufsichtsbeschwerde vorzusehen.<sup>118</sup> Bereits Neuhold hatte den Standpunkt vertreten, es gesetzlich zu normieren, dass dann, wenn sich eine Partei gegen eine Maßnahme des Gerichtskommissärs wendet, diese in ihrer Wirksamkeit außer Kraft tritt. Solch eine Regelung hätte unter Zugrundelegung, dass kein echter Rechtszug zwischen Gericht und Gerichtskommissär stattfinden darf, auf alle Fälle eine sinnvolle Wirkung gehabt.<sup>119</sup>

Diesem Problem wurde dadurch Rechnung getragen, indem man die Möglichkeit eines Abhilfeantrages nach § 7a Abs 2 GKG geschaffen hat.<sup>120</sup> Die Parteien des Verlassenschaftsverfahrens haben demnach die Möglichkeit sich gegen einzelne Maßnahmen oder das Verhalten des Gerichtskommissärs, an das Gericht zu wenden.<sup>121</sup> In diesem Zusammenhang hat das Gericht den Gerichtskommissär jedenfalls zu hören, bevor eine Entscheidung des Gerichts ergeht.<sup>122</sup>

Da es natürlich eine gewisse Zeit in Anspruch nehmen wird, bis sich die Berechtigung des Abhilfeantrages herausstellt, stellt sich natürlich die Frage, was während dieser Zeit zu geschehen hat.<sup>123</sup>

Aus den erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage ist zu entnehmen, dass die Diskussion dahinging, ob jene Maßnahmen, gegen die sich die Partei richtet, außer Kraft treten oder rückabgewickelt werden sollen. Dabei stellte sich die Frage einen Abhilfeantrag ohne aufschiebende Wirkung einzuführen. Das hätte zur Folge gehabt, dass ihn der Gerichtskommissär gar nicht zu berücksichtigen hätte.<sup>124</sup>

<sup>117</sup> ErläutRV 225 BlgNR XXII. GP 27.

<sup>118</sup> ErläutRV 225 BlgNR XXII. GP 27.

<sup>119</sup> *Neuhold*, Richterwoche 1997 - Das neue Außerstreitverfahren – Texte und Strukturen - Strukturen eines neuen Verlassenschaftsverfahrens (1997) 214.

<sup>120</sup> ErläutRV 225 BlgNR XXII. GP 27.

<sup>121</sup> *Wagner/Knechtel*, NO<sup>6</sup> § 7a GKG Rz 3.

<sup>122</sup> ErläutRV 225 BlgNR XXII. GP 27.

<sup>123</sup> ErläutRV 225 BlgNR XXII. GP 28.

<sup>124</sup> ErläutRV 225 BlgNR XXII. GP 28.

In § 7a Abs 3 GKG wurde dies so geregelt, dass der Gerichtskommissär weiterhin dazu befugt ist, Maßnahmen zu setzen und auszuführen, solange diese nicht dem Ergebnis der Entscheidung des Gerichts vorgeifen. Das heißt, Maßnahmen, die mit der Entscheidung über den Abhilfeantrag kollidieren könnten, hat der Gerichtskommissär für das vorliegende Verfahren tunlichst zu unterlassen.<sup>125</sup> Eine Ausnahme davon ist gegeben, wenn es sich hierbei um eine Maßnahme zur Sicherung der Verlassenschaft handelt.<sup>126</sup> Anzumerken sei hier jedoch, dass, wenn sich eine Partei gegen eine Sperre wendet und diese infolgedessen aufgehoben werden müsste, sicherlich kein wünschenswertes Ergebnis im Rahmen des Verlassenschaftsverfahrens darstellt, gerade in Hinblick auf die Nachlasssicherung. Zuletzt verweist der Abs 4 unter anderem auf die sinngemäße Anwendung der Bestimmungen des § 6 Abs 2 und Abs 3 sowie § 7 Abs 2.<sup>127</sup> Dies bedeutet, dass das Gericht bei grundloser Säumnis des Notars bei entsprechender Nachfristsetzung dem Gerichtskommissär die Sache entziehen kann und aussprechen muss, welcher andere Notar als Gerichtskommissär tätig zu werden hat. Nicht zu vergessen ist die zeitgleiche Verständigung der zuständigen Notariatskammer.<sup>128</sup>

## **2. Fristen – Säumnisfolgen**

### **a. Fristsetzung – Fristverlängerung**

Eine weitere Bestimmung im Gerichtskommissärgesetz, welche auf eine Überwachung durch das Gericht Rückschlüsse ziehen lässt, betrifft die Regelung über Fristen und Säumnisfolgen. Die einschlägige Bestimmung dazu findet sich in § 7 GKG, wonach das Gericht gemäß § 7 Abs 1 GKG dazu befugt ist, dem Notar für bestimmte aufgetragene Amtshandlungen, Fristen zu setzen. Stellt man auf den Wortlaut des § 7 Abs 1 Satz 1 GKG ab - „Für die Besorgung der aufgetragenen Amtshandlungen hat das Gericht dem Notar der Art und dem Umfang der Amtshandlungen entsprechende Fristen zu setzen.“ - ist daraus zu schließen, dass

---

<sup>125</sup> ErläutRV 225 BlgNR XXII. GP 28.

<sup>126</sup> Neuhold, Richterwoche 1997, 212.

<sup>127</sup> ErläutRV 225 BlgNR XXII. GP 28.

<sup>128</sup> Fucik, Das neue Verlassenschaftsverfahren - die Rechtslage nach der Außerstreitreform (2005) Rz 57.



diese Bestimmung auf ex-lege-Kommissariate keine Anwendung findet, da diese ja nicht aufgetragen werden.<sup>129</sup>

Bei der Fristsetzung nach (1) muss das Gericht verständlicherweise auf bestimmte Kriterien, wie beispielsweise den beteiligten Personenkreis, deren Wohnsitz oder unbekanntem Aufenthalt, die Schwierigkeiten aus dem Testamentsinhalt, die Notwendigkeit von Sachverständigengutachten, wie auch auf weitläufige Erben- oder Nachlassermittlungen abstellen.<sup>130</sup> Dem Gerichtskommissär ist demzufolge je nach Sachlage eine angemessene Frist zu setzen, die seinerseits durch Antrag wegen erheblicher Gründe verlängert werden kann. Der Antrag auf Fristverlängerung sollte ohne Verzögerung gestellt werden. Rein theoretisch gesehen klingt dies auch plausibel in praxi jedoch wird dies in gewissen Fällen nicht immer möglich sein, diesen Antrag noch vor Ablauf der zu verlängernden Frist zu stellen.<sup>131</sup>

## **b. Säumnisfolgen**

§ 7 Abs 2 GKG beschäftigt sich mit den Säumnisfolgen.<sup>132</sup> Von einer ungerechtfertigten Säumnis ist dann die Rede, wenn der Notar nicht dazu in der Lage ist für die Nichterledigung der aufgetragenen Amtshandlung keinen beziehungsweise einen unzureichenden Grund anzugeben.<sup>133</sup> In solch einem Fall ist dem Gerichtskommissär eine angemessene Nachfrist zu setzen, für deren Länge § 7 Abs 1 GKG maßgebend ist. Zeitgleich ist dem Gerichtskommissär der Widerruf des Auftrags anzudrohen. Bleibt der Gerichtskommissär trotz Setzung einer angemessenen Nachfrist untätig, so muss der Auftrag widerrufen werden und ein nach § 6 Abs 3 GKG neuer Gerichtskommissär, mit Bedachtnahme auf die örtlichen Verhältnisse, bestellt werden.<sup>134</sup>

Der Widerruf des Auftrags darf aber nicht als eine Disziplinarmaßnahme gesehen werden, sondern viel mehr als eine Veranlassung des Gerichts, damit einer zügigen

---

<sup>129</sup> *Fucik*, Das neue Verlassenschaftsverfahren, Rz 51.

<sup>130</sup> *Wagner/Knechtel*, NO<sup>6</sup> § 7 GKG Rz 1.

<sup>131</sup> ErläutRV 132 BlgNR XII. GP 10.

<sup>132</sup> ErläutRV 132 BlgNR XII. GP 10.

<sup>133</sup> *Wagner/Knechtel*, NO<sup>6</sup> § 7 GKG Rz 3.

<sup>134</sup> ErläutRV 132 BlgNR XII. GP 10.

Erledigung des weiteren Verfahrens nichts im Wege steht.<sup>135</sup> Im Sinne des § 6 Abs 3 GKG kann dies aber auch bedeuten, dass das Gericht selbst die Amtshandlung durchzuführen hat, wenn aus bestimmten Gründen die Heranziehung eines anderen Notars für die Parteien unzumutbar ist. Es liegt jedoch im pflichtgebundenen Ermessen des Gerichts, die Durchführung der Amtshandlung an sich zu ziehen, wenn dies der Beschleunigung der zu erledigenden Sache zweckdienlich ist.<sup>136</sup> Da es eben nur dem Zweck der Beschleunigung dient, ist an dieser Stelle eine Durchbrechung des in § 2 GKG festgelegten Grundsatzes, nämlich einen Gerichtskommissär damit zu beauftragen, gerechtfertigt.<sup>137</sup> Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn es sich um eine so umfangreiche Rechtssache handelt, die dem Gericht im Gegensatz zu einem bestellenden Notar, der sich einmal in die Akten einlesen müsste, schon so umfassend bekannt ist und auf diesem Weg eine weitere Verzögerung vermieden werden kann. Diese Regelung ist zum Vorteil aller Parteien deshalb notwendig, da es ja schon durch das Verschulden des gerichtlichen Organs zu einer Verzögerung gekommen ist und es sich aufgrund der umfassenden Rechtssache nicht noch mehr verzögern soll.<sup>138</sup>

Im Zusammenhang damit hat das Gericht die für den Notar zuständige Notariatskammer über den Widerruf des Auftrages zu informieren. Durch diese Verständigung kann die Kammer entsprechende Maßnahmen einleiten, um so eine reibungslose Durchführung der gerichtlichen Aufträge zu garantieren.<sup>139</sup> Nach der älteren Kammerjudikatur steht fest, dass wenn der Gerichtskommissär die ihm erteilte Erledigungsfrist überschreitet und dies dem Gericht nicht mitteilt, eine Berufspflichtverletzung darstellt.<sup>140</sup> Da das Gericht selbst gegen die Amtshandlungen des Notars als Gerichtskommissär keine Sanktionen setzen kann, ist die Verständigung der Notariatskammer auch von Nöten.<sup>141</sup>

---

<sup>135</sup> *Wagner/Knechtel*, NO<sup>6</sup> § 7 GKG Rz 5.

<sup>136</sup> ErläutRV 132 BlgNR XII. GP 10.

<sup>137</sup> *Wagner/Knechtel*, NO<sup>6</sup> § 7 GKG Rz 5.

<sup>138</sup> ErläutRV 132 BlgNR XII. GP 10.

<sup>139</sup> ErläutRV 132 BlgNR XII. GP 10.

<sup>140</sup> Informationsblatt für das Notariatskollegium Wien, Niederösterreich und Burgenland, 32.Stück, Dezember 1988, Seite 11, NKW 9.2.1988, OS 3/87.

<sup>141</sup> *Wagner/Knechtel*, NO<sup>6</sup> § 7 GKG Rz 6.

### 3. Weisungsrecht des Richters

Das Tätigwerden des Notars als Gerichtskommissär ist nur dann verfassungskonform, wenn der jeweilige Notar den Weisungen des Richters unterliegt. Ansonsten könnte der zuständige Richter für das gerichtskommissionelle Handeln nicht verantwortlich gemacht werden und der Notar würde somit gänzlich an seine Stelle treten. Das Weisungsrecht aus Art 20 B-VG abzuleiten wäre jedoch verfehlt, da diese Bestimmung ja nur von der Verwaltung handelt.<sup>142</sup> Bereits in einer Entscheidung gegen Ende des 19. Jahrhunderts, also noch vor Inkrafttreten der österreichischen Bundesverfassung von 1920, bejahte der OGH die Pflicht des Notars als Gerichtskommissär die Weisungen des Richters zu befolgen. Begründet wurde dies damit, dass solch eine Weisung nicht in seiner Eigenschaft als Notar zu befolgen ist, sondern in jener als Gerichtskommissär. Bereits in der NO von 1855 war vorgesehen, dass der Notar in seiner Tätigkeit als Gerichtskommissär die bei Gericht bestehenden Vorschriften zu beachten und demnach auch die vom Gericht erteilten Weisungen zu befolgen hat.<sup>143</sup> Aus diesem Grund lässt sich sagen, dass das Weisungsrecht des Richters bereits im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Bundesverfassung als bestehend vorgefunden wurde. In praxi spielt das richterliche Weisungsrecht eine eher geringere Rolle, da ja der Entlastungseffekt der Gerichte nicht gegeben wäre, wenn sich der Richter ständig in die Tätigkeit des Notars als Gerichtskommissär durch Weisungen einmischen würde. Dennoch sollte man nicht vergessen, dass dies sehr wohl verfassungsrechtlich bedeutsam ist.<sup>144</sup>

---

<sup>142</sup> *Adamovich*, NZ 1991, 163.

<sup>143</sup> OGH 02.12.1890, Nr 13906, GIU 13501.

<sup>144</sup> *Adamovich*, NZ 1991, 163 f.

### **III. Stellung des Gerichtskommissärs im Verlassenschaftsverfahren**

#### **A. Welche Art von Verfahren stellt das Verlassenschaftsverfahren dar und wonach richtet sich die Zuständigkeit?**

##### **1. Amtswegiges Verfahren § 143 AußStrG**

Das Verlassenschaftsverfahren ist im III. Hauptstück des AußStrG von §§ 143 - 185 geregelt. Unter dem Terminus Verlassenschaftsverfahren sind alle Amtshandlungen gemeint, die sich mit der rechtlichen Abwicklung einer Verlassenschaft befassen.<sup>145</sup> Grundlegende Voraussetzung für die Einleitung des Verfahrens ist der Nachweis des Todes des betreffenden Erblassers, durch eine dementsprechende öffentliche Urkunde der zuständigen Behörde. Der entsprechende Nachweis kann durch eine Sterbeurkunde, durch eine Mitteilung des Sterbefalls, durch einen rechtskräftigen Beschluss über die Todeserklärung, über den Beweis des Todes und ansonsten bei verlässlicher Kenntnis über den Tod einer Person, erbracht werden.<sup>146</sup> Es besteht somit kein richterliches Ermessen mehr, ob der Gerichtskommissär tätig zu werden hat oder nicht. Der Gesetzgeber hat im Rahmen des § 2 Abs 1 GKG eine sogenannte ex lege Zuständigkeit geschaffen. Das bedeutet, dass der Gerichtskommissär also von Amts wegen tätig wird.<sup>147</sup>

Ebenso Bittner ist der Ansicht, dass einer amtswegigen Verfahrenseinleitung nichts im Wege steht, wenn der Todesfall auf unzweifelhafte Weise bekannt wird.<sup>148</sup> Durch die Neuregelung des Verlassenschaftsverfahrens wurde am Konzept des obligatorischen Gerichtskommissariates nichts Grundlegendes verändert.<sup>149</sup>

In den Fällen des § 1 Abs 1 Z1 GKG spricht man von einer sogenannten ex lege Zuständigkeit des Gerichtskommissärs, was heißt, dass es keines vorhergehenden

---

<sup>145</sup> *Mayr/Fucik*, Das neue Verfahren außer Streitsachen<sup>3</sup> (2006) Rz 540.

<sup>146</sup> *Feil/Marent*, Kommentar zum Außerstreitgesetz<sup>2</sup> (2008) § 143 AußStrG Rz 30.

<sup>147</sup> *Wruhs* in *Rechberger* (Hrsg), Kommentar zum Außerstreitgesetz (2006) § 143 AußStrG Rz 1.

<sup>148</sup> *Bittner* in *Rechberger*, AußStrG Vor § 143 AußStrG Rz 3.

<sup>149</sup> *Bittner* in *Rechberger*, AußStrG Vor § 143 AußStrG Rz 27.

Auftrages des Gerichtes mehr bedarf, damit der Notar tätig wird.<sup>150</sup> Nach alter Rechtslage konnte der Gerichtskommissär nämlich nur aufgrund eines Bestellungsbeschlusses und nicht von Amts wegen tätig werden.<sup>151</sup> Es liegt also nicht in der Entscheidungskompetenz des Richters, ob er überhaupt einen Gerichtskommissär beiziehen will beziehungsweise welchen Notar er als Gerichtskommissär heranzieht, da beides gesetzlich zwingend festgelegt ist.<sup>152</sup>

In sinngemäßer Anwendung des § 2 Abs 1 Satz 2 GKG hat der Gerichtskommissär die Pflicht das Gericht unverzüglich in Kenntnis zu setzen, wenn er bereits vor Einleitung des Verfahrens gewisse Verfahrenshandlungen zu setzen hat.<sup>153</sup> Durch diese Verständigungspflicht des Gerichtskommissärs wird auf alle Fälle gewährleistet, dass die Gerichte so früh wie möglich von der Einleitung eines Verlassenschaftsverfahrens und den der Abhandlungspflege zuzurechnenden Maßnahmen des Gerichtskommissärs in Kenntnis gesetzt werden. Somit bleibt die Aufsicht über den Fortgang des Verlassenschaftsverfahrens von Anfang an gewahrt.<sup>154</sup> Solche dringenden Amtshandlungen können unter anderem sein, wenn sich eine der hinterbliebenen Personen noch vor Übermittlung der Sterbeurkunde an den Notar wendet und aus bestimmten Gründen die Vornahme von Maßnahmen zur Sicherung des Nachlasses notwendig werden.<sup>155</sup>

## **2. Sachliche - Funktionelle – Örtliche und Internationale Zuständigkeit**

Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich aus § 104a JN, wonach für Verlassenschaftsverfahren die Bezirksgerichte zuständig sind. Funktionell zuständig für das gesamte Verfahren ist der Notar als Gerichtskommissär, dessen Stellung sich aus den Bestimmungen des Gerichtskommissärsgesetzes ergibt.<sup>156</sup> Gemäß dem Wortlaut des § 105 JN gehören Verlassenschaftsverfahren vor jenes Gericht, in

---

<sup>150</sup> *Mayr/Fucik*, Verfahren außer Streitsachen<sup>3</sup> Rz 553.

<sup>151</sup> *Wagner/Knechtel*, NO<sup>6</sup> § 2 GKG Rz 1.

<sup>152</sup> ErläutRV 225 BlgNR XXII. GP 25.

<sup>153</sup> *Feil/Marent*, AußStrG<sup>2</sup> § 143 AußStrG Rz 31.

<sup>154</sup> ErläutRV 225 BlgNR XXII. GP 26.

<sup>155</sup> *Feil/Marent*, AußStrG<sup>2</sup> § 143 AußStrG Rz 31.

<sup>156</sup> *Fucik*, Das neue Verlassenschaftsverfahren, Rz 26 f.

dessen Sprengel der Verstorbene seinen allgemeinen Gerichtsstand in Streitsachen hatte. Es kann jedoch der Fall eintreten, dass sich ein solcher gar nicht ermitteln lässt oder gar mehrere Gerichtsstände in Frage kommen. Mehrere Gerichtsstände sind dann gegeben, wenn der Erblasser beispielsweise einen Zweitwohnsitz hatte. Ein tauglicher Anknüpfungspunkt in solch einem Fall wäre hierbei daran anzuknüpfen, wo sich der größte Teil des sich im Inland befindlichen Vermögens befindet. Für Fallkonstellationen, in denen sich zwar die inländische Gerichtsbarkeit ergibt, sich jedoch kein Vermögen im Inland befindet, hat man hierfür eine Auffangzuständigkeit des Bezirksgerichts Innere Stadt Wien geschaffen.<sup>157</sup> Die internationale Zuständigkeit, anders bekannt auch als inländische Gerichtsbarkeit, ist unter den in § 106 Abs 1 JN genannten Voraussetzungen gegeben. Der Gerichtskommissär wird auf jeden Fall bei im Inland befindlichen unbeweglichen Vermögen tätig. Des Weiteren obliegt ihm die Durchführung des Verlassenschaftsverfahrens über bewegliches im Inland gelegenes Vermögen, vorausgesetzt der Erblasser war österreichischer Staatsbürger, seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich hatte oder die Rechtsdurchsetzung für die Erbprätendenten im Ausland unmöglich ist.<sup>158</sup>

#### **a. Die Verteilungsordnung für das Gerichtskommissariat**

Gemäß § 2 Abs 1 GKG richtet sich das Tätigwerden, also Zuständigkeit, des Notars als Gerichtskommissär nach der Verteilungsordnung.<sup>159</sup> Hauptaugenmerk liegt dabei auf der möglichst gerechten Verteilung der Geschäfte.<sup>160</sup> Im früher geltenden Recht befasste sich § 185 NO 1855 mit der Verwendung des Notars als Gerichtskommissär. Danach war *„sowohl auf die Beförderung der Geschäfte zum Vorteil der Parteien als auch auf eine billige Verteilung dergestalt Rücksicht zu nehmen, daß den Notaren nicht bloß unentgeltliche, sondern auch solche entgeltliche Verrichtungen übertragen werden, die ihnen eine angemessene Belohnung für ihre Verwendung...zu gewähren geeignet waren“*. Durch Art V der 7 GEN, BGBl 1932,6 wurde dem § 185 NO ein zweiter Absatz hinzugefügt, welcher dem Bundesminister für Justiz die Ermächtigung einräumte, allgemeine Grundsätze

<sup>157</sup> Fucik, Das neue Verlassenschaftsverfahren, Rz 23 f.

<sup>158</sup> Fucik, Das neue Verlassenschaftsverfahren, Rz 15.

<sup>159</sup> Feil/Marent, AußStrG<sup>2</sup> § 143 AußStrG Rz 44.

<sup>160</sup> Wagner/Knechtel, NO<sup>6</sup> § 4 GKG Rz 1.

über die Verwendung von Notaren als Gerichtskommissäre aufzustellen. § 2 Abs 1 der VO vom 7.5. 1860, RGBI 1860, 120 beinhaltet, dass die Geschäfte unter den Notaren „ entweder nach bestimmten Abteilungen des städtischen Bezirkes oder im wechselnden Turnus nach gewissen Zeitabschnitten“ zu verteilen seien.<sup>161</sup>

Eine Verteilungsordnung, welche die nunmehrige Rechtsordnung vorsieht, war dem damaligen Recht nicht bekannt. Kremzow erörtert zwar, dass die Verteilungsordnung gemäß den Bestimmungen des GKG der gerichtlichen Geschäftsverteilung ähnelt, dennoch bestehen dabei wesentliche Unterschiede, die zu berücksichtigen sind.<sup>162</sup>

### **b. Auswahl der Notare**

Bei der Beantwortung auf die Frage dahingehend, ob ein einzelner Notar einen Rechtsanspruch darauf hat in die Verteilungsordnung aufgenommen zu werden, ist von § 4 Abs 1 GKG auszugehen. Die Notare haben also dann einen Anspruch darauf, wenn ein oder mehrere Notare ihren Amtssitz im Sprengel des betreffenden Bezirksgerichtes haben. Durch den Gebrauch der Worte „ist“ und „sind“ liegt eine sogenannte imperative Gesetzesanordnung vor, welche der Verordnungsgeber auf keinen Fall umgehen darf. Aufgrund dieses Gesetzeswortlautes soll und darf also ein Notar nicht übergangen werden, was ansonsten gesetzeswidrig wäre. Außer unter den Umständen, wenn im Sprengel des Bezirksgerichtes kein Notar seinen Amtssitz hat, ist das Vorhandensein eines Rechtsanspruches in die Verteilungsordnung aufgenommen zu werden, ausdrücklich zu verneinen.<sup>163</sup>

Bei der Heranziehung von Notaren zur Abwicklung der gerichtskommissionellen Tätigkeiten in Fällen des § 4 Abs 1 Z 3 GKG sind Umstände, wie die der günstigen Erreichbarkeit für die Mehrheit der Einwohner des Sprengels ohne Notar zu berücksichtigen. Durch die Verwendung der Worte in § 4 Abs 1 Z 3 GKG „...so kommen nur diejenigen in Betracht...“ kann man davon ausgehen, dass die Auswahl im Ermessen des Präsidenten des jeweiligen Landesgerichtes liegt.<sup>164</sup>

---

<sup>161</sup> Kremzow, Die Verteilungsordnung für das Gerichtskommissariat, NZ 1972, 74 (74).

<sup>162</sup> Kremzow, NZ 1972, 74.

<sup>163</sup> Kremzow, NZ 1972, 76 f.

<sup>164</sup> Kremzow, NZ 1972, 77.

Das Gesetz hat aber dahingehend eine Lücke, was zu geschehen hat beziehungsweise welche Rechtsschutzmöglichkeit jener Notar hat, wenn er übergangen wurde. Zuallererst könnte man auf das Anhörungsrecht der örtlich zuständigen Notariatskammer gemäß § 5 Satz 4 GKG verweisen, die darauf hinweisen kann, wenn eines ihrer Mitglieder Gefahr laufen würde, übergangen zu werden. Ansonsten würde dem einzelnen Notar beziehungsweise der Notariatskammer die Möglichkeit eingeräumt, im Rahmen einer Aufsichtsbeschwerde das Aufsichtsrecht gemäß § 76 GOG der übergeordneten Justizverwaltungsbehörde anzurufen. Auf diesem Weg kann die Aufsichtsbehörde die Weisung erteilen eine Abänderung der Verteilungsordnung in diesem Sinne vorzunehmen.<sup>165</sup>

Inhaltlich gesehen unterscheidet § 4 GKG drei Fälle. Zum einen behandelt er jene Sprengel, in denen nur ein Notar seinen Amtssitz hat, zum anderen, jene Sprengel in denen mehrere Notare ihren Sitz haben und zuletzt solche Sprengel in denen kein Notar seinen Sitz hat.<sup>166</sup>

Gemäß dem Wortlaut des § 4 Abs 1 Z1 GKG ist dieser Notar als Gerichtskommissär heranzuziehen, wenn er als einziger im Sprengel des Bezirksgerichts seinen Amtssitz hat.<sup>167</sup> Gerade in Hinblick auf die ländlicheren Bereiche, wo Bezirksgerichtssprengel mit nur einer Notarstelle besetzt sind, würde es oft einen zusätzlicheren Bedarf an einer weiteren Notarstelle geben. Dennoch sind jene Sprengel zu klein, um zwei Notarstellen zur Gänze auszulasten.<sup>168</sup>

Haben innerhalb eines Bezirksgerichtssprengels mehrere Notare ihren Amtssitz, so ist darauf Rücksicht zu nehmen, sie jeweils gleichmäßig heranzuziehen. Dies kann auf effiziente Weise dadurch erreicht werden, indem man die Notare auf bestimmte Teile des Gerichtssprengels aufteilt oder auf andere Weise, nämlich, dass man jedem Notar einen bestimmten Zeitabschnitt für Verlassenschaftssachen zuordnet.<sup>169</sup> Bei der räumlichen Teilung sind unter anderem auf die Verkehrsverhältnisse wie auch auf die Einwohnerdichte zu achten. Käme es zu einer Aufhebung eines Bezirksgerichtes,

---

<sup>165</sup> *Kremzow*, NZ 1972, 77.

<sup>166</sup> *Kremzow*, NZ 1972, 77.

<sup>167</sup> *Kremzow*, NZ 1972, 77.

<sup>168</sup> ErläutRV 1169 BlgNR XXII. GP 40.

<sup>169</sup> *Kremzow*, NZ 1972, 77.



ist es nach § 4 Abs 4 GKG dennoch möglich, dass der verbliebene Notar all diejenigen gerichtskommissionellen Aufträge aus dem seinerzeitigen Sprengel übernimmt. Basierend auf § 4 Abs 4 GKG sind also die seit Jahrzehnten gehandhabten Verteilungen gerichtskommissioneller Aufträge im Großen und Ganzen beizubehalten. Eine Anpassung an die in (1) und (3) des § 4 verankerten Grundsätze ist mit Vorsicht zu genießen, da darauf zu achten ist, ob es zu einer Vermehrung beziehungsweise Verminderung von Amtsstellen in den betreffenden Bezirksgerichtssprengeln gekommen ist. Wird gerade eine Amtstelle frei und würde im gegebenen Zeitpunkt die Verteilungsordnung geändert werden, könnte man Gefahr laufen, dass der Notar in Zukunft weniger gerichtskommissionelle Aufträge zu erwarten hätte.<sup>170</sup> All diese Punkte sind demnach entsprechend zu berücksichtigen.

Im Falle dessen, dass kein Notar seinen Amtssitz in einem Sprengel hat, sind gemäß § 4 Abs 1 Z 3 GKG Notare aus den Nachbarsprengeln heranzuziehen. Dabei sollen jene Notare herangezogen werden, die für die Mehrheit der Einwohner gleich günstig erreichbar sind. Dabei ist wichtig, dass hier nicht nur auf die geographische Entfernung abgestellt werden darf, sondern, dass das Hauptaugenmerk auf der verkehrsgünstigen Entfernung zu liegen hat.<sup>171</sup> Es soll also darauf geachtet werden, dass die überwiegende Mehrheit der Einwohner des notarlosen Sprengels so wenig wie mögliche Aufwendungen hat, um den nächstgelegenen Notar zu erreichen.<sup>172</sup> Demnach wäre es durchaus zulässig die Verlassenschaftsangelegenheiten zwei verschiedenen Nachbarsprengeln zuzuweisen. Wäre nur ein benachbarter Sprengel günstig erreichbar und haben dort mehrere Notare ihren Amtssitz, so müssen die Geschäfte entsprechend gleichmäßig unter ihnen verteilt werden, was sich dementsprechend aus den Grundsätzen aus § 4 Abs 2 GKG ergibt.<sup>173</sup> Diese Bestimmung ermöglicht somit eine sprengelübergreifende Heranziehung von Notaren als Gerichtskommissäre.<sup>174</sup>

---

<sup>170</sup> *Wagner/Knechtel*, NO<sup>6</sup> § 4 GKG Rz 3 f.

<sup>171</sup> *Kremzow*, NZ 1972, 77.

<sup>172</sup> ErläutRV 132 BlgNR XII. GP 8.

<sup>173</sup> *Kremzow*, NZ 1972, 77.

<sup>174</sup> *Wagner/Knechtel*, NO<sup>6</sup> § 4 GKG Rz 1.

Eine vorübergehende Abweichung von der möglichst gleichmäßigen Heranziehung der Notare gemäß § 4 Abs 3 letzter Satz GKG über einen angemessenen Zeitraum hinweg, ist sachlich dann im Sinne des Art 7 B-VG gerechtfertigt, wenn im Sprengel des Bezirksgerichtes Notarstellen neu geschaffen werden.<sup>175</sup> Hintergedanke ist dabei, dass dem Notar die Einarbeitung in sein Tätigkeitsfeld ein wenig erleichtert wird, sowie, dass sich auch die bereits ernannten Notare auf die Neuerrichtung von Notarstellen einstellen können.<sup>176</sup> Die Aufstellung der Verteilungsordnung fällt in den Aufgabenbereich der gerichtlichen Geschäftsverteilung im Rahmen der Justizverwaltung. Wenn ein Notar in zwei Landesgerichtssprengeln als Gerichtskommissär herangezogen wird, haben die Präsidenten der betreffenden Landesgerichte darauf zu achten, dass beide Verteilungsordnungen miteinander übereinstimmen, damit die gleichmäßige Heranziehung von Notaren weiterhin gewährleistet bleibt.<sup>177</sup>

Vor Erlassung einer Verteilungsordnung bedarf es keines eigenen Verfahrens, da dahingehend weder verfassungs- noch einfachgesetzliche Anordnungen bestehen. Maßgeblich ist nur, dass vor der Erlassung die zuständige Notariatskammer zu hören ist. Ihr kommt hinsichtlich dessen ein Recht zur Stellungnahme zu.<sup>178</sup> Zu einer Neuerstellung einer Verteilungsordnung kann es dann kommen, wenn sich Änderungen bezüglich der Bezirksgerichtssprengel oder Auflösung von Bezirksgerichten, Vermehrung, Verlegung oder Verminderung von Amtsstellen ergeben.<sup>179</sup> Solange die Verordnung als Ergebnis einer den Intentionen des Gesetzes entsprechenden Interessensabwägung darstellt, verstößt eine derartige Verteilungsordnung auch nicht gegen Art 7 B-VG.<sup>180</sup> Da es sich bei der Verteilungsordnung, um einen generellen Verwaltungsakt handelt, wird nur einem Gericht, welches die Verteilungsordnung in einer konkreten Rechtssache anzuwenden hat, eine Anfechtungslegitimation eingeräumt. Begründet wird dies damit, da es sich bei der Verteilungsordnung um eine „Verordnung einer Bundes- oder Landesbehörde“, nämlich die des Gerichtshofspräsidenten, handelt.<sup>181</sup>

---

<sup>175</sup> *Kremzow*, NZ 1972, 78.

<sup>176</sup> *Wagner/Knechtel*, NO<sup>6</sup> § 4 GKG Rz 5.

<sup>177</sup> *Wagner/Knechtel*, NO<sup>6</sup> § 5 GKG Rz 1 ff.

<sup>178</sup> *Kremzow*, NZ 1972, 78.

<sup>179</sup> *Wagner/Knechtel*, NO<sup>6</sup> § 5 GKG Rz 2.

<sup>180</sup> VfGH 26.06.1973, V 57/72 VfSlg 7075.

<sup>181</sup> *Kremzow*, NZ 1972, 78.

## **B. Entlastung der Gerichtskommissäre**

Bisher war immer die Rede davon, dass die Gerichte durch das Tätigwerden der Gerichtskommissäre entlastet werden sollen. Im Rahmen des Verlassenschaftsverfahrens wurde jedoch auch die Möglichkeit geschaffen auf effiziente Art und Weise die Gerichtskommissäre zu entlasten – die Rede ist hierbei von der schriftlichen Abhandlungspflege.

### **1. Hintergrund und Zweck**

Die schriftliche Abhandlungspflege durch nicht berufsmäßige Parteienvertreter entspricht schon einer langandauernden Verfahrenstradition, da dies zum einen im Interesse der Entlastung der Gerichtskommissäre und der Gerichte liegt und zum anderen auch zu einer wesentlichen Vergünstigung des Verfahrens beiträgt.<sup>182</sup>

Bereits Neuhold hat eingehendst darauf hingewiesen, dass in Hinblick auf die Neuerung des Außerstreitverfahrens keine wesentlichen Änderungen an der schriftlichen Abhandlungspflege vorgenommen werden sollen, da sich diese Regelung mit dem obligatorischen Gerichtskommissariat, wie auch mit der ex lege Zuständigkeit des Notars, gut miteinander vereinbaren lässt.<sup>183</sup> Ebenso Bramböck hat sich dazu ausgesprochen, dass sich die Regelungen der schriftlichen Abhandlungspflege auf alle Fälle bewähren und nach wie vor beibehalten werden sollen.<sup>184</sup>

### **2. Schriftliche Abhandlungspflege**

In diesem Sinn regelt die Bestimmung des § 3 Abs 1 GKG das schriftliche Abhandlungsverfahren wonach die Parteien, beziehungsweise deren Bevollmächtigte die Möglichkeit haben, alles mittels schriftlicher Anträge direkt bei

---

<sup>182</sup> *Fucik*, Das neue Verlassenschaftsverfahren Rz 37.

<sup>183</sup> *Neuhold*, Richterwoche 1997, 212.

<sup>184</sup> *Bramböck*, Richterwoche 1997 - Das neue Außerstreitverfahren – Texte und Strukturen – Verlassenschaftsverfahren (1997) 295.

Gericht abzuwickeln.<sup>185</sup> Die Parteien des Verlassenschaftsverfahrens haben aber, unter der Voraussetzung, dass der Wert der Aktiven der Verlassenschaft voraussichtlich € 4000,- übersteigt, zur schriftlichen Abhandlungspflege einen Rechtsanwalt oder Notar zu bevollmächtigen.<sup>186</sup> Hauptaugenmerk liegt dabei im Interesse eines geordneten Verfahrensablaufs.<sup>187</sup>

Stellt sich erst im Laufe des Verfahrens heraus, dass der Wert der Nachlassaktiven € 4000,- übersteigt und wurde zuvor ein einschreitender Vertreter tätig, welcher kein berufsmäßiger Parteienvertreter ist, hat das Gericht die Aufgabe dies den Parteien und deren Vertretern bekanntzugeben. Im Zeitpunkt der Zustellung der Bekanntgabe an den Vertreter kommt es sodann zum Erlöschen der Vertretungsmacht für das weitere Verfahren.<sup>188</sup> Es ist eine Obliegenheit des Gerichts in dieser Bekanntgabe auf die Rechtsfolgen hinzuweisen. Der Gesetzgeber erachtete an dieser Stelle eine Festlegung einer Vertretungspflicht durch Rechtsanwälte oder Notare deshalb als sinnvoll, um für den weiteren Verfahrenfortgang eine qualifizierte Vertretung zu garantieren. Zudem sei anzumerken, dass die Vertretungspflicht im Zivilprozess bei der gleichen Wertgrenze einsetzt und es keinen Anhaltspunkt dafür gibt, hier Differenzierungen zu schaffen.<sup>189</sup>

Sind gerichtliche Amtshandlungen vorzunehmen, wie zum Beispiel die Ergänzung der Todesfallaufnahme und alle damit zusammenhängenden unaufschiebbaren Maßnahmen, wie beispielsweise die Sicherung der Verlassenschaft, ist dies vom Notar als Gerichtskommissär vorzunehmen.<sup>190</sup> Zudem ist auch anzumerken, dass das Inventar immer vom Notar als Gerichtskommissär aufzunehmen ist, es sei denn, es ergeben sich irgendwelche Ausnahmen in Hinblick auf § 6, 7 GKG.<sup>191</sup>

Aufgrund dessen das schriftliche Abhandlungsverfahren nur ein Einheitliches sein kann, da „*nur die Parteien*“ im Sinne des § 3 GKG in Verlassenschaftsabhandlungen die für die Fortsetzung des Verfahrens erforderlichen Erklärungen, Anträge und

---

<sup>185</sup> *Wagner/Knechtel*, NO<sup>6</sup> § 3 GKG Rz 1.

<sup>186</sup> *Feil/Marent*, AußStrG<sup>2</sup> § 143 AußStrG Rz 46.

<sup>187</sup> *Wagner/Knechtel*, NO<sup>6</sup> § 3 GKG Rz 2.

<sup>188</sup> *Feil/Marent*, AußStrG<sup>2</sup> § 143 AußStrG Rz 46.

<sup>189</sup> *Fucik*, Das neue Verlassenschaftsverfahren, Rz 39.

<sup>190</sup> *Wagner/Knechtel*, NO<sup>6</sup> § 3 GKG Rz 1.

<sup>191</sup> *Feil*, Verfahren außer Streitsachen - Handkommentar für die Praxis (1979) 329.

Ausweise schriftlich verfassen und dem Gericht unmittelbar vorlegen können, erfordert dessen Durchführung ein Einvernehmen aller Parteien.<sup>192</sup> Nach den in § 2 GKG genannten Fällen ist das Verlassenschaftsverfahren von einem Notar zu führen, wohingegen sich aus § 3 GKG ableiten lässt, dass das Abhandlungsverfahren auch auf schriftlichem Weg, unter Ausschluss des Notars, geführt werden kann. Um dem Prinzip der Einheitlichkeit zu entsprechen, ist es nicht gestattet die schriftliche Abhandlungspflege durch einen von mehreren gesetzlichen Erben vornehmen zu lassen. Da die Kriterien der Einheitlichkeit des Verfahrens und das Einvernehmen der Parteien vorhanden sein müssen, lässt sich daraus schließen, dass die Abhandlung entweder nur vom Gerichtskommissär oder durch die Erbengemeinschaft geführt werden kann. Eine Mischform wäre aus dem Grund nicht denkbar, da es nicht dem Prinzip der Einheitlichkeit des Verlassenschaftsverfahrens entsprechen würde.<sup>193</sup>

Die Vornahme der schriftlichen Abhandlungspflege kommt demnach nur dann in Frage, wenn dies alle Parteien begehren.<sup>194</sup> Wenn hier die Rede von allen Beteiligten ist, stellt sich die Frage, inwiefern ein Noterbe antragslegitimiert ist beziehungsweise Einwendung erheben kann, wenn er mit dem schriftlichen Abhandlungsverfahren nicht einverstanden ist. Nach ständiger Rechtsprechung ist der Noterbe, also jener dem nur der Pflichtteil gebührt, nur so weit Beteiligter des Verfahrens, wenn er durch eine Entscheidung des Abhandlungsgerichts in einem materiellen Recht verletzt oder in verfahrensrechtlicher Hinsicht eingeschränkt wird.<sup>195</sup> Mit Bedachtnahme auf § 2 AußStrG ist der Noterbe insoweit als Partei zu qualifizieren, als dass er von der Einleitung des Verfahrens und allen weiteren wesentlichen Vorkommnissen verständigt werden muss.<sup>196</sup> Er kann außerdem gemäß § 804 ABGB die Errichtung des Inventars beantragen, sowie der Schätzung beiwohnen.<sup>197</sup> Zudem kommen dem Noterben auch Rechte dahingehend zu, dass er Anträge bezüglich der Trennung des

---

<sup>192</sup> OGH 22.06.1993, 1 Ob 571/93 SZ 66/78 = NZ 1994,65 = Jbl 1994, 42 = ÖJZ NRsp 1993/264/265 = JUS Z/1426 = EFSlg 73.603 = EFSlg 72.036.

<sup>193</sup> OGH 16.09.1976, 7 Ob 665/76 EvBl 1977, 103.

<sup>194</sup> OGH 16.09.1976, 7 Ob 665/76 EvBl 1977, 103.

<sup>195</sup> OGH 15.10.2002, 4 Ob 202/02p EFSlg 102.850.

<sup>196</sup> OGH 31.07.2001, 7 Ob 177/01g NZ 2001, 446 = EFSlg 98.759 = EFSlg 98.840 = EFSlg 98.875

<sup>197</sup> *Apathy* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, Ehegesetz, Konsumentenschutzgesetz, IPR-Gesetz und Europäisches Vertragsstatutübereinkommen<sup>2</sup> (2007) § 784 ABGB Rz 2.

Nachlassvermögens von dem des Erben stellen kann.<sup>198</sup> Der Noterbe ist demnach nur insoweit antragslegitimiert als ihm dies nach §§ 784, 804 und 812 ABGB eingeräumt wird.<sup>199</sup>

In Anbetracht dieser Grundsätze hat der OGH in seiner jüngeren Rechtsprechung dazu ausgeführt, dass die Antragslegitimation des Noterben nicht so weit reicht, in welcher Form die Abhandlung geführt wird.<sup>200</sup> Begründet wird dies damit, dass die Vornahme der schriftlichen Abhandlungspflege keineswegs in die Rechte der §§ 784, 804 und 812 ABGB eingreift.<sup>201</sup> Die Frage, ob die Todesfallaufnahme im Zuge des schriftlichen Abhandlungsverfahrens durch den Erben errichtet werden darf, kann schon alleine durch den Wortlaut beantwortet werden.

Bereits im Jahre 1981 hat sich das Landesgericht Graz mit dieser Frage auseinandergesetzt und ist zum Entschluss gekommen, dass dies schon damals ausdrücklich in § 2 Abs 1 Z 1 aF leg cit normiert war. Nach damaliger Rechtslage musste die Todesfallaufnahme dem Gerichtskommissär aufgetragen werden.<sup>202</sup> Nach dem nunmehrigen Gesetzeswortlaut hat der Gerichtskommissär die Todesfallaufnahme durchzuführen.<sup>203</sup> In § 117 Abs 1 AußStrG<sup>204</sup> war die schriftliche Abhandlungspflege verankert, wonach sich diese Bestimmung im Wesentlichen auf Parteihandlungen und nicht auf Akte, die das Gericht vorzunehmen hat, bezog. Der Sinn dieser Gesetzesstelle wird durch § 3 GKG ebenfalls bestätigt.<sup>205</sup>

Lassen sich die Parteien durch einen Rechtsanwalt oder Notar vertreten, ist es dennoch mit dem Gesetz vereinbar, wenn der Gerichtskommissär darauf besteht die Todesfallaufnahme mit den Beteiligten selbst aufzunehmen. Dieser Ansicht ist deshalb zu folgen, da diese Vorgangsweise der Unmittelbarkeit und vor allem der Wahrheitsfindung förderlich ist. Es liegt also in der Entscheidungskompetenz des

---

<sup>198</sup> *Sailer in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB<sup>2</sup> § 812 ABGB Rz 1.

<sup>199</sup> OGH 15.10.2002, 4 Ob 202/02p EfSlg 102.850.

<sup>200</sup> OGH 18.10.1994, 4 Ob 1612/94; siehe auch EFSlg 47.000, 47.001; NZ 1989,14; NZ 2000,219 gegenteilige Ansicht: OGH 13.04.1983, 3Ob 524/83 EFSlg 44.697 = EFSlg 44.518 = EFSlg 44.416 = EFSlg 44.686 = EFSlg 44.494 und OGH 29.10.1985, 2 Ob 642/85 NZ 1986, 132 = NZ-K 1987/95 = REDOK 13.153.

<sup>201</sup> OGH 18.10.1994, 4 Ob 1612/94; siehe auch EFSlg 47.000, 47.001; NZ 1989,14; NZ 2000,219.

<sup>202</sup> LG Graz 6.4.1981, 1 b R 52/81 NZ 1981, 172.

<sup>203</sup> § 2 GKG idF BGBl I 2003/112.

<sup>204</sup> idF vom Kaiserlichen Patent vom 9. August 1854 RGBI 208.

<sup>205</sup> *Edelbacher*, Verfahren außer Streitsachen<sup>2</sup> (1984) § 117 AußStrG Anm 2.

Notars, wie und in welcher Weise er die Todesfallaufnahme beziehungsweise die Ergänzung der Todesfallaufnahme besorgt.<sup>206</sup> Wie genau die Todesfallaufnahme zu erfolgen hat, dazu später.

Wird im Rahmen des schriftlichen Abhandlungsverfahrens eine Partei trotz Setzung einer angemessenen Nachfrist mit ihren Schriftsätzen säumig oder eignen sich die eingebrachten Schriftsätze nicht, um eine zweckentsprechende Erledigung zu garantieren beziehungsweise können diese nicht verbessert werden, ist eine ordnungsgemäße Durchführung des Verfahrens nicht mehr gewährleistet.<sup>207</sup> Sodann hat das Gericht auszusprechen, dass für alle weiteren Amtshandlungen der Gerichtskommissär zuständig ist.<sup>208</sup> Nachdem dies vom Gericht ausgesprochen wird, hat der zuständige Gerichtskommissär das Verfahren wieder aufzunehmen, da nur auf diesem Weg eine geordnete Durchführung des Verfahrens gewährleistet ist.<sup>209</sup>

Lässt man sich im Rahmen der schriftlichen Abhandlungspflege von einem Rechtsanwalt oder Notar vertreten, tritt auch hier im Falle der Säumigkeit an dessen Stelle der Notar als Gerichtskommissär. Dies lässt sich aus dem Gesetzeswortlaut „...so hat das Gericht...“ entnehmen, woraus sich schließen lässt, dass sobald die Nachfrist ergebnislos verstrichen ist, es zu keiner Fristverlängerung im Sinne des § 7 GKG kommen kann.<sup>210</sup>

### **3. Grundsätze der schriftlichen Abhandlungspflege**

Aufgrund dessen die Durchführung eines zügigen Verlassenschaftsverfahrens angestrebt wurde, kamen hinsichtlich dessen in der Anwaltschaft die Befürchtungen hoch, dass die Notare deshalb zu schnell tätig werden und andere Rechtsschutzalternativen somit auf der Strecke bleiben. Um diesem Problem gerecht zu werden statuiert § 3 Abs 3 GKG eine Hinweispflicht des Gerichtskommissärs, die Parteien auf die Möglichkeit eines schriftlichen Abhandlungsverfahrens aufmerksam

---

<sup>206</sup> LGZ Wien 27.11.1986, 43 R 557/86 NZ 1987, 210.

<sup>207</sup> ErläutRV 225 B1gNR XXII. GP 26.

<sup>208</sup> Feil/Marent, AußStrG<sup>2</sup> § 143 AußStrG Rz 48.

<sup>209</sup> Wagner/Knechtel, NO<sup>6</sup> § 3 GKG Rz 3.

<sup>210</sup> Wagner/Knechtel, NO<sup>6</sup> § 3 GKG Rz 4.

zu machen.<sup>211</sup> Dieser Pflicht hat er bei der ersten Amtshandlung nachzukommen.<sup>212</sup> Dies kann entweder mündlich erfolgen oder auch in der Ladung zur Todesfallaufnahme.<sup>213</sup> Hauptsache ist, dass dieser Pflicht so früh wie möglich nachgekommen wird.<sup>214</sup>

### **C. Welche Befugnisse kommen dem Gerichtskommissär im Rahmen des Verlassenschaftsverfahrens zu?**

#### **1. Allgemeines**

Das Verlassenschaftsverfahren gliedert sich in ein Vorverfahren und in ein Hauptverfahren. Im Vorverfahren hat die durch den Gerichtskommissär durchzuführende Todesfallaufnahme zu erfolgen und unter Umständen auch die Übernahme letztwilliger Verfügungen. Zu einem weiteren Verfahren kommt es jedoch nicht, wenn die Verlassenschaft geringen Wertes ist, bei einer Überlassung an Zahlungs statt, sowie beim Verlassenschaftskonkurs. In den übrigen Fällen kommt es zum sogenannten Hauptverfahren, nämlich zur Verlassenschaftsabhandlung, in der die Erben ihre Erbantrittserklärungen abgeben und erforderlichenfalls die entsprechenden Nachweise zur Einantwortung vorlegen. Das Gericht hat unter Umständen über das Erbrecht zu entscheiden und fasst den Einantwortungsbeschluss. Eine öffentliche Verhandlung, wie auch der Ersatz von Vertretungskosten sind im Verfahren über die Verlassenschaft jedoch ausgeschlossen.<sup>215</sup>

Dies sollte einem einen groben und kurzen Überblick über das Verfahren geben, um sich ungefähr vorstellen zu können, wie der Ablauf in einem Verlassenschaftsverfahren aufgebaut ist. Welche Rolle dem Gerichtskommissär in den einzelnen Phasen dabei zukommt, soll nun im Weiteren dieser Arbeit systematisch dargestellt werden.

---

<sup>211</sup> ErläutRV 225 B1gNR XXII. GP 26.

<sup>212</sup> *Feil/Marent*, AußStrG<sup>2</sup> § 143 AußStrG Rz 49.

<sup>213</sup> ErläutRV 225 B1gNR XXII. GP 26.

<sup>214</sup> *Fucik*, Das neue Verlassenschaftsverfahren Rz 41.

<sup>215</sup> *Klicka/Oberhammer/Domej*, Außerstreitverfahren<sup>4</sup> Rz 308.



## 2. Todesfallaufnahme

### a. Sinn und Zweck

§ 145 Abs 1 AußStrG umfasst die Grundsätze und Zweck der Todesfallaufnahme. Unter anderem nennt er auch das zuständige Organ, das die Verlassenschaftsabhandlung durchzuführen hat. Die Durchführung der Todesfallaufnahme obliegt also jenem Notar, dessen Zuständigkeit als Gerichtskommissär sich aus dem Gerichtskommissärsgesetz ergibt.<sup>216</sup> Die Todesfallaufnahme symbolisiert also den ersten Akt des gerichtlichen Einschreitens.<sup>217</sup>

In Praxis übermittelt also das jeweilige Bezirksgericht den Verlassenschaftsakt an den zuständigen Gerichtskommissär. Die aus dem Akt ersichtliche Auskunftsperson wird sodann kontaktiert und zur Ergänzung der Todesfallaufnahme bestellt. Gibt es beispielsweise keinen Hinweis auf Angehörige, wäre es naheliegend bei der örtlichen Bestattung nach dem Bezahler der Begräbniskosten zu fragen oder die Ladung an die Wohnadresse des Erblassers zu schicken. Es ist nicht von Nöten, dass ein potentieller Erbe zur Todesfallaufnahme erscheint. Wichtig ist, gerade in Hinblick auf § 145 Abs 3 AußStrG, dass die betreffende Auskunftsperson über die Verhältnisse des Verstorbenen gut Bescheid weiß.<sup>218</sup> Sachverständige sollen dabei nur im äußersten Notfall herangezogen werden, wenn also absehbar ist, dass eine Schätzung unvermeidlich sein wird.<sup>219</sup>

Im Wesentlichen hat die Todesfallaufnahme Informations- und Sicherungszweck, da im Vorfeld die Zuständigkeit abgeklärt wird, sowie die Feststellung, ob das Verfahren überhaupt fortgeführt werden soll.<sup>220</sup> Im Zuge dessen bietet es sich auch an, eine möglichst einfache Wertermittlung des Verlassenschaftsvermögens vorzunehmen.<sup>221</sup>

§ 145 Abs 1 enthält die offene Formulierung „*dazu hat er alle Umstände zu erheben,...*“, welche in Verbindung mit dem Allgemeinen Teil des AußStrG zu

<sup>216</sup> Fucik, Das neue Verlassenschaftsverfahren Rz 113 f.

<sup>217</sup> Feil/Marent, AußStrG<sup>2</sup> § 146 AußStrG Rz 3.

<sup>218</sup> Wruhs in Rechberger, AußStrG § 145 AußStrG Rz 1 f.

<sup>219</sup> Fucik, Das neue Verlassenschaftsverfahren Rz 118.

<sup>220</sup> Feil/Marent, AußStrG<sup>2</sup> § 146 AußStrG Rz 3.

<sup>221</sup> ErläutRV 224 BlgNR XXII. GP 94.

verstehen ist. Im Zusammenhang damit ist auf die Bestimmungen der §§ 16 und 31 AußStrG zu verweisen, wonach der Notar von Amts wegen alle Beweise aufzunehmen und Erkundungen einzuholen hat. Der Gerichtskommissär ist dazu befähigt jedes geeignete Beweismittel zu verwenden, das der Feststellung und Bescheinigung des Sachverhalts zweckdienlich ist.<sup>222</sup> Es gibt auch gegenüber dem Gericht keine Berichtspflicht über die Todesfallaufnahme mehr, da dies mit dem Einhergehen der ex-lege-Zuständigkeit weggefallen ist.<sup>223</sup> Er ist in seiner Verfahrensgestaltung also weitestgehend frei und kann selbständig agieren.<sup>224</sup>

### **b. Inhalt der Todesfallaufnahme**

Den Inhalt der Todesfallaufnahme bestimmt § 145 Abs 2, der wie folgend lautet: „ Die Todesfallaufnahme hat zu umfassen:

1. *Vor- und Familiennamen, Familienstand, Staatsangehörigkeit, Beschäftigung, Tag und Ort der Geburt und des Todes des Verstorbenen, seinen letzten Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthaltsort und alle übrigen für die Zuständigkeit erheblichen Umstände;*
2. *das hinterlassene Vermögen samt Rechten und Verbindlichkeiten;*
3. *die Begräbniskosten und die Person, die sie allenfalls vorgestreckt hat;*
4. *die Urkunden über letztwillige Anordnungen (Testamente, Kodizille) und deren Widerruf, Vermächtnis-, Erb- und Pflichtteilsverträge, Erb- und Pflichtteilsverzichtverträge und deren Aufhebung sowie den Vor- und Familiennamen und die Anschrift der Zeugen mündlicher letztwilliger Verfügungen;*
5. *Vor- und Familiennamen, Anschrift und Tag der Geburt der gesetzlichen und der auf Grund einer letztwilligen Verfügung berufenen Erben;*
6. *Vor- und Familiennamen, Anschrift und Tag der Geburt derjenigen, deren gesetzlicher Vertreter der Verstorbene war.*<sup>225</sup>

In diesem Zusammenhang kennzeichnet Z 1 die persönlichen Verhältnisse, Z 2 die Verlassenschaft als hinterlassenes Vermögen, was insbesondere relevant dafür ist, ob das Verfahren fortgeführt werden soll oder nicht und unter anderem auch für die

---

<sup>222</sup> *Fucik*, Das neue Verlassenschaftsverfahren Rz 116.

<sup>223</sup> *Wruhs* in *Rechberger*, AußStrG § 145 AußStrG Rz 4.

<sup>224</sup> *Fucik*, Das neue Verlassenschaftsverfahren Rz 116.

<sup>225</sup> § 145 Abs 2 AußStrG.

Frage der Zuständigkeit von Relevanz ist. Zur Frage, wer die Kosten des Begräbnisses vorgestreckt hat, ist gerade im Zusammenhang mit der Frage der Überlassung an Zahlungen statt von Bedeutung. Z 4 versteht sich quasi von selbst – es geht also um jene Angaben, die für das weitere Procedere bezüglich schriftlicher Erklärungen des letzten Willens bedeutend sind. Z 5 bezieht sich auf die persönlichen Verhältnisse der gesetzlichen Erben und der auf Grund einer letztwilligen Verfügung berufenen Erben. Z 6 dient der sogenannten Rechtsfürsorge, wenn also der gesetzliche Vertreter einer Partei verstorben ist, da im Rahmen dessen sodann das Pflégschaftsgericht davon in Kenntnis zu setzen ist.<sup>226</sup>

### **3. Genauere Determinierung der Befugnisse des Gerichtskommissärs**

#### ***a. Erhebungen im gesamten Bundesgebiet – Veranlassung von Zustellungen und öffentlichen Verlautbarungen***

Hierbei ist die Rede von jenen Befugnissen, die dem Notar als Gerichtskommissär im Rahmen des Verlassenschaftsverfahrens zukommen. Gesetzliche Grundlage für diese Amtshandlungsbefugnisse stellt zum einen § 9 Abs 1 GKG dar und darüber hinausreichende Befugnisse sind in den jeweiligen besonderen Verfahrensvorschriften deklariert.<sup>227</sup> Die zuvor zitierte Bestimmung des GKG bildet somit eine Grundlage dafür, dass der Gerichtskommissär bei all seinen Amtshandlungen nicht bloß an seinen Amtssprengel gebunden ist. Er hat somit die Kompetenz im gesamten Bundesgebiet entsprechende Erhebungen anzustellen, sowie die Befugnis Beweise selbst aufzunehmen. Des Weiteren obliegt es dem Gerichtskommissär Zustellungen selbst, durch die Post oder durch die Gerichte vornehmen zu lassen. Außerdem ist ihm die Befugnis eingeräumt, öffentliche Verlautbarungen zu veranlassen. Darunter zu verstehen sind die Bekanntmachung von Edikten beziehungsweise die Einstellung in die Ediktsdatei.<sup>228</sup>

---

<sup>226</sup> ErläutRV 224 BlgNR XXII. GP 95.

<sup>227</sup> *Fucik*, Das neue Verlassenschaftsverfahren Rz 59.

<sup>228</sup> ErläutRV 225 BlgNR XXII. GP 28.

## **b. Rechts- und Amtshilfe**

Stellt sich das Problem, dass gewisse Amtshandlungen in einem entfernteren Sprengel nicht zweckmäßig sind, kann sich der Gerichtskommissär gemäß § 9 Abs 3 GKG der mittelbaren Beweisaufnahme bedienen. Demnach hat der Notar die Befugnis Gerichte, Verwaltungsbehörden um Rechts- und Amtshilfe zu ersuchen. Des Weiteren hat er auch die Möglichkeit, die nach der dortigen Verteilungsordnung zuständigen Notare zur Amtshilfe aufzufordern. Der dabei angerufene Notar ist somit auch Gerichtskommissär. Diese Pflicht ergibt sich aus der Bestimmung des § 1 Abs 3 GKG, wonach der Notar bei Besorgung, der ihm durch das Gesetz oder Auftrag übertragenen Amtshandlungen, als Gerichtskommissär handelt. Zur Frage, welcher Notar als Gerichtskommissär nach der dortigen Verteilungsordnung zuständig wäre, richtet sich neben dem Sterbedatum, auch nach jenem Ort, an dem die Amtshandlung vorzunehmen ist. Gleichgültig ob man in der Praxis nach einer Buchstabenverteilung, nach Sterbedatum oder wenn die Verteilungsordnung einen geographischen Bezug aufweist, vorgeht, ist in diesem Fall nicht der Ort relevant, in dem der Erblasser gestorben ist.<sup>229</sup>

## **c. Rechte und Pflichten von Auskunftspersonen und Sachverständigen**

Jener Personenkreis, welcher Parteien, Zeugen und Sachverständige umfasst, hat auch im Verfahren außer Streitsachen gewisse Rechte und Pflichten dem Gericht gegenüber. § 9 Abs 2 GKG weitet diese Pflichten, unter anderem die Pflicht dieser Personen zum Erscheinen und Aussagen, wie auch dementsprechende Rechte auf das Verhältnis zum Gerichtskommissär aus. Mit den Rechten, die diesen Personen im Rahmen dessen zukommen, sind jene Befugnisse gemeint, sich der Pflicht zu entziehen.<sup>230</sup> Die darauf anzuwendenden Bestimmungen finden sich in §§ 320 ff ZPO. Zeugnisunfähig nach § 320 ZPO sind demnach Personen, welche wahrnehmungsunfähig sind (Z1), Geistliche in Hinblick darauf, was ihnen im Rahmen der Beichte anvertraut wurde (Z2), Staatsbeamte, wenn sie durch das Tätigen einer

---

<sup>229</sup> ErläutRV 225 BlgNR XXII.GP 28.

<sup>230</sup> ErläutRV 225 BlgNR XXII.GP 28.

Zeugenaussage ein Amtsgeheimnis verletzen würden (Z3) und zuletzt die Mediatoren, was ihnen im Zuge der Mediation anvertraut wurde (Z4). Hier ist also die Rede von Beweisaufnahmeverboten, welche von Seiten des Gerichts, in unserem Fall der Gerichtskommissär, von Amts wegen wahrzunehmen sind.<sup>231</sup> In §§ 321ff ZPO sind weitere Beweismittelverbote statuiert, welche der Gerichtskommissär demnach zu berücksichtigen hat.

Personen, die als Parteien, als Zeugen oder als Sachverständige zu vernehmen sind, haben entsprechend der Bestimmungen des GebAG 1975<sup>232</sup> Gebührenansprüche.<sup>233</sup> Es reicht also nicht aus, die Mitwirkung des genannten Personenkreises als eine gesetzliche Pflicht zu statuieren, sondern es müssen auch entsprechende Voraussetzungen dafür geschaffen werden, deren Mitwirkung und dadurch entstandenen finanziellen Aufwendungen angemessen auszugleichen.<sup>234</sup> Diese Ansprüche treffen verständlicherweise das Gericht und nicht den Gerichtskommissär.<sup>235</sup> Sie können vom betreffenden Personenkreis zwar bei ihm geltend gemacht werden - die Gebührenanträge sind jedoch an das Gericht weiterzuleiten, welches die Gebühren zu bestimmen und anzuweisen hat.<sup>236</sup>

#### ***d. Exkurs: Abgrenzung der Aufgaben von Verlassenschaftskurator und Gerichtskommissär***

In Hinblick auf die Suche nach unbekanntem Erben im Verlassenschaftsverfahren stellt sich nach nunmehriger Rechtslage die interessante Frage, ob nun den Gerichtskommissär, das Verlassenschaftsgericht oder den Verlassenschaftskurator die Verantwortung zur Ausforschung trifft. Nach dem Kaiserlichen Patent vom 9.8.1854 RGBI 208 gab es eine ausdrückliche Ermittlungspflicht des Verlassenschaftskurators. Im nunmehrigen AußStrG fehlt aber eine konkrete Regelung dahingehend, wem diese Aufgabe zukommt.<sup>237</sup>

---

<sup>231</sup> *Rechberger* in *Rechberger* (Hrsg), Kommentar zur Zivilprozessordnung<sup>3</sup> (2006) § 320 ZPO Rz 2 f.

<sup>232</sup> Gebührenanspruchsgesetz - GebAG BGBl 1975/136.

<sup>233</sup> ErläutRV 225 BlgNR XXII.GP 28.

<sup>234</sup> *Krammer/Schmidt*, Sachverständigen- und Dolmetschergesetz - Gebührenanspruchsgesetz 1975<sup>3</sup> (2001) § 1 GebAG Anm 1.

<sup>235</sup> ErläutRV 225 BlgNR XXII.GP 28.

<sup>236</sup> *Fucik*, Das neue Verlassenschaftsverfahren Rz 61.

<sup>237</sup> *Kodek*, Die Suche nach unbekanntem Erben im Verlassenschaftsverfahren, ÖJZ 2009, 197 (197).

Erhebungen des Gerichtskommissärs sind hoheitlicher Natur, welche durch §§ 16, 31, 145 Abs 2 Z 5 AußStrG und §§ 1, 9 GKG definiert sind, wohingegen der Verlassenschaftskurator nur auf privatrechtlicher Grundlage tätig wird. Die Haftung des Gerichtskommissärs richtet sich nach dem Amtshaftungsgesetz. Der Verlassenschaftskurator haftet hingegen nach den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen. Im nunmehrigen AußStrG ist für den Fall unbekannter Erben lediglich vorgesehen, dass diese durch öffentliche Bekanntmachung dazu aufgefordert werden, binnen einer Frist von 6 Monaten ihre Ansprüche geltend zu machen. Nach Ablauf dieser Frist kann den vorhandenen Erben eingewantwortet oder die Verlassenschaft für erblos erklärt werden, wobei die Bestellung eines Verlassenschaftskurators, zur Vorbereitung des Verfahrens nach § 184 AußStrG, vorgesehen ist.<sup>238</sup>

Es stellt sich nun die Frage, wie weit die Ermittlungspflicht des Gerichts beziehungsweise des Gerichtskommissärs geht? Anhand des Gesetzeswortlautes könnte man davon ausgehen, dass überhaupt keine näheren Erhebungen über das Vorhandensein unbekannter Erben anzustellen sind. Geht man aber von einer Pflicht zu weiteren Erhebungen aus, stellt sich weiter die Frage, wen diese Ermittlungspflicht nun trifft.<sup>239</sup>

Eine ausführliche Untersuchung *Mondels* hat gezeigt, dass es die primäre Pflicht des Gerichtskommissärs sei, mit der ihm zur Verfügung stehenden Mittel, die noch unbekanntes Erben ausfindig zu machen. Argumente, die dafür sprechen, wären zum einen seine starke Verfahrensposition, die Verpflichtung zur Anführung der gesetzlichen Erben in der Todesfallaufnahme und deren Verständigung und zum anderen auch entsprechende Erhebungen anzustellen.<sup>240</sup>

Der nunmehrige Gesetzeswortlaut gibt zu der in Raum gestellten Frage jedoch keine Antwort, weshalb man kurz und bündig die Meinung vertreten könnte, dass der Schutz der unbekanntes Erben einzig und allein dem Ediktalverfahren überlassen ist. In Anlehnung an den Wortlaut des § 145 Abs 2 Z 5 AußStrG ist aber festzuhalten,

---

<sup>238</sup> *Kodek*, ÖJZ 2009, 198 f.

<sup>239</sup> *Kodek*, ÖJZ 2009, 199.

<sup>240</sup> *Kodek*, ÖJZ 2009, 199.

dass die Einleitung eines Ediktalverfahrens voraussetzt, dass der Gerichtskommissär die Möglichkeiten seiner Erhebungen vollständig ausgeschöpft hat. Zur Frage, ob dem Verlassenschaftsgericht dahingehend Pflichten zukommen, ist zu sagen, dass ihm weitestgehend nur mehr Überwachungspflichten im Sinne des § 7a GKG zukommen. Es kann dem Gerichtskommissär lediglich Aufträge erteilen, Berichte einholen und die erforderlichen Erhebungen vornehmen. Mittels Aufträgen kann das Gericht auf die Ermittlungen des Gerichtskommissärs also Einfluss nehmen.<sup>241</sup> In Anbetracht der §§ 145 Abs 2 Z5 AußStrG und §§ 16, 31 AußStrG, wonach der Gerichtskommissär von Amts wegen alle Beweise aufzunehmen und Erkundungen einzuholen hat, kann man davon ableiten, dass die Ermittlung der Erben primär Aufgabe des Gerichtskommissärs ist.<sup>242</sup> Doch wie weit geht diese Ermittlungspflicht des Gerichtskommissärs? Es ist also fraglich, welche Erhebungen der Gerichtskommissär anzustellen hat, bevor er nach § 158 AußStrG, also der Einleitung eines Ediktalverfahrens vorgehen kann.<sup>243</sup>

*Kodek* ist der Ansicht, dass dies von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls abhängt, man aber nicht von vorne herein davon ausgehen darf, dass dies auf einfache Ermittlungen beschränkt ist. Dies deshalb nicht, da das Außerstreitverfahren, seit der Außerstreitreform ein vollwertiges Erkenntnisverfahren darstellt. Die Befragung von Angehörigen, sowie einfache Anfragen an öffentliche Stellen reichen aber völlig aus. Unter Berücksichtigung zeitlicher und finanzieller Faktoren sind weitere Nachforschungen nur dann sinnvoll, wenn es dafür konkrete Anhaltspunkte gibt. Ausgehend von dieser Argumentation kann also geschlussfolgert werden, dass der Verlassenschaftskurator somit nicht mehr primärer Verantwortlicher zur Ausforschung unbekannter Erben ist.<sup>244</sup>

Die damit einhergehende Ermittlungspflicht durch den Gerichtskommissär kann also nicht einfach durch Bestellung eines Verlassenschaftskurators auf diesen abgewälzt werden. Die Ermittlungspflicht durch den Verlassenschaftskurator ist also nur als subsidiär zu qualifizieren und auch nur dann von Relevanz, wenn die Erhebungen

---

<sup>241</sup> *Kodek*, ÖJZ 2009, 199 f.

<sup>242</sup> *Kodek*, ÖJZ 2009, 201; vgl auch *Mondel*, Kuratoren im Verlassenschaftsverfahren, NZ 2007, 289 (298 f).

<sup>243</sup> *Kodek*, ÖJZ 2009, 201.

<sup>244</sup> *Kodek*, ÖJZ 2009, 202 ff.

durch den Gerichtskommissär erkennbar beendet sind. Dies ist dann der Fall, wenn es zur Einleitung des Ediktalverfahrens nach § 158 Abs 1 AußStrG kommt und auch keine Aufträge seitens des Gerichts an den Gerichtskommissär erteilt worden sind. Aus diesem Grund erweist es sich als sinnvoll bereits im Beststellungsbeschluss klar festzulegen, ob weitere Erhebungen vom Verlassenschaftsgericht beziehungsweise vom Gerichtskommissär erwünscht werden.<sup>245</sup>

## **D. Welche Befugnisse kommen dem Gerichtskommissär speziell im Rahmen seiner Erhebungen iSd §§ 146 ff AußStrG zu?**

### **1. Berechtigung des Gerichtskommissärs zum Betreten der Wohnung**

Zum Zwecke der Todesfallaufnahme kommen dem Gerichtskommissär neben den in §§ 16 und 31 AußStrG Erwähnten noch weitere Befugnisse und Verpflichtungen zu.<sup>246</sup> Im Rahmen dessen wird es also für das weitere Verfahren zweckdienlich sein, konkrete Aufzeichnungen des Verstorbenen beizuschaffen. Hierbei sind dem Gerichtskommissär auch Eingriffe in das Hausrecht erlaubt. Einschlägige Bestimmung dafür ist § 146 Abs 1 AußStrG, wonach der Gerichtskommissär dazu befähigt ist die Wohnung, das Geschäftslokal, die Schrankfächer des Verstorbenen, seine Schränke und sonstigen Behältnisse, wie Heimsafes, Schreibtische und Aktentaschen zu öffnen.<sup>247</sup> Bereits in § 98 AußStrG idF Kaiserlichen Patent vom 9.8.1854 RGBI 208 war es vorgesehen, dass der damals als Gerichtsabgeordnete bezeichnete Notar die Befugnis hat, das zu inventierende Vermögen zu besichtigen. Nur so war es möglich, dass er sich über das gesamte Vermögen vollständige Aufklärung verschafft.<sup>248</sup> In Anlehnung an die ständige Praxis und momentane Rechtslage sind bei solchen Vorgehensweisen zwei volljährige Personen als Vertrauenspersonen beizuziehen.<sup>249</sup> Angehörige des Erblassers, wie seine Mitbewohner und Nachbarn sind im Rahmen dessen zur aktiven Hilfeleistung verpflichtet, was auch ausdrücklich in § 146 Abs 1 AußStrG normiert ist.<sup>250</sup> Diejenigen

<sup>245</sup> *Kodek*, ÖJZ 2009, 205.

<sup>246</sup> *Wruhs in Rechberger*, AußStrG § 146 AußStrG Rz 1.

<sup>247</sup> *Fucik*, Das neue Verlassenschaftsverfahren Rz 119.

<sup>248</sup> OGH am 31. 8. 1932, 1 Ob 840/32 = NZ 1932, 204.

<sup>249</sup> ErläutRV 224 BlgNR XXII. GP 95.

<sup>250</sup> *Fucik*, Das neue Verlassenschaftsverfahren Rz 119.



Personen müssen kein unbedingtes Interesse an der Abhandlung des Verlassenschaftsverfahren dartun, dennoch muss ihre Mitwirkungspflicht entsprechend gesetzlich festgelegt werden.<sup>251</sup> All diese Eingriffe in das Hausrecht haben in schonender Art und Weise zu erfolgen, sodass bei Bedarf ein Schlosser heranzuziehen ist und nach Möglichkeit nichts aufzubrechen ist.<sup>252</sup>

Jene Objekte des Erblassers, die auf eine Tätigkeit im öffentlichen Dienst verweisen, sind ohne weitere Einsichtnahme und unter Wahrung des Amtsgeheimnisses an die zuständige Dienstbehörde weiterzuleiten.<sup>253</sup>

Zudem obliegt es auch im pflichtgebundenen Ermessen des Gerichtskommissärs öffentliche Kassen, also auszahlende Stellen, vom Ableben des Verstorbenen in Kenntnis zu setzen, um Übergenüsse und deren daraus resultierende Rückabwicklung tunlichst zu vermeiden.<sup>254</sup>

§ 146 Abs 4 AußStrG umschreibt die Verpflichtung des Gerichtskommissärs im Falle dessen, dass der Verstorbene einem Amts- oder Berufsgeheimnis unterlag, alles zu vermeiden, was die dadurch geschützten Geheimhaltungsinteressen beeinträchtigen könnte.<sup>255</sup> Der hier zitierte Abs 4 enthält eine relativ offene Formulierung, da man aus Gründen der ständigen Fortentwicklung und Hinzukommens neuer Geheimnisträger nie alle gesellschaftlich Relevanten aufzählen könnte.<sup>256</sup>

Da der Gerichtskommissär derartige Erkundungen nur zum Zwecke der Todesfallaufnahme anzustellen hat, kommt ihm dabei keine Berichtspflicht gegenüber dem Gericht zu.<sup>257</sup>

---

<sup>251</sup> ErläutRV 224 BlgNR XXII. GP 95.

<sup>252</sup> *Fucik*, Das neue Verlassenschaftsverfahren Rz 119.

<sup>253</sup> *Fucik*, Das neue Verlassenschaftsverfahren Rz 120.

<sup>254</sup> *Fucik*, Das neue Verlassenschaftsverfahren Rz 121.

<sup>255</sup> *Fucik*, Das neue Verlassenschaftsverfahren Rz 122.

<sup>256</sup> ErläutRV 224 BlgNR XXII. GP 96.

<sup>257</sup> ErläutRV 224 BlgNR XXII. GP 96.

## 2. Sicherung der Verlassenschaft

Wenn die Rede von „Sicherung der Verlassenschaft“ ist, dann handelt es sich dabei um Sicherungsmaßnahmen, die der Gerichtskommissär anlässlich der Todesfallaufnahme vornehmen kann. Die Belassung des Verlassenschaftsvermögens bei den in Betracht kommenden Erben, sollte auch die Regel sein. Aus diesem Grund sollte das Ergreifen von Sicherungsmaßnahmen durch den Gerichtskommissär auch nur eine Ausnahme darstellen und wenn möglich, vermieden werden.<sup>258</sup> In Anlehnung an den Gesetzeswortlaut geht man also davon aus, dass die vermutlichen Erben, nahen Angehörigen oder Mitbewohner dazu fähig und bereit sind, die zur Verlassenschaft gehörigen Gegenstände ordnungsgemäß zu verwahren.<sup>259</sup> § 147 Abs 1 AußStrG normiert nur die Ausnahmefälle, in denen eine Verlassenschaft durch den Gerichtskommissär zu sichern ist, wohingegen § 147 Abs 2 AußStrG nur demonstrativ aufzählt, welche Sicherungsmöglichkeiten ihm dabei offenstehen.<sup>260</sup> Aus diesem Grund hat der Gerichtskommissär dahingehend einen gewissen Ermessensspielraum, zu welcher Sicherungsmaßnahme er im gegebenen Fall greift. Er soll nach Möglichkeit und im Interesse aller Beteiligten die günstigste Verwahrungsart wählen.<sup>261</sup> Da Versperren alleine oftmals nicht sinnvoll sein wird, kommt in dieser Hinsicht ein Schlossaustausch schon eher in Betracht.<sup>262</sup>

### a. Versiegelung der Wohnung

Die Versiegelung einer Wohnung ist vor allem im großstädtischen Bereich bedenklich, da es regelrecht eine Einladung für Einbrecher darstellt, weil diese sicher sein können, im Zuge eines Einbruchs auch nicht erwischt zu werden. Eine Versiegelung würde also nur dann in Betracht kommen, wenn der Verstorbene alleine gewohnt hat, da ja ansonsten in die Rechte der Mitbewohner eingegriffen

---

<sup>258</sup> *Fucik*, Das neue Verlassenschaftsverfahren Rz 124.

<sup>259</sup> *Feil/Marent*, AußStrG<sup>2</sup> § 147 AußStrG Rz 1.

<sup>260</sup> *Fucik*, Das neue Verlassenschaftsverfahren Rz 125 f.

<sup>261</sup> *Feil/Marent*, AußStrG<sup>2</sup> § 147 AußStrG Rz 1 ff.

<sup>262</sup> *Fucik*, Das neue Verlassenschaftsverfahren Rz 126.

werden würde.<sup>263</sup> Rechte Dritter dürfen auf diesem Weg also nicht tangiert werden.<sup>264</sup> Befinden sich gewisse Fahrnisse im gemeinsamen Besitz des Erblassers und einem Dritten, so ist diese Sicherungsmaßnahme keinesfalls möglich. Dies wäre beispielsweise dann der Fall, wenn es sich um Sachen handelt, die sich in der vom Verstorbenen und seinem noch überlebenden Ehegatten gemeinsamen Wohnung befinden und dieser als sein Eigentum bezeichnet. Steht aber eindeutig fest, dass es sich um Eigentum des Verstorbenen handelt und befindet sich dieses bei einem Dritten, so kann die Herausgabe gefordert werden. Befindet sich der Nachlass im Zeitpunkt des Todes im Alleinbesitz des Verstorbenen, so ist die Versiegelung zum ehest möglichsten Zeitpunkt vorzunehmen, wenn die in Betracht kommenden Erben pflegebefohlen, abwesend oder gänzlich unbekannt sind. Dies hat ebenfalls sofort zu geschehen, wenn eine das Vermögen des Verstorbenen übersteigende Schuldenlast zu besorgen ist, im Falle einer Bewilligung einer Nachlassabsonderung oder wenn andere Umstände vorliegen, die besondere Vorsicht verlangen.<sup>265</sup>

Als kleiner Sidestep bleibt noch zu erwähnen, dass der Gerichtskommissär eben auch die Aufgabe hat, den Nachlass vor Schaden zu sichern. Versiegelt er beispielsweise eine Wohnung während der Wintermonate, ohne darauf Bedacht zu nehmen, die Leitungen gegen Frost zu sichern, begründet dies im Zuge dessen natürlich Amtshaftung.<sup>266</sup> Es ist also zu berücksichtigen, dass alle Amtshandlungen mit Bedacht auf mögliche Schäden zu setzen sind, um so amtshaftungsrechtliche Konsequenzen zu vermeiden.

## **b. Verwahrung**

Ansonsten gibt es noch immer die Möglichkeit der Verwahrung, entweder durch den Gerichtskommissär selbst oder durch einen Verwahrer. Dies geschieht auf alle Fälle allein auf Kosten der Verlassenschaft. Da die bisherige Praxis gezeigt hat, dass sich strenge Vorschriften leider nicht bewähren, waren für die Verwahrung daher flexiblere Vorschriften, als bisher vorzusehen. Die gerichtliche Verwahrung soll jedoch der

---

<sup>263</sup> *Fucik*, Das neue Verlassenschaftsverfahren Rz 126.

<sup>264</sup> *Feil/Marent*, AußStrG<sup>2</sup> § 147 AußStrG Rz 5; vgl auch OGH 23.9.1969, 4 Ob 583/69 NZ 1970, 126 = SZ 42/134 = EvBl 1970, 102 = MietSlg 21864.

<sup>265</sup> *Feil/Marent*, AußStrG<sup>2</sup> § 147 AußStrG Rz 4 f.

<sup>266</sup> *Fucik*, Das neue Verlassenschaftsverfahren Rz 128.

letzte Ausweg sein. Welcher Verwahrungsart der Vorzug gegeben werden soll, liegt wohl in der Letztverantwortung des Gerichtskommissärs, der es am besten einzuschätzen wissen muss, welche Verwahrungsart im Interesse aller Beteiligten liegt.<sup>267</sup>

### **3. Freigabe**

Wenn die Rede von Freigabe ist, dann versteht man darunter die Befugnis des Gerichtskommissärs, trotz allfällig gesetzter Sicherungsmaßnahmen, Verfügungen an Nachlassgegenständen oder Vermögensbestandteilen zuzulassen. Dies hat aber zur Voraussetzung, dass dadurch die Kosten eines einfachen Begräbnisses gedeckt werden, da sich sonst niemand bereit erklärt diese Kosten vorzustrecken. Er kann also das an sich zu sichernde Verlassenschaftsvermögen dazu verwenden, solche Kosten zu decken.<sup>268</sup>

Bei der Herausgabe von Bargeld spricht man von Ausfolgung und bei Kontoguthaben von Freigabe. Eine Sicherungsmaßnahme bezieht sich immer nur auf die Rechte des Erblassers. Natürlich kann es sein, dass der Erblasser Rechte im Mitbesitz mit anderen ausübte oder es fallen Sachen in die Verlassenschaft, die der Erblasser nur verwahrt hat, sodass klar wird, dass diese Sachen gar nicht zur Verlassenschaft zählen.<sup>269</sup> Sind diese Rechte unbestritten oder können diese durch unbedenkliche Urkunden dargetan werden, so hat der Gerichtskommissär dahingehend die Möglichkeit, ohne eines vorhergehenden Verfahrens, die jeweilige Sicherungsmaßnahme wieder aufzuheben. Somit kann der andere seine Rechte wieder unbeschwerlich ausüben.<sup>270</sup>

### **4. Sperren**

Mit der Bestimmung des § 149 AußStrG wurden im Wege der Gesetzgebung die sogenannten Rotsiegelbeschlüsse in Angriff genommen.<sup>271</sup> Das damalige Gesetz kannte eine durch den Tod eintretende Banksperre nicht. Die allgemeinen

<sup>267</sup> *Fucik*, Das neue Verlassenschaftsverfahren Rz 126 f.

<sup>268</sup> *Fucik*, Das neue Verlassenschaftsverfahren Rz 130.

<sup>269</sup> *Fucik*, Das neue Verlassenschaftsverfahren Rz 131.

<sup>270</sup> *Feil/Marent*, AußStrG<sup>2</sup> § 148 AußStrG Rz 2.

<sup>271</sup> *Wruhs in Rechberger*, AußStrG § 149 AußStrG Rz 1.

Geschäftsbedingungen der österreichischen Kreditunternehmen sehen eine solche Banksperre in solch einem Fall aber sehr wohl vor. Das bedeutet, sobald das jeweilige Kreditinstitut vom Tod eines Kontoinhabers erfährt, Auszahlungen nur mehr an das die Verlassenschaftsabhandlung führende Organ durchführt. Es wurde bei jeder Auszahlung ein sogenannter Rotsiegelbeschluss, also ein mit dem besonderen Siegel nach § 68 Abs 2 Geo versehenen Beschluss, verlangt.<sup>272</sup>

Nun hat man mit § 149 AußStrG die Möglichkeit geschaffen, die Freigabe von rechtsgeschäftlichen Sperrungen, durch eine Erklärung des Gerichtskommissärs zu umgehen. Es bedarf also keiner Genehmigung des Gerichtes mehr. Der Gerichtskommissär ist aber nur dann ermächtigt eine solche Erklärung abzugeben, wenn es sich dabei um die Freigabe im Sinne des § 148 Abs 1 AußStrG handelt, also um die Beschaffung jener Kosten, die ein einfaches Begräbnis ausmachen.<sup>273</sup> Jene Erklärung muss mit dem Amtssiegel des Notars gemäß § 9 GKG versehen sein.<sup>274</sup> Zur Aufhebung einer solchen Sperre reicht eine vom Gerichtskommissär ausgestellte Amtsbestätigung nach § 172 AußStrG durchwegs aus oder ein mit Rechtskraft versehener Einantwortungsbeschluss.<sup>275</sup> Durch diesen Verzicht auf Rotsiegelbeschlüsse erreicht man eine Entlastung der Gerichte und schützt die ihre Rechte verwirklichen wollende Bevölkerung vor einem unnötigen Bürokratieaufwand. Man braucht dadurch also nicht zu befürchten, dass durch diesen Verzicht eine verminderte Legitimitätsprüfung erfolgt.<sup>276</sup> Was die Berichtigung anderer dringender Auslagen anbelangt, kommen hierfür die Bestimmungen über die Benützung und Verwaltung der Verlassenschaft gemäß §§ 171 ff AußStrG in Betracht.

---

<sup>272</sup> *Fucik*, Das neue Verlassenschaftsverfahren Rz 132.

<sup>273</sup> *Fucik*, Das neue Verlassenschaftsverfahren Rz 133.

<sup>274</sup> *Wruhs* in *Rechberger*, AußStrG § 149 AußStrG Rz 2.

<sup>275</sup> *Feil/Marent*, AußStrG<sup>2</sup> § 149 AußStrG Rz 2.

<sup>276</sup> *Fucik*, Das neue Verlassenschaftsverfahren Rz 133.

## **E. Weitere Befugnisse**

### **1. Errichtung des Inventars**

Die für den Gerichtskommissär relevante Bestimmung über die Errichtung des Inventars findet sich in der verfahrensrechtlichen Bestimmung des § 168 AußStrG. Das Verfahren zur Errichtung des Inventars fällt somit in die ausschließliche Zuständigkeit des Gerichtskommissärs, was auch in § 1 Abs 1 Z 1 lit b GKG verankert ist. Die einzige Ausnahme bildet § 166 Abs 2 AußStrG, wonach Eigentumsstreitigkeiten jedoch im Prozessweg zu klären sind, also durch das Gericht.<sup>277</sup>

Unter Berücksichtigung der Wahrung des rechtlichen Gehörs im Sinne des § 15 AußStrG kann sich der Gerichtskommissär bei der Errichtung des Inventars somit sämtlicher Mittel bedienen.<sup>278</sup> Dem Gerichtskommissär stehen im Verfahren für die Errichtung des Inventars die gleichen Befugnisse zu, wie bei der Todesfallaufnahme, weshalb auf die Ausführungen von vorhin verwiesen werden kann.<sup>279</sup> Ist eine Partei mit bestimmten Maßnahmen und Verhalten des Gerichtskommissärs nicht einverstanden, steht ihr der Weg des Abhilfeantrags nach § 7 a GKG offen.<sup>280</sup>

### **2. Ausstellung von Amtsbestätigungen**

Dort, wo vorgesehen ist, dass der Gerichtskommissär Amtsbestätigungen ausstellt, insbesondere im Fall des § 172 AußStrG, ist wichtig, dass diese mit einem Amtssiegel des Notars versehen werden.<sup>281</sup> „Auf Verlangen hat der Gerichtskommissär den Berechtigten eine Amtsbestätigung über ihre Vertretungsbefugnis (§ 810 ABGB) auszustellen.“<sup>282</sup> Materiellrechtlich sind die Grenzen der Vertretungsbefugnis der Erben in § 810 ABGB geregelt. Die konkreten Bestimmungen über die Ausstellung einer Amtsbestätigung sind im Verfahrensrecht

---

<sup>277</sup> Bittner in Rechberger, AußStrG § 168 AußStrG Rz 5.

<sup>278</sup> Bittner in Rechberger, AußStrG § 168 AußStrG Rz 2.

<sup>279</sup> Feil/Marent, AußStrG<sup>2</sup> § 168 AußStrG Rz 1; vgl FN 215 ff.

<sup>280</sup> Bittner in Rechberger, AußStrG § 168 AußStrG Rz 5.

<sup>281</sup> ErläutRV 225 BlgNR XXII. GP 28.

<sup>282</sup> § 172 AußStrG.

verankert.<sup>283</sup> Es steht demnach nur dem Gerichtskommissär die Befugnis zu, eine Amtsbestätigung nach § 172 AußStrG auszustellen und nicht dem Gericht.<sup>284</sup>

Würde ein Erbe also einen Antrag bei Gericht zur Ausstellung einer Amtsbestätigung, betreffend das aus § 810 ABGB verankerte Recht das Verlassenschaftsvermögen zu benützen, verwalten und vertreten, stellen, wäre dieser aufgrund des § 172 AußStrG zurückzuweisen. Dahingehend stellte sich die Frage, ob man sich auf § 186 Abs 1 AußStrG stützen könnte, wonach den Parteien auf Antrag Amtsbestätigungen über aktenmäßig bei Gericht bekannte Tatsachen auszustellen seien. Deshalb galt es zu klären, ob die spezielle Regelung des § 172 AußStrG die generelle Regelung des § 186 AußStrG insoweit verdrängt, sodass man sagen kann, dass es nur in der Kompetenz des Gerichtskommissärs liegt, Amtsbestätigungen über die Vertretungsbefugnis der erbantrittserklärten Erben auszustellen.<sup>285</sup>

Unter Zugrundelegung der Wortinterpretation kann man davon ausgehen, dass die Anwendung beider Bestimmungen in Betracht kommen. Geht man von der systematisch-logischen Interpretation aus, ist dabei auf den Gesetzesaufbau Bedacht zu nehmen. Da § 172 AußStrG im III. Hauptstück, betreffend Verlassenschaftsverfahren geregelt ist und § 186 AußStrG im IV. Hauptstück „Beurkundungen“, stellt die des § 172 AußStrG eindeutig eine speziellere Regelung dar. Diese Gesetzesinterpretation ist ebenfalls mit § 173 Abs 2 AußStrG vereinbar, wonach der Gerichtskommissär die ausgestellten Amtsbestätigungen von den Empfängern wieder abverlangen kann, wenn sich in Hinblick auf die Vertretungsverhältnisse etwas ändert. Dieser Ansicht ist deshalb zu folgen, da ja unter Bedachtnahme auf § 144 AußStrG grundsätzlich die Eingaben im Verlassenschaftsverfahren ja auch an den Gerichtskommissär zu richten sind, also, dass ihm etwaige Änderungen der Vertretungsverhältnisse bekanntgegeben werden.<sup>286</sup>

---

<sup>283</sup> ErläutRV 224 BlgNR XXII. GP 110.

<sup>284</sup> OGH 21.11.2007, 10 Ob 2/07z RZ 2008, 213.

<sup>285</sup> OGH 21.11.2007, 10 Ob 2/07z RZ 2008, 213.

<sup>286</sup> OGH 21.11.2007, 10 Ob 2/07z RZ 2008, 213.

Würde man die Ansicht vertreten, dass sowohl Gerichtskommissär als auch das Gericht zur Ausstellung von Amtsbestätigungen über die Vertretungsbefugnis befugt sind, könnte dies zu widersprüchlichen Überschneidungen führen. Es ist ja zu bedenken, dass Gericht und Gerichtskommissär nicht immer auf demselben Informationsstand sind. Gelangt man zur Ansicht, dass beide dazu berufen wären, dann hätte es der Gesetzgeber gesetzlich wohl ausdrücklich statuiert.<sup>287</sup>

Aufgrund all dieser Überlegungen ist es wohl zu bejahen, hierbei ausschließlich dem Gerichtskommissär die Befugnis einzuräumen, um der Gefahr vorzubeugen, dass Amtsbestätigungen unterschiedlichen Inhaltes ausgestellt werden. Nach ständiger Rechtsprechung ist es so geregelt, dass dieses subjektive Recht auf Benützung, Verwaltung und Vertretung der erbantrittserklärten Erben keines Gerichtsbeschlusses mehr darf.<sup>288</sup> Diese Befugnisse stehen ihnen nach § 810 ABGB<sup>289</sup> nun ex lege zu.<sup>290</sup> Bereits Spitzer führte dazu aus, dass durch die Neugestaltung des § 810 ABGB ein Ersatz für den Überlassungsbeschluss notwendig ist.<sup>291</sup> Als Nachweis der Vertretungsbefugnis dient nunmehr eine vom Gerichtskommissär auf Antrag ausgestellte Amtsbestätigung.<sup>292</sup> Auch hier lässt sich wieder eine Entlastung der Gerichte durch den Gerichtskommissär erkennen.<sup>293</sup> Um einem Missbrauch vorzubeugen schreibt § 173 Abs 2 AußStrG dem Gerichtskommissär vor, die Bestätigungen wieder abzufordern, wenn sich die Verhältnisse entsprechend ändern.<sup>294</sup> Der Wortlaut „*abzufordern*“ entspricht jenem des § 419 ZPO, betreffend die Urteilsberichtigung.<sup>295</sup> Die Regelung des formellen Rechts, die der Durchsetzung der materiell-rechtlichen Norm, nämlich § 810 ABGB, dient, ist nach ausführlich erfolgter Gesetzesanalyse nicht in der allgemeinen Bestimmung des § 186 AußStrG zu sehen, sondern in § 172 AußStrG.<sup>296</sup> Die Ausstellung einer Amtsbestätigung liegt somit zur Gänze in der Kompetenz des Gerichtskommissärs. Da es keine Sonderregelung gibt,

---

<sup>287</sup> OGH 21.11.2007, 10 Ob 2/07z RZ 2008, 213.

<sup>288</sup> OGH 21.11.2007, 10 Ob 2/07z RZ 2008, 213.

<sup>289</sup> Zuletzt geändert durch BGBl I 2004/58.

<sup>290</sup> OGH 21.11.2007, 10 Ob 2/07z RZ 2008, 213; vgl auch ErläutRV 471 BlgNR XXII. GP 31.

<sup>291</sup> *Spitzer*, Benützung, Verwaltung und Vertretung des Nachlasses (§ 810 ABGB neu), NZ 2006, 33 (34).

<sup>292</sup> OGH 21.11.2007, 10 Ob 2/07z RZ 2008, 213.

<sup>293</sup> *Spitzer*, NZ 2006, 34.

<sup>294</sup> *Sailer in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB<sup>2</sup> § 810 ABGB Rz 2; siehe auch ErläutRV 471 BlgNR XXII. GP 32.

<sup>295</sup> *Fucik*, Das neue Verlassenschaftsverfahren, Rz 190.

<sup>296</sup> OGH 21.11.2007, 10 Ob 2/07z RZ 2008, 213.



hat der Gerichtskommissär die Amtsbestätigung auch im Falle der schriftlichen Abhandlungspflege auszustellen.<sup>297</sup>

## **F. Die Stellung des Gerichtskommissärs gegenüber den Parteien**

Da bis jetzt immer nur davon gesprochen wurde, welche Befugnisse, welche Pflichten dem Gerichtskommissär im Rahmen des Verlassenschaftsverfahrens zukommen, bleibt es auch zu belichten, welche Pflichten ihn gegenüber den Parteien treffen. Aus diesem Grund soll im Folgenden kurz die Stellung des Gerichtskommissärs gegenüber den Parteien veranschaulicht werden.

### **1. Vermittlungspflicht zwischen den Parteien**

Mit § 157 AußStrG beginnt gewissermaßen der Kern des Verlassenschaftsverfahrens, wonach der Gerichtskommissär dazu angehalten ist, die in Frage kommenden Erben mit Zustellnachweis dazu aufzufordern, binnen einer bestimmten Frist ihre Erbantrittserklärung abzugeben. Die Aufforderung zur Abgabe dieser Willenserklärung muss auch jene Belehrung enthalten, dass die Parteien bei ungenütztem Verstreichen der Frist dem Verfahren nicht beigezogen werden. Außerdem muss er sie darüber belehren, dass sie die Möglichkeit dazu haben bereits vor der Abgabe einer Erklärung die Inventur oder Schätzung zu verlangen.<sup>298</sup> Dies ist für eine Partei dann von Relevanz, wenn sich die Frage stellt, eine bedingte oder unbedingte Erbantrittserklärung abzugeben.

Ergibt sich der Fall, dass sich mehrere abgegebenen Erbantrittserklärungen widersprechen, so hat der Gerichtskommissär an dieser Stelle darauf hinzuwirken, diese miteinander in Einklang zu bringen. Widersprechende Erbantrittserklärungen liegen vor, wenn die Antrittserklärungen der Erben einander widersprechen oder eine behauptete Testamentsungültigkeit beziehungsweise die Behauptung des Vorliegens von Erbunwürdigkeitsgründen seitens der Finanzprokurator. An dieser Stelle hat der

---

<sup>297</sup> Bittner in Rechberger, AußStrG § 172 AußStrG Rz 3.

<sup>298</sup> Wruhs in Rechberger, AußStrG § 157 AußStrG Rz 1 f.

Gerichtskommissär die Aufgabe zwischen den Parteien zu vermitteln und solange darauf hinzuwirken, dass das Erbrecht zwischen den Parteien anerkannt wird.<sup>299</sup>

Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn zwei in Betracht kommende Erben – in Unkenntnis des anderen – eine Erbantrittserklärung zur vollen Quote abgeben. Dieser Widerspruch müsste somit in Einklang gebracht werden. Es ist somit eine wechselseitige oder einseitige Anerkennung zu erreichen und vom Gerichtskommissär in Form eines Protokolls festzuhalten. Gelingt ihm dies nicht, ist der Akt dem zuständigen Verlassenschaftsgericht vorzulegen.<sup>300</sup> Legt der Gerichtskommissär dieses Protokoll dem Gericht vor, hat es im Fall der Anerkennung über das Erbrecht jene widersprechenden Antrittserklärungen, die nicht zu einer Einantwortung geführt hätten, abzuweisen. Das Erbrecht jener Erben, das anerkannt wurde, ist dann somit festzustellen. Aus Gründen der Verfahrensökonomie kann dies auch erst mittels Einantwortungsbeschluss vorgenommen werden. Im Falle der Anerkennung muss der Akt also nicht zwingend dem Gericht vorgelegt werden.<sup>301</sup>

In diesem Verfahrensstadium ist der Gerichtskommissär offensichtlich nicht dazu befugt über einen Vergleich über das Erbrecht zu verhandeln, noch diesen zu Protokoll zu nehmen.<sup>302</sup> Die Befugnis über die Entscheidung über das Erbrecht liegt immer beim Gericht.<sup>303</sup> In der Anerkennung des Erbrechts könne man deshalb keine Vergleichswirkung sehen, weil eine Erbantrittserklärung unwiderruflich ist und ein Einantwortungsbeschluss zur Beendigung des Verfahrens unbedingt notwendig ist.<sup>304</sup> Was die Protokollierung gerichtlicher Vergleiche anbelangt – dazu später. Dem Gerichtskommissär kommt an dieser Stelle also eine gewisse Mediationsfunktion zu, um so die Parteien vor einem langwierigen und teuren Prozessweg zu schützen.

---

<sup>299</sup> *Fucik*, Das neue Verlassenschaftsverfahren, Rz 194.

<sup>300</sup> *Wruhs in Rechberger*, AußStrG § 160 AußStrG Rz 3.

<sup>301</sup> ErläutRV 224 BlgNR XXII. GP 104.

<sup>302</sup> *Wruhs in Rechberger*, AußStrG § 160 AußStrG Rz 5.

<sup>303</sup> ErläutRV 224 BlgNR XXII. GP 104.

<sup>304</sup> *Feil/Marent*, AußStrG<sup>2</sup> § 160 AußStrG Rz 4.

## 2. Keine Befugnis zur Protokollierung gerichtlicher Vergleiche

In Diskussion stellen möchte ich hierbei folgende Bestimmung des AußStrG: § 181 AußStrG: (1) Mehrere Erben können vor der Einantwortung ihre Vereinbarung über die Erbteilung oder die Benützung der Verlassenschaftsgegenstände auch beim Gerichtskommissär zu Protokoll geben. Derartigen Vereinbarungen kommt die Wirkung eines vor Gericht geschlossenen Vergleichs zu.<sup>305</sup> Bittner hat sich im Rahmen der Reform des Verlassenschaftsverfahrens und einiger neuer Konzeptionen auch Gedanken zur Protokollierung gerichtlicher Vergleiche gemacht. Seiner Ansicht nach ist im Rahmen der Reform ein Scheitern hinsichtlich der Protokollierung gerichtlicher Vergleiche zu vermerken. Anzumerken sei hierbei, dass ihm die Protokollierung gerichtlicher Vergleiche zwar untersagt ist, obwohl er im Rahmen eines Erbrechtsstreits sehr wohl darauf hinzuwirken hat, eine einvernehmliche Lösung der Parteien zu erreichen. An dieser Stelle stellt sich dann die Frage, warum das im Rahmen des § 181 AußStrG geschlossenen Erbteilungsübereinkommen mit Vollstreckbarkeitswirkung sehr wohl die Wirkung eines vor Gericht geschlossenen Vergleiches hat?<sup>306</sup>

Die verfahrensrechtliche Berücksichtigung der Möglichkeit eines Erbteilungsübereinkommens ist natürlich positiv zu bewerten. Gerade durch die Befugnis des Gerichtskommissärs einen solchen Vergleich zu schließen, dient der Verfahrensbeschleunigung.<sup>307</sup> Dass der Anerkennung über sich widersprechende Erbantrittserklärungen keine Vergleichswirkung zukommt, kann also nur dadurch gerechtfertigt werden, dass eine Erbantrittserklärung unwiderruflich ist und ein Einantwortungsbeschluss zur Beendigung des Verfahrens notwendig ist.<sup>308</sup> In den erläuternden Bemerkungen wurde ja festgehalten, dass der Abschluss eines Vergleichs, über die Erbteilung vor Gericht nach § 30 AußStrG, sehr wohl möglich ist.<sup>309</sup> Dieser Wunsch kam nicht nur von Seiten des Notariats sondern auch aus der richterlichen Praxis.<sup>310</sup> Da es in § 30 AußStrG ja heißt „Soweit die Parteien berechtigt

<sup>305</sup> § 181 Abs 1 AußStrG.

<sup>306</sup> Bittner, Das neue Verlassenschaftsverfahren eocolex 2004, 927 (928).

<sup>307</sup> Fucik, Das neue Verlassenschaftsverfahren Rz 281.

<sup>308</sup> Feil/Marent, AußStrG<sup>2</sup> § 160 AußStrG Rz 4.

<sup>309</sup> ErläutRV 224 BlgNR XXII. GP 113.

<sup>310</sup> Bittner, Richterwoche 1997 - Das neue Außerstreitverfahren – Texte und Strukturen– Die Stellung des Notars im neuen Außerstreitgesetz (1997) 281; Knoll, Veränderbares im Außerstreitverfahren, RZ 1995, 102 (109f).

sind, über Rechte zu verfügen, die Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens sein können, können sie darüber einen gerichtlichen Vergleich schließen“ wäre es aus rein rechtspolitischer Sicht durchaus denkbar, dem Gerichtskommissär auch im Rahmen des § 160 AußStrG solche Befugnisse einzuräumen.

### 3. Aufklärungspflicht

Den Gerichtskommissär trifft die Pflicht, die Erben über die Folgen einer bedingten und unbedingten Erbantrittserklärung zu belehren und erst dann ihre Erbserklärungen zu Protokoll zu nehmen.<sup>311</sup> In der damaligen Regelung des § 116 AußStrG<sup>312</sup> wird bereits klargestellt, dass diese Belehrung nicht nur die Wirkungen der Erbserklärungen, sowie des Verbots des Widerrufs und der Umwandlung der unbedingten in eine bedingte Erbserklärung umfasse. Solch eine Belehrung hat auch unter Umständen handels-, gewerbe- und abgabenrechtliche Folgen zu beinhalten, welche für den Belehrungsempfänger auch nachvollziehbar sein müssen, wenn dieser nicht durch einen rechtskundigen Bevollmächtigten vertreten ist.<sup>313</sup>

Gerade, wenn der erbserklärte Erbe den Gerichtskommissär auf Umstände aufmerksam macht, die seinen Haftungsumfang betreffen, müsste der Gerichtskommissär hellhörig werden und ihn auf mögliche Folgen bei Abgabe einer unbedingten Erbserklärung hinweisen. Gerade in Hinblick auf Rechtsunkundige ist dies problematisch, da diese ja auf die Auskunft des Gerichtskommissärs vertrauen und dementsprechende Erklärungen abgeben.<sup>314</sup> Demnach löst die Verletzung der Aufklärungspflicht Amtshaftung aus.<sup>315</sup>

Dasselbe gilt in Hinblick auf die schriftliche Abhandlungspflege. Der Gesetzgeber hat in § 3 Abs 1 GKG ausdrücklich normiert, dass der Gerichtskommissär bei seiner

---

<sup>311</sup> OGH 14.11.1984, 1 Ob 33/84 SZ 57/172 = NZ 1986, 62 = Jbl 1985, 48 = HS 14.905 = RdW 1985, 244 = NZ-K 1990/26 = REDOK 2623.

<sup>312</sup> idF vom Kaiserlichen Patent vom 9. August 1854 RGBI 208.

<sup>313</sup> *Edelbacher*, Verfahren außer Streitsachen<sup>2</sup> (1984) § 116 AußStrG Anm 9.

<sup>314</sup> OGH 14.11.1984, 1 Ob 33/84 SZ 57/172 = NZ 1986, 62 = Jbl 1985, 48 = HS 14.905 = RdW 1985, 244 = NZ-K 1990/26 = REDOK 2623.

<sup>315</sup> OGH 28.06.1988, 1 Ob 21/88 Jbl 1989, 42.

ersten Amtshandlung dazu angehalten ist, die Parteien über die Möglichkeit der schriftlichen Abhandlungspflege aufzuklären.<sup>316</sup>

#### **4. Erlassung von Edikten**

Tritt der Fall ein, dass keine Erben bekannt sind oder die Todesfallaufnahme und das bisherige Verfahren ergeben, dass es sehr wohl noch Erben gibt, welche aber unbekanntes Aufenthaltsort und Namens sind, so wird der Gerichtskommissär in die Pflicht genommen, diese durch öffentliche Bekanntmachung zur Geltendmachung ihrer Ansprüche innerhalb einer Frist von 6 Monaten aufzufordern.<sup>317</sup> Dasselbe gilt auch für unbekanntes Noterben und deren Ansprüche.<sup>318</sup> In der Bekanntmachung ist auch auf die möglich eintretenden Rechtsfolgen hinzuweisen, dass entweder ohne Rücksicht auf die Ansprüche anderer Erben eingeleitet wird oder, dass die Erbschaft gar für erlos erklärt wird.<sup>319</sup> Gemäß der Bestimmung des § 24 AußStrG reicht eine Kundmachung in der Ediktsdatei völlig aus, was bedeutet, dass eine Kundmachung an der Amtstafel oder der Wiener Zeitung nicht mehr nötig ist. In zeitlicher und örtlicher Hinsicht gesehen, erreicht die Einschaltung in die Ediktsdatei ein durchaus höheres Maß an Publizitätswirkung, als die Veröffentlichung in Zeitungen. In Einzelfällen wird die Verlautbarung in Zeitungen sicherlich zweckdienlicher sein, was aber hierbei im Ermessen des Gerichtskommissärs liegt und vom Einzelfall abhängig ist.<sup>320</sup>

#### **5. Unvereinbarkeit nach § 6a GKG**

Dem Notarenstand muss es durchaus bewusst sein, dass aufgrund dessen sie gerichtsförmige Amtsgeschäfte durchführen, neben den Bestimmungen über die Ausgeschlossenheit und Befangenheit, ein weiterer Bedarf an Regelungen vorhanden ist.<sup>321</sup> Bereits Bittner stellte klar, dass eine Vermischung der Tätigkeit als Parteienvertreter und Gerichtskommissär in denselben Geschäftsfällen unzulässig

---

<sup>316</sup> *Wagner/Knechtel*, NO<sup>6</sup> § 3 GKG Rz 6.

<sup>317</sup> *Feil/Marent*, AußStrG<sup>2</sup> § 158 AußStrG Rz 1.

<sup>318</sup> *Feil/Marent*, AußStrG<sup>2</sup> § 158 AußStrG Rz 1; vgl auch ErläutRV 224 BlgNR XXII. GP 103.

<sup>319</sup> *Feil/Marent*, AußStrG<sup>2</sup> § 158 AußStrG Rz 1.

<sup>320</sup> *Fucik*, Das neue Verlassenschaftsverfahren Rz 172.

<sup>321</sup> ErläutRV 225 BlgNR XXII. GP 27.

ist, was sich schon allein aus dem Standesrecht der Notare ergab.<sup>322</sup> Zudem meinte er, dass dies zum damaligen Zeitpunkt sowieso abschließend durch § 6 GKG geregelt sei, welcher einen Verweis auf §§ 19 – 25 JN enthält. Gemäß § 20 Z4 JN ist ein Richter von der Ausübung eines Richteramtes in bürgerlichen Rechtssachen dann ausgeschlossen, in denen er als Bevollmächtigter einer Partei bestellt war.<sup>323</sup> So hat sich auch Neuhold kritisch dazu geäußert, dass es zu überdenken sei, ob die Stellung des Notars als Gerichtskommissär, mit den Aufgaben eines Erbenmachthabers, Parteienvertreters, Sachwalters oder Testamentsvollstreckers vereinbar ist.<sup>324</sup> Auch wenn man davon ausgehen konnte, dass diese Standesrichtlinien alleine völlig ausreichend waren, musste allein aus rechtsstaatlicher Sicht diesem „Problem“ genüge getan werden und dies auf gesetzlicher Ebene verankert werden.<sup>325</sup> Durch BGBl I 2003/112 wurde dem Rechnung getragen und § 6a GKG, eine Ergänzung zu § 6 GKG, eingefügt, worin gesetzmäßig bestimmte Unvereinbarkeitsbestimmungen festgelegt wurden.<sup>326</sup>

In Abs 1 des § 6a GKG wird erläutert, dass privatrechtliche Geschäfte zwischen dem Gerichtskommissär, wie auch Dauersubstitut, Notarpartner und Regiepartner einerseits und der vom Gerichtskommissär vorzunehmenden Verlassenschaftsabhandlung andererseits nicht erlaubt sind. Um der Gefahr einer Umgehungshandlung vorzubeugen, sind alle zu einer dieser Personen in einem Dienstverhältnis stehenden Personen, wie auch die in § 33 NO genannten Angehörigen von der Verbotsnorm des § 6a Abs 1 GKG erfasst.<sup>327</sup>

§ 6a Abs 2 GKG nimmt Bezug auf Vertretungshandlungen von Kuratoren und Parteienvertretern, wonach es dem im Abs 1 genannten Personenkreis, mit Ausnahme die des § 33 NO, untersagt ist, für die Verlassenschaft beziehungsweise für Erben oder Pflichtteilsberechtigte einzuschreiten.<sup>328</sup> Um Ziffer 2 genauer zur erörtern ist festzuhalten, dass es dem Gerichtskommissär also untersagt ist, bis zur Einantwortung keine Vertretungshandlungen für eine andere Person in Bezug auf

---

<sup>322</sup> *Bittner*, Richterwoche 1997, 280.

<sup>323</sup> *Bittner*, Richterwoche 1997, 280.

<sup>324</sup> *Neuhold*, Richterwoche 1997, 215.

<sup>325</sup> ErläutRV 225 BlgNR XXII. GP 27.

<sup>326</sup> *Wagner/Knechtel*, NO<sup>6</sup> § 6a GKG Rz 1.

<sup>327</sup> *Wagner/Knechtel*, NO<sup>6</sup> § 6a GKG Rz 2.

<sup>328</sup> *Wagner/Knechtel*, NO<sup>6</sup> § 6a GKG Rz 3.

das Verlassenschaftsverfahren vorzunehmen. Das bedeutet, dass die Bestellung des Gerichtskommissärs oder einer anderen in § 6a Abs 2 GKG genannten Person zum Erbenmachthaber, Verlassenschaftskurator, Kollisionskurator etc für diesen Zeitraum zu unterbleiben hat.<sup>329</sup>

Ebenso ist die Vertretung von Parteien bei einem Erbteilungsübereinkommen vor Zeitpunkt der Einantwortung völlig ausgeschlossen. Der bereits vorhin erwähnte Personenkreis ist aber nicht von der grundbücherlichen Durchführung der rechtskräftigen Einantwortung ausgeschlossen, weil dann ja die zeitliche Schranke des Abs 2 Z 2 bereits überschritten ist.<sup>330</sup> Nach älterer Rechtsprechung des OGH stellt es jedoch keine Unvereinbarkeit dar, wenn der Notar gleichzeitig als Gerichtskommissär und als Parteienvertreter einschreitet, unter der Voraussetzung, dass die entsprechende Tätigkeit als Parteienvertreter außerhalb des Verlassenschaftsverfahrens vorgenommen wird und keinen wesentlichen Einfluss auf die Tätigkeit als Gerichtskommissär hat.<sup>331</sup>

Dasselbe gilt, wenn der Notar einige Zeit vor dem Ableben einer Person einen Übergabevertrag errichtet und dessen Verbücherung durchführt und sodann als Gerichtskommissär im betreffenden Verlassenschaftsverfahren tätig wird. Hier kann man nicht davon ausgehen, dass solche Akte die Tätigkeit als Gerichtskommissär beeinflussen.<sup>332</sup> Wird der Notar unter Umständen zum Bevollmächtigten einer Witwe des Erblassers bestellt, stellt dies deshalb noch keinen Ausschließungsgrund dar, wenn die erteilte Bevollmächtigung in dem Moment als zurückgelegt gilt, in dem er als Gerichtskommissär zur Durchführung der Abhandlung tätig wird. Zu der Tatsache, dass der Notar noch vor Beginn des eigentlichen Abhandlungsgeschäfts Anträge wegen Vorlage und Kundmachung einer in der Kanzlei des Testamentsvollstreckers erliegenden schriftlichen letztwillige Verfügung einbringt, führte der OGH dazu aus, dass der Tatbestand des Ausschließungsgrundes bei weitem nicht erfüllt ist.<sup>333</sup> Als

---

<sup>329</sup> ErläutRV 225 BlgNR XXII. GP 27.

<sup>330</sup> ErläutRV 225 BlgNR XXII. GP 27.

<sup>331</sup> OGH 21.12.1989, 7 Ob 722/89 NZ 1990, 302 = RZ 1992, 97 = ÖJZ Nrsp 1990/73 = EFSIlg 63.896 = EFSIlg 59.890 = EFSIlg 60.684.

<sup>332</sup> OGH 21.12.1989, 7 Ob 722/89 NZ 1990, 302 = RZ 1992, 97 = ÖJZ Nrsp 1990/73 = EFSIlg 63.896 = EFSIlg 59.890 = EFSIlg 60.684.

<sup>333</sup> OGH 15.12.1914, Nr. 7154, R. VI, 379/14 NZ 1915, 121.

Resultat dieser Gesetzesanalyse ist festzuhalten, dass Abs 2 wesentlich milder ausgerichtet ist, als Abs 1.<sup>334</sup>

## **6. Übernahme- und Dokumentierungspflicht von Schriftstücken durch den Gerichtskommissär**

Im Außerstreitgesetz gibt es eine besondere Bestimmung, betreffend die Übernahme- und Dokumentierungspflicht durch den Gerichtskommissär. § 152 Abs 1 AußStrG regelt dabei alle zu prüfenden Umstände, die für die Echtheit und Gültigkeit der Dokumente von Relevanz sind.<sup>335</sup> Der Gerichtskommissär wird dabei in die Pflicht genommen, alle in Frage kommenden Urkunden über letztwillige Anordnungen in einem Übernahmeprotokoll zu dokumentieren. Sinn und Zweck dessen ist, dass die Parteien zum einen auf die Existenz solcher Erklärungen aufmerksam gemacht werden und zum anderen, dass sie sich ein ungefähres Bild für das weitere Verfahren machen können. Dies hat sich in der Praxis sehr positiv ausgewirkt, vor allem in Hinblick auf den Rechtsschutz der Parteien. Die formellen Regelungen sind im Kontext zu § 111 NO zu verstehen, welcher ebenfalls Regelungen über die Übernahme letztwilliger Verfügungen, das Übernahmeprotokoll und die Verwahrung dieser Verfügungen betrifft.<sup>336</sup> Die Dispositionsbefugnis darüber, welche Urkunden konkret für die Verlassenschaftsabhandlung relevant sind, liegt beim Gerichtskommissär beziehungsweise beim Gericht.<sup>337</sup> Natürlich enthält § 152 Abs 4 AußStrG auch Verfahrensregeln, betreffend mündliche Testamente. Der Gerichtskommissär hat dabei die Testamentszeugen über den Inhalt und die Umstände der Erklärung zu befragen und diese entsprechend zu dokumentieren. Was die Aktenführung und Dokumentierungspflicht des Gerichtskommissärs anbelangt, wird also in einigen Gesetzen Rechnung getragen, welche sich in der Praxis durchaus bewähren und zu einem effizienten und schnellen Verfahren beitragen, indem die Parteien stärker miteinbezogen werden, als in den früheren Regelungen des AußStrG.<sup>338</sup>

---

<sup>334</sup> ErläutRV 225 BlgNR XXII. GP 27.

<sup>335</sup> *Fucik*, Das neue Verlassenschaftsverfahren Rz 138.

<sup>336</sup> *Feil/Marent*, AußStrG<sup>2</sup> § 152 AußStrG Rz 1.

<sup>337</sup> *Fucik*, Das neue Verlassenschaftsverfahren Rz 135.

<sup>338</sup> ErläutRV BlgNR 224 XXII. GP 99.



## **G. Verfahren ohne Verlassenschaftsabhandlung und Gerichtskommissär**

Da in der Praxis zahlreiche Verlassenschaftsverfahren ohne Einantwortung enden, sondern auf einfache Art und Weise beendet werden, soll im Weiteren auf das Verfahren ohne Verlassenschaftsabhandlung und der Tätigkeit des Gerichtskommissärs eingegangen werden.<sup>339</sup> Spricht man von einem Verfahren ohne Verlassenschaftsabhandlung, sind davon die Bestimmungen des §§ 153-155 AußStrG erfasst. Zum einen ist hierbei die Rede vom Unterbleiben der Abhandlung und zum anderen die Überlassung an Zahlungs statt.

### **1. Unterbleiben der Abhandlung**

Zu einem Unterbleiben der Abhandlung kommt es gemäß § 153 Abs 1 AußStrG dann, wenn entweder keine Aktiven vorhanden sind beziehungsweise diese weniger als € 4.000,- betragen. Außerdem besteht noch die zusätzliche Einschränkung, dass keine bücherlichen Eintragungen aufgrund des Todesfalls zum Rechtserwerb erforderlich sein dürfen. Sind diese Kriterien gegeben, so wird der Gerichtskommissär nicht von Amts wegen tätig, sondern nur auf Antrag einer Partei. Das Verfahren kann also auf Antrag, unbeschadet jeglicher Frist, fortgesetzt werden. Zu einer Verständigung der Parteien kommt es hierbei aber nicht.<sup>340</sup> Dies wird oftmals kritisiert<sup>341</sup> und der Wunsch dahingehend geäußert, dass die Parteien dies durch eine Mitteilung des Gerichtskommissärs zu Kenntnis nehmen. Da das Gesetz eine derartige Verständigung aber nicht vorsieht, hat es eben die Möglichkeit eingeräumt, dass die Parteien jederzeit, also ohne eine Angabe von Fristen, die Möglichkeit haben, das Verfahren fortzusetzen.<sup>342</sup> An dieser Stelle bedarf es also keines Tätigwerdens des Gerichtskommissärs, sondern vielmehr durch das Gericht, dass mittels Beschluss, dem nach der Aktenlage Ausgewiesenen die Ermächtigung erteilt, den Nachlass zu übernehmen.<sup>343</sup> Dies ist aber nicht mit der Einantwortung

<sup>339</sup> *Fucik*, Das neue Verlassenschaftsverfahren Rz 145.

<sup>340</sup> *Fucik*, Das neue Verlassenschaftsverfahren Rz 148 f.

<sup>341</sup> *Langer* in *Langer*, AußStrG - Außerstreitgesetz 2003 - Textausgabe mit den Erläuternden Bemerkungen und Anmerkungen des Verfassers<sup>2</sup> (2007) § 153 AußStrG 303.

<sup>342</sup> *Fucik*, Das neue Verlassenschaftsverfahren Rz 149.

<sup>343</sup> *Kralik/Beer*, Das neue Außerstreitverfahren – Verlassenschaftsverfahren, N&V 2005, 67 (67).

beziehungsweise mit der Besorgung und Verwaltung des Nachlasses zu verwechseln, sondern dient mehr dazu, bestimmte Schulden der Verlassenschaft zu begleichen. Antragsberechtigt ist jeder, der als Erbe in Frage kommt, aber keine Erbantrittserklärung abgegeben hat.<sup>344</sup>

## 2. Überlassung an Zahlungs statt

Zu einer Überlassung an Zahlungs statt gemäß § 154 AußStrG kommt es dann, wenn weder eine unbedingte Erbantrittserklärung, noch ein Antrag der Republik Österreich auf Überlassung der Verlassenschaft als erblos vorliegt und wenn kein Verlassenschaftskonkurs eröffnet wird.<sup>345</sup> Die dazugehörige verfahrensrechtliche Regelung findet sich in § 155 AußStrG, welche das Tätigwerden des Gerichtskommissärs näher umschreibt. Hierbei hat der Gerichtskommissär vor der Überlassung an Zahlungs statt bei einem Wert von über € 4.000,- die aktenkundigen Erben, Noterben und Gläubiger zu verständigen, um ihnen die Möglichkeit zur Stellungnahme zu geben.<sup>346</sup> Unter aktenkundig versteht man, dass den Gerichtskommissär die Verständigungspflicht nur soweit trifft, als ihm die Personen aus dem Akteninhalt bekannt sind. Es wird hier also weder vom Gerichtskommissär, noch vom Gericht verlangt hierbei alle Erben und Gläubiger auszuforschen.<sup>347</sup>

Übersteigt der Wert jedoch € 20.000,-, so ist in Anlehnung an § 155 Abs 2 AußStrG die verfahrensrechtliche Bestimmung des § 174 AußStrG, betreffend die Gläubigerkonvokation zu beachten.<sup>348</sup> Hier ist eine obligatorische Einberufung aller Verlassenschaftsgläubiger mittels öffentlicher Bekanntmachung vorgesehen.<sup>349</sup> Der exakte Wortlaut des § 174 Abs 1 AußStrG lautet: „*Wird....eine mündliche Verhandlung anberaumt, so hat der Gerichtskommissär deren Termin öffentlich bekannt zu machen....*“, woraus abzuleiten ist, dass die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen ist, sondern nur dann angebracht ist, wenn es der Beschleunigung des Verfahrens zweckdienlich

---

<sup>344</sup> Fucik, Das neue Verlassenschaftsverfahren Rz 150 f.

<sup>345</sup> Feil/Marent, AußStrG<sup>2</sup> § 154 Rz 1.

<sup>346</sup> Feil/Marent, AußStrG<sup>2</sup> § 155 Rz 1.

<sup>347</sup> Wruhs in Rechberger, AußStrG § 155 AußStrG Rz 3.

<sup>348</sup> Wruhs in Rechberger, AußStrG § 155 AußStrG Rz 4.

<sup>349</sup> Bittner in Rechberger, AußStrG § 174 AußStrG Rz 6.

ist.<sup>350</sup> Gemäß § 174 Abs 2 AußStrG trifft den Gerichtskommissär auch hier die Vermittlungspflicht zwischen den Parteien, also auf die Herstellung von Einvernehmen über die angemeldeten Forderungen hinzuwirken. Unter Einvernehmen kann man hier die Rückziehung der angemeldeten Forderungen beziehungsweise Teilrückziehung, bis hin zum Vergleich verstehen. Anzumerken bleibt hier, dass der Gerichtskommissär auch an dieser Stelle nicht dazu befähigt ist darüber einen Vergleich zu protokollieren.<sup>351</sup>

## **H. Gerichtskommissionelles Tätigwerden im Verfahren außerhalb der Abhandlung**

### **1. Verfahren nach Rechtskraft der Einantwortung**

Die Tätigkeit des Notars als Gerichtskommissär spielt nicht nur während des Verlassenschaftsverfahrens eine Rolle, sondern ist auch nach Rechtskraft der Einantwortung von Bedeutung. Hierbei geht es um die sogenannte Verbücherung der Abhandlungsergebnisse, womit sich § 182 AußStrG beschäftigt. Nach Rechtskraft der Einantwortung werden bestimmte Rechte entweder durch den Einantwortungsbeschluss erworben oder nur obligatorische Rechte begründet, was zur Folge hat, dass die bücherliche Eintragung beim Legatar konstitutiv ist.<sup>352</sup>

§ 182 Abs 1 AußStrG beinhaltet den sogenannten Eintragungsgrundsatz, was bedeutet, dass alle aufgrund der Einantwortung erforderlichen bücherlich zu übertragende Sachen auf Antrag geschehen sollen. Tritt jedoch der Fall ein, dass binnen einer angemessenen, ein Jahr nicht erheblich übersteigenden Frist, ein derartiger Antrag auf Verbücherung durch die Berechtigten nicht gestellt wird, wird das Tätigwerden des Gerichtskommissärs verlangt. Wird ein solcher Antrag also nicht gestellt, hat der Gerichtskommissär den entsprechenden Antrag zu stellen. Er ist also als Säumniskurator ex-lege zu betrachten.<sup>353</sup> Unabhängig davon, ob die konkrete Abhandlung durch den Gerichtskommissär geführt wurde oder im Wege der schriftlichen Abhandlungspflege, wird die Überwachung dessen auf ihn alleine

---

<sup>350</sup> *Rechberger* in *Rechberger*, AußStrG § 18 AußStrG Rz 2.

<sup>351</sup> ErläutRV 224 BlgNR XXII. GP 111.

<sup>352</sup> *Fucik*, Das neue Verlassenschaftsverfahren Rz 285.

<sup>353</sup> *Fucik*, Das neue Verlassenschaftsverfahren Rz 286 ff.

ausgedehnt.<sup>354</sup> Er hat neben einem angemessenen Antragszeitpunkt alle erheblichen Eintragungsgrundlagen zu prüfen und darauf zu achten ob ein derartiger Antrag nicht bereits gestellt wurde.<sup>355</sup> Obwohl der Gerichtskommissär keine Vollmacht zur Antragsstellung besitzt, ist dies ein bloß dogmatisches Problem, da sich seine Legitimation nach Ablauf der Jahresfrist unmittelbar aus dem Gesetz ableiten lässt.<sup>356</sup>

## 2. Änderungen der Abhandlungsgrundlagen

Abgesehen vom Auftreten neuer Erbprätendenten nach Rechtskraft des Einantwortungsbeschlusses, welche sodann auf den streitigen Rechtsweg verwiesen werden, kann es durch das Hervorkommen weiterer Vermögenswerte beziehungsweise weiterer Urkunden zu Änderungen der Abhandlungsgrundlagen kommen, weswegen auch hier den Gerichtskommissär die Pflicht zum Tätigwerden trifft.<sup>357</sup> Kommt also in Folge dessen ein vorher noch nicht bekanntes Verlassenschaftsvermögen zum Vorschein, hat der Gerichtskommissär die noch in Unkenntnis darüber stehenden Parteien darüber zu informieren. Dies hat zur Folge, dass entsprechende Amtshandlungen durch den Gerichtskommissär nötig werden. Im Falle einer vorangegangenen Inventarisierung hat er das Inventar zu ergänzen beziehungsweise die Erben aufzufordern ihre Vermögenserklärung zu ergänzen. Die Abgabe einer neuen Erbantrittserklärung beziehungsweise die Ergänzung des Einantwortungsbeschlusses ist jedoch nicht notwendig.<sup>358</sup> Das nachträglich aufgetretene Nachlassvermögen ist entsprechend des zustehenden Erbteils aufzuteilen.<sup>359</sup> Kam es aufgrund zu geringer Nachlassaktiven zu gar keiner Verlassenschaftsabhandlung und tritt weiteres Vermögen auf, ist im Weiteren auf Basis der ergänzten Gesamtwerte zu entscheiden, sodass die Wertgrenze überschritten werden kann und es dadurch zu einer Abhandlung kommt.<sup>360</sup>

Für den Fall, dass eine neue Urkunde zum Vorschein kommt, ist sinngemäß die Bestimmung des § 152 AußStrG anzuwenden, wodurch der Gerichtskommissär ein

---

<sup>354</sup> *Bittner in Rechberger*, AußStrG § 182 AußStrG Rz 2.

<sup>355</sup> *Fucik*, Das neue Verlassenschaftsverfahren Rz 289.

<sup>356</sup> ErläutRV 224 B1gNR XXII. GP 115.

<sup>357</sup> *Fucik*, Das neue Verlassenschaftsverfahren Rz 292.

<sup>358</sup> *Feil/Marent*, AußStrG<sup>2</sup> § 183 AußStrG Rz 2.

<sup>359</sup> OGH 07.01.1954, 3 Ob 835/53 SZ 27/2 = EvBl 1954, 126.

<sup>360</sup> *Bittner in Rechberger*, AußStrG § 183 AußStrG Rz 3.

entsprechendes Übernahmeprotokoll zu errichten hat. Es ist also eine Urkundenabschrift, welche in unbeglaubigter Abschrift an alle Parteien zuzustellen ist, in den Verlassenschaftsakt aufzunehmen und dessen Urschrift bei Gericht zu hinterlegen.<sup>361</sup> Handelt es sich hierbei um eine letzte Willenserklärung, haben jene Personen, die deshalb am Verfahren bisher nicht beteiligt waren nun die Möglichkeit mittels einer Erbschaftsklage nach § 823 ABGB gegen die Erben ihre Rechte durchzusetzen.<sup>362 363</sup>

---

<sup>361</sup> *Feil/Marent*, AußStrG<sup>2</sup> § 183 AußStrG Rz 4.

<sup>362</sup> ErläutRV 224 B1gNR XXII. GP 106; vgl auch *Wruhs* in *Rechberger*, AußStrG § 164 AußStrG Rz 3.

<sup>363</sup> Die Erhebung der Erbschaftsklage nach § 823 ABGB ist bereits nach Erhalt des Einantwortungsbeschlusses möglich und nicht erst nach Rechtskraft, so wie es in den Materialien zur Regierungsvorlage dargestellt wird. Siehe dazu: *Wruhs* in *Rechberger*, AußStrG § 164 AußStrG Rz 3.

#### **IV. Anfrage an das BMJ betreffend die Anzahl von Verlassenschaftsverfahren und die Art ihrer Erledigung im Zeitraum 2000 – 2008<sup>364</sup>**

Die Auseinandersetzung mit dieser Thematik ist nicht nur theoretisch von Relevanz, sondern man soll anhand praxisrelevanter Fakten vor Augen geführt bekommen, wie in Praxis alles vonstatten geht. Aus diesem Grund ist es mir durch die Unterstützung des BMJ ermöglicht worden, Einblick in die statistische Auswertung der Verlassenschaftsverfahren im Zeitraum von 2000-2008 zu bekommen. Die mir übermittelten Daten wurden dem Betrieblichen Informationssystem der Justiz (BIS Justiz) entnommen, welches zum einen den Neuanfall und zum anderen die konkrete Erledigung der Verlassenschaftsverfahren in einem Kalenderjahr darstellt (siehe Anhang). Das heißt also, dass zum Beispiel im Jahr 2007 ein Akt angefallen ist, welcher als Neuanfall auch zum Jahr 2007 gezählt wird, die Erledigung jedoch erst im Jahr 2008 erfolgt ist. Die Anzahl der in einem Jahr als Neuanfall ausgewiesenen Akten entspricht somit nur sehr selten der Anzahl der erledigten Fälle. Es ist also zwischen angefallenen Fällen und erledigten Fällen zu differenzieren, wobei ich mich im Rahmen dessen konkret auf die erledigten Fälle konzentriere, um so ein nachvollziehbares Ergebnis dahingehend zu erlangen, wie viele Fälle in der Form Abhandlung armutshalber, in Form der Überlassung an Zahlungs statt beziehungsweise in einer Einantwortung enden.

Die Bundessumme an Verlassenschaftsverfahren setzt sich aus den Gesamtsummen der jeweiligen OLG-Sprengel Wien, Graz, Linz und Innsbruck zusammen, aus denen sich die einzelnen Prozentsätze errechnen. Geht man von der Statistik der einzelnen OLG-Sprengel aus, ist zu sagen, dass es im OLG-Sprengel Wien zu den meisten Verlassenschaftsverfahren pro Jahr kommt, die in der Gesamtsumme nahezu doppelt so viele Fälle zu erledigen haben, als die Sprengel Graz und Linz, welche in ihrer Arbeitsauslastung ziemlich gleichgestellt sind. Wiederum um die Hälfte weniger an Verlassenschaftsverfahren hat der OLG-Sprengel Innsbruck zu führen.

---

<sup>364</sup> BIS Justiz, Bundesministerium für Justiz – Statistische Auswertung des BMJ der Verlassenschaftsverfahren – Form der Abhandlung von 2000 – 2008.

Bis einschließlich zum Jahr 2004 ergab die statistische Auswertung, dass es jährlich durchschnittlich in 24,76 % der Verlassenschaften zum Unterbleiben der Abhandlung kommt. Zur Vergleichbarkeit der Zahlen bis 2004 und jener ab 2005 ist darauf hinzuweisen, dass sich durch die Einführung neuer Schritte – das sind Registereintragungen zur besonderen Spezifikation der einzelnen Fälle – die Anzahl der als „Abhandlung armutshalber“ eingetragenen Fälle zu Gunsten der Fälle, die unter „sonstige Erledigung“ im Register aufscheinen deutlich verringert hat. Ab dem Jahr 2005 finden sich daher unter den „sonstigen Erledigungen“ mehrheitlich als vermögenslos beurteilte Verlassenschaften, weshalb sich der % - Satz der „sonstigen Erledigung“ von 2000 im Vergleich zum Jahr 2008 nahezu versiebenfacht hat und rund 27,69% unter die Kategorie „sonstige Erledigung“ fallen und nur mehr 2,55% unter „Abhandlung armutshalber“. Man kann also daraus schließen, dass es rund bei einem Viertel aller Verlassenschaften zu keinem Verlassenschaftsverfahren kommt, da nicht genügend Vermögen vorhanden ist. Somit bedarf es in diesen Fällen auch keines Tätigwerdens durch den Gerichtskommissär, da dieser in derartig gelagerten Fällen nur auf Antrag einer Partei zu agieren hat.

Ein überraschend hoher Anteil nimmt auch die Erledigungsart der Überlassung an Zahlungs statt ein, woraus sich ein durchschnittlicher Wert von 24,66 % errechnet hat. Somit kann geschlussfolgert werden, dass es in fast 50% aller Verlassenschaften zu gar keiner Einantwortung kommt und der Gerichtskommissär dahingehend in nur sehr eingeschränktem Maße tätig wird. Da wir zuvor gehört haben, dass der Regelfall eines Verlassenschaftsverfahrens die Einantwortung ist, kam es in den Jahren 2000 – 2008 dennoch nur in 44,69% aller Fälle zur tatsächlichen Einantwortung. Dass es also in nur weniger als 50% zur Einantwortung kommt, klingt auf den ersten Augenblick wenig, wenn man aber von der Gesamtzahl aller erledigten Fälle ausgeht, ist dies doch eine beträchtliche Summe. Durchschnittlich werden jährlich um die 81707 Fälle erledigt wovon ungefähr 36515 in Form der Einantwortung enden. Ausgehend von der Anzahl aller Notariatsstellen in Österreich, welche sich momentan auf rund 460 Notarstellen beläuft<sup>365</sup>, kann man daraus schließen, dass die Notare entsprechend mit der Abhandlung von

---

<sup>365</sup> [http://ec.europa.eu/civiljustice/legal\\_prof/legal\\_prof\\_aus\\_de.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/legal_prof/legal_prof_aus_de.htm) zuletzt abgefragt am 10.02.2010.

Verlassenschaften ausgelastet sind. Ausgehend von der Bundessumme ist also ersichtlich, dass die Tätigkeit des Notars als Gerichtskommissär sehr wichtig ist und angesichts aller angefallenen Todesfälle es natürlich einen wesentlichen Beitrag zur Gerichtsentlastung beiträgt.

Abb. 1:

<b>Bundessumme / Jahr</b>	<b>2000</b>	<b>2001</b>	<b>2002</b>	<b>2003</b>	<b>2004</b>	<b>2005</b>	<b>2006</b>	<b>2007</b>	<b>2008</b>
<b>angefallene Fälle</b>	80.022	81.535	85.689	86.009	82.915	82.050	79.539	80.503	80.771
<b>erledigte Fälle</b>	76.289	83.730	86.043	85.495	83.206	80.173	80.168	79.809	80.446
<b>Art der Erledigung</b>									
Abhandlung armutshalber	19.112	22.153	20.991	20.237	20.146	5.184	1.380	976	634
Überlassung an Zahlung statt	18.331	20.561	19.109	19.740	19.861	18.925	20.753	21.204	22.611
Einantwortung	35.735	36.382	37.058	37.845	37.260	35.747	36.045	35.957	36.396
sonstige Erledigung	3.111	4.634	8.885	7.673	7.038	21.336	23.024	22.710	21.698
<b>Sprengel des OLG Wien / Jahr</b>	<b>2000</b>	<b>2001</b>	<b>2002</b>	<b>2003</b>	<b>2004</b>	<b>2005</b>	<b>2006</b>	<b>2007</b>	<b>2008</b>
<b>angefallene Fälle</b>	37.638	37.171	39.405	38.655	37.253	36.654	35.774	36.045	36.509
<b>erledigte Fälle</b>	36.058	38.153	39.707	38.800	37.602	36.200	36.305	35.962	36.501
<b>Art der Erledigung</b>									
Abhandlung armutshalber	5.466	5.939	5.653	5.127	5.354	1.951	767	584	289
Überlassung an Zahlung statt	11.000	12.189	11.434	11.515	11.467	10.920	12.184	12.537	13.118
Einantwortung	17.595	17.632	18.184	18.589	18.145	17.511	17.482	17.480	17.463
sonstige Erledigung	1.997	2.393	4.436	3.569	3.198	6.363	6.471	5.900	6.111
<b>Sprengel des OLG Graz / Jahr</b>	<b>2000</b>	<b>2001</b>	<b>2002</b>	<b>2003</b>	<b>2004</b>	<b>2005</b>	<b>2006</b>	<b>2007</b>	<b>2008</b>
<b>angefallene Fälle</b>	17.331	18.028	19.329	18.925	18.628	18.217	17.770	18.077	18.345
<b>erledigte Fälle</b>	16.311	18.550	19.101	18.798	18.488	17.656	17.687	17.818	18.233
<b>Art der Erledigung</b>									
Abhandlung armutshalber	5.467	6.291	6.196	6.051	5.902	1.415	289	191	187
Überlassung an Zahlung statt	3.611	3.978	3.542	3.755	3.884	3.685	4.122	3.986	4.495
Einantwortung	6.986	7.262	7.392	7.475	7.468	7.091	7.119	7.156	7.525
sonstige Erledigung	247	1.019	1.971	1.517	1.418	5.660	6.352	6.712	6.197
<b>Sprengel des OLG Linz / Jahr</b>	<b>2000</b>	<b>2001</b>	<b>2002</b>	<b>2003</b>	<b>2004</b>	<b>2005</b>	<b>2006</b>	<b>2007</b>	<b>2008</b>
<b>angefallene Fälle</b>	16.738	17.094	17.791	18.942	17.662	17.907	16.922	17.054	16.833
<b>erledigte Fälle</b>	15.905	17.756	17.987	18.223	17.901	17.187	17.046	16.903	16.689
<b>Art der Erledigung</b>									
Abhandlung armutshalber	5.388	6.469	6.089	5.959	5.851	1.213	180	111	60
Überlassung an Zahlung statt	2.701	3.179	3.024	3.320	3.400	3.061	3.135	3.360	3.564
Einantwortung	7.318	7.502	7.573	7.599	7.614	7.208	7.374	7.288	7.308
sonstige Erledigung	498	606	1.301	1.345	1.228	5.871	6.500	6.310	5.898
<b>Sprengel des OLG Innsbruck / Jahr</b>	<b>2000</b>	<b>2001</b>	<b>2002</b>	<b>2003</b>	<b>2004</b>	<b>2005</b>	<b>2006</b>	<b>2007</b>	<b>2008</b>
<b>angefallene Fälle</b>	8.315	9.242	9.164	9.487	9.372	9.272	9.073	9.327	9.084
<b>erledigte Fälle</b>	8.015	9.271	9.248	9.674	9.215	9.130	9.130	9.126	9.023
<b>Art der Erledigung</b>									
Abhandlung armutshalber	2.791	3.454	3.053	3.100	3.039	605	144	90	98
Überlassung an Zahlung statt	1.019	1.215	1.109	1.150	1.110	1.259	1.312	1.321	1.434
Einantwortung	3.836	3.986	3.909	4.182	4.033	3.937	4.070	4.033	4.100
sonstige Erledigung	369	616	1.177	1.242	1.194	3.442	3.701	3.788	3.492

Abb.1: BIS Justiz, Bundesministerium für Justiz – Statistische Auswertung des BMJ der Verlassenschaftsverfahren – Form der Abhandlung von 2000 – 2008



## V. Resümee

Auch wenn man versucht jeglichen historischen Rückblick zu vermeiden, konnte ich es mir im Rahmen der Einleitung nicht vorenthalten auf einige historische Fakten zu verzichten. Diese Vorgehensweise habe ich deshalb gewählt, um eine gewisse Basis/Grundverständnis für das weitere Lesen meiner Arbeit zu schaffen. Durch diesen historischen Rückblick wird einem auch die Besonderheit der Institution des Gerichtskommissariats bewusst. Da ich nicht detailliert auf jedes historische Ereignis, betreffend Gerichtskommissariat, eingehen wollte, habe ich mir die wichtigsten Eckpfeiler des gerichtskommissionellen Werdegangs herausgepickt.

Durch den Aufbau meiner Arbeit habe ich versucht die Konzeption des Gerichtskommissariats in Österreich dadurch systematisch darzustellen, indem ich eingangs die verfassungsrechtliche und europarechtlichen Aspekte genauestens erörtere. Indem ich dem Leser diese Problematik vor Augen führe, soll ihm vor allem im Rahmen des Kapitels über die Stellung des Gerichtskommissärs im Verlassenschaftsverfahren verständlich gemacht werden, dass trotz einiger kritikwürdiger Punkte seinem Handeln durch gesetzliche Vorgaben sehr wohl Schranken gesetzt werden. Hört man aber, dass der Notar als Gerichtskommissär das Verlassenschaftsverfahren von Amts wegen einzuleiten und in eigener Regie zu führen hat, stellt sich sehr wohl die Frage, wozu hier noch ein Richter benötigt wird, beziehungsweise wodurch dem Handeln des Gerichtskommissärs Grenzen gesetzt werden. Aus diesem Grund war die verfassungs- wie auch europarechtliche Komponente eingehendst zu erörtern. Durch das Einbeziehen einer Statistik des BMJ habe ich versucht die Stellung, und die Wichtigkeit des Gerichtskommissärs in Zahlen zu veranschaulichen, um dies anhand praxisrelevanter Fakten nochmals zu verdeutlichen. Wie wir bereits vorhin gehört haben, sterben jährlich über 80000 Menschen. Jeder einzelne Todesfall kann das Tätigwerden des Notars als Gerichtskommissär erfordern, weshalb dies in Anbetracht aller Bemühungen, die er anzustellen hat besonders zu würdigen ist.

Zusammenfassend betrachtet bleibt zu bemerken, dass die jetzige gesetzliche Regelung des Verlassenschaftsverfahrens am verfahrensökonomischsten und mit

dem unsrigen Verfassungsrecht auch vereinbar ist. Dem gerichtskommissionellen Tätigwerden werden schlussendlich durch Art 82 Abs 1 B-VG entsprechende Grenzen gesetzt. Aus diesem Grund wäre die gänzliche Übertragung des Verlassenschaftsverfahrens – Entscheidung über das Erbrecht – an den Gerichtskommissär unmöglich, weil es dabei zu einer Gesamtänderung der Bundesverfassung kommen müsste. Dennoch bleibt genau die nunmehrige Konzeption, also dass der Gerichtskommissär Aufbereiter des gesamten Entscheidungstoffes ist, eine österreichische Besonderheit. In keinem anderen Land wird dies so gehandhabt. Gerade weil er mit der Ausübung öffentlicher Gewalt ausgestattet ist, ist in Anlehnung an die momentane EuGH-Ansicht auch nachvollziehbar, dass er diese Befugnisse nur auf österreichischem Hoheitsgebiet ausüben darf. Aus diesem Grund erachte ich es als völlig verfehlt, ein Teilnotariat zu schaffen, was bedeutet, jene Tätigkeiten, die nicht mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, in einem anderen Mitgliedstaat der EU ausüben zu dürfen, damit die Regeln der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit dort ihre Anwendung finden. Der Ansicht, dass das Berufsbild des Notars nur als Ganzes existieren kann, ist demnach zu folgen, weshalb die Bestimmungen der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit hier nicht zum Tragen kommen. In Anbetracht der Bestimmungen des Außerstreitgesetzes und Gerichtskommissärsgesetzes ist abschließend festzuhalten, dass er durch seine ihm von Gesetzes wegen eingeräumten Befugnisse einen großen Beitrag zur Rechtspflege und Gerichtsentlastung leistet.

Für mich war die Ausarbeitung dieses Themas eine große Herausforderung und je intensiver ich mich mit der Materie befasste, desto interessanter wurde es natürlich. Die Auseinandersetzung mit diesem Thema erforderte nicht nur Verständnis für das Verfahrensrecht in Bezug auf das Verlassenschaftsverfahren, sondern es waren ebenso andere Rechtsgebiete für die Ausarbeitung von großer Bedeutung. Ich hoffe, dass ich durch die Art und Weise, wie ich meine Arbeit aufgebaut habe, dem Leser ein gewisses Verständnis für die Tätigkeit und Stellung des Gerichtskommissärs in Österreich nahebringen konnte.

## VI. Abstract

The present diploma thesis deals with the position of the court commissioner in terms of the Alternative Dispute Resolution. The focus lies on acquainting the reader with the true meaning of the term „commissioner“, that in Austria refers to a notary. Being a court commissioner in fact is a quasi-judicial function with the notary acting as a representative of the court. The AußStrG and the GKG form the legal basis for the court commissioning activity. I started by giving a brief historical review in order to exemplify the development of the commissioner's role in the Austrian law so that the reader gains a better understanding of my work. The function of the court commissioner is very specific for Austria and for this reason it is highly important to discuss the constitutional aspects, as well as to take reference to the European law.

The court commissioner's activity is of immense relevance to the judiciary, especially in cases concerning the inheritance law. This is very characteristic for the Austrian inheritance law because the commissioner is responsible for all the preparation, which in fact is the basis of the judge's decision making. So to speak he is the leader of the legal proceedings, whereas the judge only has to fulfil the task of passing a sentence. However, accepting the full responsibility at the same time means being liable for every mistake. Another important fact is that the commissioner does not act by following the order of the court but by rights. Our constitution does not allow him to pass a sentence because according to article 82 section 1 it is not possible to transmit this function to the court commissioner. This will always be the judge's task and the only way to change this is to change our constitution.

A consolidated view indicates that the current legal regulation is the best economic approach to the legal proceedings. To get a better insight I have added a statistics of the Ministry of Justice, where above all the death rate indicates the high demand for the court commissioner's activity. In nearly fifty per cent of these cases his acting is unavoidable, although a large number of people does not realise his huge importance. For that reason my aim was to point out the particular relevance of the court commissioner's work.

## VII. Abkürzungsverzeichnis

### A

ABGB	=	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch idF BGBl I 2009/135
Abl	=	Amtsblatt der Europäischen Union, Reihe C: Mitteilungen und Bekanntmachungen, Reihe L: Rechtsvorschriften, Reihe S: Ausschreibungen
Abs	=	Absatz
AEUV	=	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
aF	=	alte Fassung
AHG	=	Amtshaftungsgesetz BGBl 1949/20 idF BGBl I 1999/194
AmtshaftungsG	=	Amtshaftungsgesetz
Anm	=	Anmerkung
Art	=	Artikel
AußStrG	=	Außerstreitgesetz BGBl I 2003/111 idF BGBl I 2009/137

### B

B	=	Beschluss
BGBl	=	Bundesgesetzblatt
BlgNR	=	Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BM	=	Bundesminister/in, Bundesministerium
BMJ	=	BM für Justiz
B-VG	=	Bundes – Verfassungsgesetz BGBl 1930/1 idF BGBl I 2009/127
bzw	=	beziehungsweise

### E

EFSlg ( <i>auch: EF</i> )	=	Ehe- und familienrechtliche Entscheidungen (1945 ff), derzeit hrsg von <i>Gitschthaler</i> und <i>Höllwerth</i>
EG	=	Europäische Gemeinschaft(en)
EGV	=	Vertrag zur Gründung der europäischen Gemeinschaften
EMRK ( <i>auch: MRK</i> )	=	Europäische Menschenrechtskonvention BGBl 1958/210 idF BGBl III 2002/179

ErläutRV	=	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
EuGH	=	Europäischer Gerichtshof
EUV	=	Vertrag über die Europäische Union Abl C 1992/191, 1 idF Abl C 2008/115, 1
EvBl	=	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in Österreichische Juristen-Zeitung

## F

f	=	und der, die folgende
FBG	=	Firmenbuchgesetz BGBl I 1991/10 idF BGBl I 2007/72
ff	=	und der, die folgenden

## G

GebAG	=	Gebührenanspruchsgesetz BGBl 1975/136 idF BGBl I 2009/52
GEN	=	Gerichtsentlastungsnovelle
Geo	=	Geschäftsordnung für die Gerichte I. Und II. Instanz BGBl 1951/264 idF BGBl II 2008/452
GKG	=	Gerichtskommissärsgesetz BGBl 1970/343 idF BGBl I 2008/68
GKoärG	=	früher Gerichtskommissärsgesetz BGBl 1970/343
GIU	=	Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des k.k. Obersten Gerichtshofes, hrsg von <i>Glaser</i> und <i>Unger</i> , fortgeführt von <i>Walther</i>
GOG	=	Gerichtsorganisationsgesetz RGBI 1896/217 idF BGBl I 2009/30
GP	=	Gesetzgebungsperiode
GUG	=	Grundbuchumstellungsgesetz BGBl 1980/550 idF BGBl I 2009/52

## H

hrsg	=	herausgegeben
Hrsg	=	Herausgeber

## I

idF	=	in der Fassung
iVm	=	in Verbindung mit

## **J**

Jbl	=	Juristische Blätter
JN	=	Jurisdiktionsnorm Rgbl 1895/111 idF BGBl I 2009/135
JUS	=	Jus-Extra, Beilage zur Wiener Zeitung

## **L**

leg cit	=	legis citatae (der zitierten Vorschrift)
LG	=	Landesgericht

## **M**

MietSlg	=	Mietrechtliche Entscheidungen, derzeit hrsg von Würth
mwN	=	mit weiteren Nachweisen

## **N**

NKW	=	Notariatskollegium Wien, Niederösterreich und Burgenland
NO	=	Notariatsordnung RGBI 1871/75 (Legalabkürzung: BGBl I 2005/164) idF BGBl I 2009/141
Nr	=	Nummer
NR	=	Nationalrat
NZ	=	Österreichische Notariatszeitung

## **O**

OGH	=	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	=	Österreichische Juristenzeitung
OLG	=	Oberlandesgericht

## **R**

RGBI	=	Reichsgesetzblatt
RL	=	Richtlinie der EU
RN	=	Randnummer (-note)
Rs	=	Rechtssache bei europäischen Gerichten
RZ	=	Österreichische Richterzeitung
Rz	=	Randziffer

## **S**

Slg	=	Sammlung
StGB	=	Strafgesetzbuch BGBl 1974/60 idF BGBl I 2009/142
SZ	=	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- (und Justizverwaltungs-)sachen, veröffentlicht von seinen Mitgliedern

## **V**

V	=	Verordnung
VfGH	=	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	=	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes
vgl	=	vergleiche
VwGH	=	Verwaltungsgerichtshof

## **Z**

Z	=	Zahl ( <i>auch: ZI</i> ), Ziffer
ZaK	=	Zivilrecht aktuell
ZfVB	=	Die administrativrechtlichen Entscheidungen des VwGH und die verwaltungsrechtlich relevanten Entscheidungen des VfGH in lückenloser Folge (Beilage zur ZfV)
ZPO	=	Zivilprozessordnung RGrBl 1895/113 idF BGBl I 2009/137

## VIII. Literaturverzeichnis

*Adamovich, Ludwig*, Notariat und Verfassung, NZ 1961, 161 ff.

*Adamovich, Ludwig/Funk Bernd-Christian*, Österreichisches Verfassungsrecht –  
Verfassungsrechtslehre unter Berücksichtigung von Staatslehre  
und Politikwissenschaft, 3. Auflage, Wien 1985.

*Apathy, Peter* in *Koziol, Helmut/Bydlinski, Peter/Bollenberger, Raimund* (Hrsg),  
Kurzkommentar zum ABGB: Allgemeines Bürgerliches  
Gesetzbuch, Ehegesetz, Konsumentenschutzgesetz, IPR-Gesetz  
und Europäisches Vertragsstatutübereinkommen, 2. Auflage,  
Wien 2007.

*Ballon, Oskar J.* in *Fasching, Hans W.* (Hrsg.), Kommentar zu den  
Zivilprozessgesetzen, 1. Band, 2. Auflage, Wien 2000.

*Bittner, Ludwig* in *Rechberger, Walter H.* (Hrsg), Kommentar zum Außerstreitgesetz,  
Wien 2006.

*Bittner, Ludwig* in *Rechberger, Walter H.* (Hrsg.), Winfried-Kralik-Symposion 2001,  
Der Notar als Gerichtskommissär im neuen  
Verlassenschaftsverfahren LBI Band XXVI, Wien 2002.

*Bittner, Ludwig*, Richterwoche 1997, Das neue Außerstreitverfahren – Texte und  
Strukturen – Die Stellung des Notars im neuen  
Außerstreitgesetz, Wien 1997.

*Bittner, Ludwig*, Das neue Verlassenschaftsverfahren, ecolex 2004, 927 f.

*Bramböck, Dagmar*, Richterwoche 1997, Das neue Außerstreitverfahren – Texte und  
Strukturen – Verlassenschaftsverfahren, Wien 1997.



- Dengler, Andreas*, Die Stellung des Notars als Gerichtskommissär, NZ 1956, 170 f.
- Edelbacher, Oskar*, Verfahren außer Streitsachen: Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen und die einschlägigen Bundesgesetze, Verordnungen, Erlässe und Mitteilungen, eine größte Übersicht über gerichtliche Entscheidungen sowie das Schrifttum und zahlreiche erläuternde Anmerkungen und Hinweise, 2. Auflage, Wien 1984.
- Feil, Erich*, Verfahren außer Streitsachen - Handkommentar für die Praxis, Eisenstadt, Prugg 1979.
- Feil, Erich/Marent, Karl-Heinz*, Außerstreitgesetz – Kommentar mit den einschlägigen Gesetzen und Vorschriften sowie Eingabe-, Vertrags- und sonstigen Mustern, 2. Auflage, Stand 1.10.2007, Wien 2008.
- Frenz, Walter*, Handbuch Europarecht: Europäische Grundfreiheiten, 1. Band, Berlin 2004.
- Fucik, Robert*, Das neue Verlassenschaftsverfahren: die Rechtslage nach der Außerstreitreform – systematischer Überblick, Rechtslage nach dem neuen AußStrG, Vergleich altes und neues Recht, Schaubilder und Muster, Wien 2005.
- Handschur, Friedrich/Preiß, Heinrich/Rossmann, Emil*, Die Entwicklung des Gerichtskommissariats, NZ 1971, 57 ff.
- Hergeth, Armin C.*, Europäisches Notariat und Niederlassungsfreiheit nach dem EG-Vertrag – Grenzüberschreitende Berufsausübung durch Notare in europarechtlicher Perspektive, 1. Auflage, Baden-Baden 1996.

*Holley, Gerhard /Raschauer, Bernhard/Zleptnig, Stefan*, Niederlassungsfreiheit auch für öffentliche Ämter? ÖJZ 2007, 525 ff.

*Klecatsky, Hans*, Notariat und Rechtspflege. Rede des Bundesministers für Justiz vor der Vollversammlung des Delegiertentages der österreichischen Notariatskammern am 9. Oktober 1968, NZ 1969, 1 ff.

*Klicka, Thomas/Oberhammer, Paul/Domej, Tanja*, Außerstreitverfahren, 4. Auflage, Wien 2006.

*Knechtel, Gerhard*, Das Recht der Notare auf Berufsausübung:  
Verfassungsrechtliche und europarechtliche Grenzen des Berufsrechts, Schriftenreihe des österreichischen Notariats Band I, Wien 1996.

*Knoll, Gerhard*, Veränderbares im Außerstreitverfahren, RZ 109 f.

*Kodek, Georg*, Die Suche nach unbekanntem Erben im Verlassenschaftsverfahren, ÖJZ 2009, 197 ff.

*Kralik, Stefan/Beer, Christoph*, Das neue Außerstreitverfahren – Verlassenschaftsverfahren, N&V 2005, 67.

*Krammer, Harald/Schmidt, Alexander*, Sachverständigen- und Dolmetschergesetz - Gebührenanspruchsgesetz 1975 sowie einschlägige Vorschriften mit erläuternden Anmerkungen und Hinweisen, Erlässen sowie einer Übersicht über die Rechtsprechung, 3. Auflage, Wien 2001.

*Kremzow, Friedrich Wilhelm*, Die Verteilungsordnung für das Gerichtskommissariat, NZ 1972, 74 ff.

- Langer, Hans*, AußStrG: Außerstreitgesetz 2003: Textausgabe mit den Erläuternden Bemerkungen und Anmerkungen des Verfassers, 2. Auflage, Wien/Graz 2007.
- Loebenstein, Edwin/Kaniak, Gustav*, Kommentar zum Amtshaftungsgesetz – mit den Materialien und einem ausführlichen Quellen- und Sachverzeichnis, Wien 1951.
- Lurger, Brigitta*, Notar/e/innen und Grundfreiheiten – Wie weit reicht der Binnenmarkt? ÖJZ 2009, 983 ff.
- Mayr, Peter G./Fucik, Robert*, Das neue Verfahren außer Streitsachen, 3. Auflage, Wien 2006.
- Mondel, Christoph*, Kuratoren im Verlassenschaftsverfahren, NZ 2007, 298 f.
- Neschwara, Christian* in *Rechberger, Walter H.* (Hrsg.), Außerstreitverfahren zwischen 1854 und 2005, Veröffentlichungen des Ludwig-Boltzmann-Institutes für Rechtsvorsorge und Urkundenwesen, Band XXIX, Wien 2006.
- Neschwara, Christian*, Geschichte des österreichischen Notariats – Vom Spätmittelalter bis zum Erlass der Notariatsordnung 1850, Wien 1996.
- Neschwara, Christian*, Österreichs Notariatsrecht in Mittel- und Osteuropa: zur Geltung und Ausstrahlung des österreichischen Notariats Wien 2000.
- Neuhold, Maria Theresia*, Richterwoche 1997, Das neue Außerstreitverfahren – Texte und Strukturen – Strukturen eines neuen Verlassenschaftsverfahrens, Wien 1997.

- Randelzhofer, Albrecht/Forsthoff, Ulrich in Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin* (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union - Kommentar, Band II, München 2009.
- Rechberger, Walter H. in Rechberger, Walter H.* (Hrsg), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Wien 2006.
- Rechberger, Walter H. in Rechberger, Walter H.* (Hrsg), Kommentar zum Außerstreitgesetz, Wien 2006.
- Sailer, Hansjörg in Koziol, Helmut/Bydlinski, Peter/Bollenberger, Raimund* (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, Ehegesetz, Konsumentenschutzgesetz, IPR-Gesetz und Europäisches Vertragsstatutübereinkommen, 2. Auflage, Wien 2007.
- Scheuer, Alexander in Lenz, Carl Otto/Borchardt, Klaus-Dieter* (Hrsg), EU- und EG: Vertrag - Kommentar zu dem Vertrag über die Europäische Union und zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 4. Auflage, Köln 2006.
- Schragel, Walter*, Kommentar zum Amtshaftungsgesetz, 3. Auflage, Wien 2003.
- Spitzer, Martin*, Benützung, Verwaltung und Vertretung des Nachlasses (§810 ABGB neu), NZ 2006, 33 f.
- Stelzer, Manfred in Rechberger, Walter H.*, Außerstreitreform in der Zielgeraden – Verfassungsrechtliche Fragen der Übertragung richterlicher Entscheidungsbefugnisse auf Notare im Verlassenschaftsverfahren, Band XX, Wien 1999.

*Wagner, Kurt*, 11. November 1970, 13 Uhr 20 Minuten: Ein Bericht aus dem  
Parlament, NZ 1970, 178 ff.

*Wagner, Kurt/Knechtel, Gerhard*, Kommentar zur Notariatsordnung -  
Notariatsaktsgesetz – Gerichtskommissärsgesetz –  
Berufsrechtliche Nebengesetze – Richtlinien der österreichischen  
Notariatskammer – Europäisches Berufsrecht mit  
Literaturangaben und einer Übersicht der Rechtsprechung, 6.  
Auflage, Wien 2006.

*Walter, Robert*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht: System, Wien 1971.

*Walter, Robert/Kucsko-Stadlmayer, Gabriele*, Verfassungsrechtliche Grenzen  
notarieller Befugnisse, ÖJZ 1997, 281.

*Walter, Robert/Mayer, Heinz*, Grundriß des österreichischen  
Bundesverfassungsrechts, 8. Auflage, Wien 1996.

*Walter, Robert*, Verfassung und Gerichtsbarkeit, Wien 1960.

*Welser, Rudolf*, Fachwörterbuch zum bürgerlichen Recht, Wien 2005.

*Wruhs, Andrea* in in *Rechberger, Walter H.* (Hrsg), Kommentar zum  
Außerstreitgesetz, Wien 2006.

## **IX. Weitere Quellen**

*Bundesministerium für Justiz, BIS Justiz, Betriebliches Informationssystem-  
Statistische Auswertung des BMJ der  
Verlassenschaftsverfahren – Form der Abhandlung von 2000 –  
2008.*

*Europäisches Justizielles Netz für Zivil- und Handelssachen,*

*[http://ec.europa.eu/civiljustice/legal\\_prof/legal\\_prof\\_aus\\_de.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/legal_prof/legal_prof_aus_de.htm) zuletzt abgefragt am*

*10.02.2010.*

*Europäische Kommission, Klage, eingereicht am 12. Februar 2008 -Kommission der  
Europäischen Gemeinschaften gegen Republik Österreich C-  
53/08, AbI C 2008/107/23.*

*Notariatskollegium für Wien Niederösterreich und Burgenland, Informationsblatt,  
32.Stück, Dezember 1988, Seite 11, NKW 9.2.1988, OS 3/87.*

## X. Judikaturverzeichnis

### A. Veröffentlichte Entscheidungen

<u>Gericht</u>	<u>Datum</u>	<u>Geschäftszahl</u>	<u>Fundstelle/n</u>
EuGH	21.06. 1974	Rs 2/74 „Reyners“	Slg 1974, 631.
OGH	02.12.1890	Nr 13906	GIU 13501.
OGH	15.12.1914	Nr. 7154, R. VI, 379/14	NZ 1915, 121.
OGH	31.08. 1932	1 Ob 840/32	NZ 1932, 204.
OGH	07.01.1954	3 Ob 835/53	SZ 27/2 = EvBl 1954, 126.
OGH	21.03.1968	1 Ob 65/68	NZ 1969, 7.
OGH	23.09.1969	4 Ob 583/69	EvBl 1970, 102 = MietSlg 21864 = NZ 1970, 126 = SZ 42/134.
OGH	11.11.1971	1 Ob 303/71	SZ 44/172.
OGH	16.09.1976	7 Ob 665/76	EvBl 1977, 103.
OGH	30.03. 1979	1 Ob 10/79	SZ 53/83 = EvBl 1979, 493 = Jbl 1980, 156 = NZ 1980, 88.
OGH	27.05.1980	1 Ob 12/80	SZ 53/83 = EvBl 1980, 660 = REDOK 2612.
OGH	13.04.1983	3 Ob 524/83	EFSlg 44.697 = EFSlg 44.518 = EFSlg 44.416 = EFSlg 44.686 = EFSlg 44.494.
OGH	14.11.1984	1 Ob 33/84	SZ 57/172 = NZ 1986, 62 = Jbl 1985, 48 = HS 14.905 = RdW 1985, 244 = NZ-K 1990/26 = REDOK 2623.

OGH	29.10.1985	2 Ob 642/85	NZ 1986, 132 = NZ-K 1987/95 = REDOK 13.153.
OGH	28.06.1988	1 Ob 21/88	Jbl 1989, 42.
OGH	21.12.1989	7 Ob 722/89	NZ 1990, 302 = RZ 1992, 97 = ÖJZ Nrsp 1990/73 = EFSlg 63.896 = EFSlg 59.890 = EFSlg 60.684.
OGH	22.06.1993	1 Ob 571/93	SZ 66/78 = NZ 1994,65 = Jbl 1994, 42 = ÖJZ NRsp 1993/264/265 = JUS Z/1426 = EFSlg 73.603 = EFSlg 72.036.
OGH	30.04.1996	4 Ob 2061/96h	EFSlg 82.055.
OGH	31.07.2001	7 Ob 177/01g	NZ 2001, 446 = EFSlg 98.759 = EFSlg 98.840 = EFSlg 98.875.
OGH	15.10.2002	4 Ob 202/02p	EFSlg 102.850.
OGH	21.11.2007	10 Ob 2/07z	RZ 2008, 213.
OGH	13.01.2009	5 Ob 277/08h	iFamZ 2009, 171.
VfGH	26.06.1973	V 57/72	VfSlg 7075.
VwGH	22.09.1954	3273/52	NZ 1955, 110 = VwSlg 1001 F.
VwGH	24.11.2000	97/19/1666	ZfVB 2002/203.
LG Graz	06.04.1981	1 b R 52/81	NZ 1981, 172.
LGZ Wien	27.11.1986	43 R 557/86	NZ 1987, 210.



## **B. Unveröffentlichte Entscheidungen**

OGH	18.10.1994	4 Ob 1612/94.
OGH	17.09.1996	4 Ob 2243/96y.
OGH	26.03.1997	3 Ob 70/97p.

## **XI. Erläuternde Bemerkungen**

ErläutRV 663 BlgNR IX. GP 9 f.

(= Erläuterung zur Regierungsvorlage, Nummer 663 der Beilagen zu den Stenografischen Protokollen des Nationalrates, 9. Gesetzgebungsperiode, Seite 9 f.)

ErläutRV 132 BlgNR XII. GP 8 ff.

(= Erläuterung zur Regierungsvorlage, Nummer 132 der Beilagen zu den Stenografischen Protokollen des Nationalrates, 12. Gesetzgebungsperiode, Seite 8 ff.)

ErläutRV 224 BlgNR XXII. GP 94 ff.

(= Erläuterung zur Regierungsvorlage, Nummer 224 der Beilagen zu den Stenografischen Protokollen des Nationalrates, 22. Gesetzgebungsperiode, Seite 94 ff.)

ErläutRV 225 BlgNR XXII. GP 25 ff.

(= Erläuterung zur Regierungsvorlage, Nummer 225 der Beilagen zu den Stenografischen Protokollen des Nationalrates, 22. Gesetzgebungsperiode, Seite 25 ff.)

ErläutRV 471 BlgNR XXII. GP 53.

(= Erläuterung zur Regierungsvorlage, Nummer 471 der Beilagen zu den Stenografischen Protokollen des Nationalrates, 22. Gesetzgebungsperiode, Seite 53.)

ErläutRV 1169 BlgNR XXII. GP 40.

(= Erläuterung zur Regierungsvorlage, Nummer 1169 der Beilagen zu den Stenografischen Protokollen des Nationalrates, 22. Gesetzgebungsperiode, Seite 40.)