

# *iFamZ*

Schwerpunktthema  
Standards der  
Familiengerichtshilfe

**Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht**  
Beratung • Unterbringung • Rechtsfürsorge

Peter Barth / Judit Barth-Richtarz / Astrid Deixler-Hübner / Robert Fucik / Michael Ganner /  
Christian Kopetzki / Christoph Mondel / Matthias Neumayr / Felicitas Parapatits /  
Ulrich Pesendorfer / Martin Schauer / Gabriela Thoma-Twaroch / Christa Zemanek

## **Grundrechte und Familie**

Unterhalt, außergewöhnliche Belastungen und der VfGH

## **Kindschaftsrecht**

Ist die Vorabzugsmethode bei Drittpflege sachgerecht?  
Absetzbarkeit von Kinderbetreuungskosten

## **UbG/HeimAufG/Medizinrecht**

Interdisziplinäre Demenzstation als psychiatrische Abteilung

## **Erbrecht**

Analoge Anwendung des außerordentlichen Erbrechts  
Anrechnung von Schenkungen auf den Erb- und Pflichtteil

## **Internationale Aspekte**

Neues zu den Haager Übereinkommen

## **Interdisziplinärer Austausch**

Die Standards der Familiengerichtshilfe  
Übersichtstabellen und Handbuch für die Praxis  
Clearing in der Familien- und Jugendgerichtshilfe  
Praxisbericht aus Sicht einer Anwältin

Schwerpunkt



Linde



schenkte Sache unabhängig vom Zeitpunkt der Schenkung bei der Bemessung des Pflichtteils zu berücksichtigen ist (RIS-Justiz RS0012970; vgl auch RS0103393). Dabei ist im gegebenen Zusammenhang unerheblich, ob diese Berücksichtigung (erst) bei der Bestimmung des Schenkungspflichtteils, also nach § 785 Abs 1 ABGB erfolgt (so die ältere Rsp, 1 Ob 198/71, SZ 44/137; RIS-Justiz RS0012916, RS0012966; zuletzt offenbar 1 Ob 652/92) oder – wegen des vom oGH angenommenen Legatscharakters solcher Schenkungen – schon bei der Ermittlung des Nachlasspflichtteils (1 Ob 726/85, SZ 59/9; 7 Ob 2373/96p, SZ 70/107; 4 Ob 2029/96b, SZ 69/108; RIS-Justiz RS0012970, RS0007843, RS0107683). Denn die Zweijahresfrist des § 785 Abs 3 ABGB ist nach keiner dieser Varianten anzuwenden (vgl zu deren Unterschieden zuletzt ausführlich *Parapatits in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>4</sup>, § 956 Rz 20 ff mwN*).

Mit dieser Rechtslage bei Schenkungen auf den Todesfall wäre es aber nicht vereinbar, wenn (allein) der (formgültige und unwiderrufliche) Abschluss eines Schenkungsvertrags unter Lebenden zur Anwendung der Zweijahresfrist führte. Denn aus Sicht des Geschenkgebers führt auch dieser Vertrag (zunächst) nur dazu, dass er nicht mehr über die geschenkte Sache verfügen darf. Weshalb allein deswegen die Schenkung als „gemacht“ angesehen werden sollte, ist angesichts der abweichenden – und in der Sache unbestrittenen – Behandlung der Schenkung auf den Todesfall nicht zu erkennen.

(b) Damit ist in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob der bei einer Schenkung unter Lebenden sofort mögliche oder auch tatsächlich erfolgte Verlust des Eigentumsrechts einen tragfähigen Unterschied zur Schenkung auf den Todesfall begründet. Das trifft bei wertender Betrachtung nicht zu: Denn für den redlichen Geschenkgeber macht es keinen Unterschied, ob er nach Abschluss eines Schenkungsvertrags nicht mehr über die Sache verfügen darf (Schenkung auf den Todesfall) oder ob er nach dessen sachenrechtlicher Durchführung (bei Liegenschaften also nach der Verbücherung) auch nicht mehr darüber verfügen kann (Schenkung unter Lebenden). Denn von diesem rechtlichen Können durfte er ohnehin keinen Gebrauch machen. Der auch sachenrechtliche „Substanzverlust“ führt daher für den redlichen Geschenkgeber zu keiner weiter gehenden Beeinträchtigung seiner Rechtsstellung gegenüber dem bloß „schuldrechtlichen Substanzverlust“ durch Abschluss des Schenkungsvertrags, der seinerseits in gleicher Weise bei einer Schenkung auf den Todesfall eintritt.

(c) Kriterium für das Vorliegen eines relevanten „Vermögensopfers“ kann daher tatsächlich – neben der Unwiderruflichkeit der Schenkung – nur die Aufgabe der Nutzungsmöglichkeit sein. Hier ist aber aus Gründen der Rechtssicherheit eine typisierende Betrachtung erforderlich: Das „Vermögensopfer“ kann bei Schenkung einer Liegenschaft nur dann verneint werden, wenn sich der Geschenkgeber tatsächlich sämtliche Nutzungen durch Begründung eines beschränkten dinglichen Rechts zurückbehält. Dies trifft im Regelfall nur bei einer Fruchtnießung iSv § 509 ABGB zu. Denn dann ist die Rechtsstellung des Geschenkgebers tatsächlich nicht anders als bei der (typischen) Schenkung auf den Todesfall: Er hat die Verfügungsbefugnis über die Substanz verloren, die Nutzungen aber umfassend und aufgrund eines absoluten Rechts – bei der Schenkung auf den Todesfall aufgrund des fortbestehenden Eigentums, hier aufgrund eines beschränkten dinglichen Rechts – behalten. Eine unterschiedliche Behandlung verbietet sich daher auch hier.

(d) Anders verhält es sich hingegen dann, wenn der Geschenkgeber bei der Veräußerung zwar nicht alle, aber doch bestimmte Nutzungsmöglichkeiten aufgibt. Das trifft etwa zu, wenn er die geschenkte Sache zwar weiter selbst gebrauchen darf, allfällige Erträge aber nicht ihm, sondern dem Geschenknehmer zustehen. In diesem Fall liegt ein über den Substanzverlust hinausgehendes „Vermögensopfer“ vor, das die unter Lebenden gemachte Schenkung eindeutig von einer Schenkung auf den Todesfall unterscheidet. Ein bloßes Gebrauchsrecht steht der Annahme eines „Vermögensopfers“ daher nicht entgegen.

3.4. Demgegenüber ist unerheblich, ob sich der Geschenkgeber auch ein (obligatorisches oder dinglich wirkendes) Belastungs- und Veräußerungsverbot einräumen lässt oder nicht. Denn seine Rechtsstellung wird durch die Möglichkeit oder Unmöglichkeit solcher Verfügungen des Geschenknehmers nicht beeinträchtigt: Sein dingliches Nutzungsrecht ginge ihnen aufgrund des bürgerlichen Rangprinzips jedenfalls vor. Für die Beurteilung der Frage, ob ein relevantes „Vermögensopfer“ vorliegt, kommt es aber nach dem Zweck der Norm (oben 3.1.) nicht auf die (in diesem Fall weiter eingeschränkte) Rechtsstellung des Geschenknehmers an, sondern ausschließlich auf jene des Geschenkgebers. Irrelevant ist weiters, ob der Geschenkgeber sein zurückbehaltenes Nutzungsrecht auch tatsächlich ausgeübt hat. Entscheidend für das Vorliegen eines „Vermögensopfers“ ist ausschließlich die durch die Veräußerung in relevanter Weise beeinträchtigte Rechtsstellung des Geschenkgebers, nicht sein tatsächliches Verhalten.

4. Im Ergebnis ist § 785 Abs 3 Satz 2 ABGB bei Schenkung einer Liegenschaft daher nicht anwendbar, wenn die Schenkung unter Widerrufsvorbehalt erfolgt oder sich der Geschenkgeber alle Nutzungen der geschenkten Sache in Form eines dinglichen Fruchtgenussrechts zurückbehält. In einem solchen Fall tritt das (für den Fristbeginn maßgebende) „Vermögensopfer“ erst mit dem Tod oder einem wirksamen Verzicht des Geschenkgebers auf diese Rechte ein. Unerheblich sind demgegenüber die Vereinbarung eines Belastungs- und „Veräußerungsverbots“ und die tatsächliche Ausübung oder Nichtausübung eines Widerrufs- oder Nutzungsrechts.

5. Im vorliegenden Fall erfolgte die Schenkung ohne Widerrufsvorbehalt, und der Geschenkgeber ließ sich nur ein Wohnungsgebrauchsrecht, nicht aber ein umfassendes Fruchtgenussrecht einräumen. Damit hat er bereits mit dem Vertragsabschluss ein relevantes Vermögensopfer erbracht. Die Schenkung ist daher nach § 785 Abs 3 Satz 2 ABGB bei der Berechnung des Pflichtteils nicht in Anschlag zu bringen. Damit ist der Kläger nicht in seinem Pflichtteil verkürzt. Seine Revision muss daher scheitern.

§ 812 ABGB; § 16 AußStrG

iFamZ 2016/36

### Eingeschränkter Untersuchungsgrundsatz im Verfahren über die Nachlassseparation

OGH 9. 9. 2015, 2 Ob 144/15p

**1. Der Gesetzgeber hat das Verfahren zur Bewilligung der Nachlassseparation als reines Antragsverfahren ausgestaltet und es somit dem Dispositionsgrundsatz unterworfen. Das Verfahren erhält dadurch einen kontradiktorischen Charakter.**

**2. Die uneingeschränkte Geltung des Untersuchungsgrundsatzes im Fall unschlüssiger Antragsbehauptungen ist abzulehnen. Vielmehr haben sich die materielle Richtigkeit und Wahrheit der vom Gläubiger aufgestellten Behauptungen aus dem Antragsvorbringen zu ergeben.**

Die 1924 geborene Erblasserin verstarb am 5. 10. 2014 ohne Hinterlassung einer letztwilligen Verfügung. Einzige gesetzliche Erbin ist ihre 1944 geborene Tochter Mag. B R (in der Folge: Erbin), die am 19. 11. 2014 zum gesamten Nachlass aufgrund des Gesetzes die bedingte Erbantrittserklärung abgegeben hat.

Für die Erblasserin war zuletzt ein Sachwalter bestellt. Sie war bis zu ihrem Tod Alleinaktionärin der im Firmenbuch (...) eingetragenen K AG, bei der sie bis 24. 8. 2012 auch als Alleinvorstand fungierte und danach im Jahr 2013 noch für einige Monate Aufsichtsratsvorsitzende war. In der Zeit vom 10. 6. 2011 bis 27. 9. 2012 war die Erbin Aufsichtsratsvorsitzende. Aktuell scheinen im Firmenbuch I F als alleiniger Vorstand (vertritt seit 11. 12. 2014) und die Erbin als Alleinaktionärin (seit 14. 4. 2015) sowie (wieder) als Aufsichtsratsvorsitzende (seit 19. 2. 2015) auf.

Die AG war Eigentümerin der Liegenschaft (...). Derzeit ist im Grundbuch die E GmbH als Eigentümerin dieser Liegenschaft eingetragen, und zwar aufgrund eines Kaufvertrags vom 11. 4. 2013. Unter C-LNr 60 ist zugunsten der Erbin das Vorkaufsrecht für alle Verkaufsarten einverleibt. Über das Vermögen der AG wurde am 2. 10. 2013 der Konkurs eröffnet. Das Insolvenzverfahren ist anhängig.





Am 13. 11. 2014 stellte der Nachlassgläubiger Rechtsanwalt Dr. W S (in der Folge: Gläubiger), der eine Honorarforderung in Höhe von 22.333,20 Euro zum Nachlass angemeldet hatte, einen Antrag auf Nachlassseparation. Zur Begründung dieses Antrags brachte er vor, die Erblasserin habe als damals allein zeichnungsberechtigter Vorstand der AG mit Notariatsakt vom 2. 7. 2012 ihrer Tochter die besagte Liegenschaft geschenkt. Derzeit sei über das Vermögen der Gesellschaft ein Konkursverfahren anhängig. Nach Wissen des Gläubigers sei die Erblasserin Eigentümerin eines Hauses auf einem Baurechtsgrund im Yachtclub N, verschiedener Kunstwerke (Ölbilder) sowie wertvollen Porzellans gewesen. Sie habe möglicherweise auch Ansprüche aus dem Titel des Schadenersatzes infolge schlechter Beratung gegen ihren damaligen Rechtsanwalt gehabt. Gem § 812 ABGB beantrage der Gläubiger daher die Nachlassseparation betreffend die genannten Vermögenswerte (Haus in N, Kunstwerke, Porzellan).

Nach einem Verbesserungsauftrag des Erstgerichts berichtigte der Gläubiger seinen Antrag dahin, dass die Separation für den gesamten Nachlass begehrt werde. Neben Darlegungen zum Firmenbuch- und Grundbuchstand brachte er ergänzend und berichtend vor, die Erblasserin habe am 2. 7. 2012 ihrer Tochter, die zu diesem Zeitpunkt Aufsichtsratsvorsitzende gewesen sei, alle Aktien auf den Todesfall geschenkt und auf den Widerruf der Schenkung verzichtet. Gleichzeitig habe die Gesellschaft der Erbin betreffend die Liegenschaft unentgeltlich ein Veräußerungs- und Belastungsverbot eingeräumt, die Erblasserin (persönlich) überdies ein Vorkaufsrecht. Mit Nachtrag zum Schenkungsvertrag vom 18. 7. 2012 habe man dieses Vorkaufsrecht präzisiert. Als Einlösungspreis sei die Höhe des Einheitswerts vereinbart worden. Der Vertrag sei in Form eines Notariatsakts errichtet worden. Die Einräumung des Veräußerungs- und Belastungsverbot verstoße gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr (§ 52 AktG), schädige die Gesellschaft und sei – auch weil es sich um ein unzulässiges Inschlaggeschäft handle – absolut nichtig. Die Erbin habe somit schon vor dem Tod ihrer Mutter rechtlich bedenkliche Handlungen gesetzt, weshalb eine Nachlassseparation dringend geboten sei. Zur Bescheinigung seines Vorbringens legte der Gläubiger (neben weiteren Urkunden) den Notariatsakt vom 2. 7. vor.

Die Erbin erwiderte, der Gläubiger habe auch in seinem verbesserten Antrag seine „begründete Besorgnis“ nicht ausreichend behauptet und bescheinigt. (...)

Das Erstgericht wies den Separationsantrag ab. Es ging iW von folgendem Sachverhalt aus:

Für die Erblasserin wurde über Anregung ihrer Tochter im Jahr 2013 ein Sachwalter bestellt. Im Sachwalterschaftsverfahren wurden viele Malversationen bekannt, die auf Initiative diverser Vertrauenspersonen im Umfeld der Erblasserin geschahen. So wurde die Erblasserin etwa dazu veranlasst, ihre Gesellschaftsanteile an der AG um einen Euro (an eine Dritte) zu übertragen. Die Liegenschaft, die den hauptsächlichen Vermögensbestandteil der AG ausmachte, wurde (an Dritte) „doppelt verkauft“. All diese Maßnahmen führten dazu, dass der Gesellschaft „massiv“ Kapital entzogen und schließlich das Insolvenzverfahren eröffnet wurde.

Die für die Erblasserin nachteiligen Verfügungen führten zu mehreren Zivilprozessen. Ua klagten zwei Gläubiger auf Rückzahlung vermeintlich gewährter Darlehen. Auch der Verkauf der Gesellschaftsanteile wurde angefochten. Ferner gab es eine Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit eines Hauptversammlungsbeschlusses der AG. Auch die AG ist in viele Verfahren als Partei involviert. Die Erbin beehrte die Aufhebung des Kaufvertrags zwischen der AG und der GmbH als nichtig „ua auch aus dem Grund, dass ihr ein Vorkaufsrecht an der Liegenschaft eingeräumt worden war und ihr diese Liegenschaft außerdem auf den Todesfall geschenkt worden war“. Der Schenkungsvertrag wurde am 2. 7. 2012 zwischen der AG, vertreten durch die Erblasserin, und der Erbin in der Form eines Notariatsakts abgeschlossen und durch einen Nachtrag vom 18. 7. 2012 ergänzt. Die Erbin hat nie Handlungen gesetzt, die das Nachlassvermögen schmälern würden, und es liegen keine Gründe vor, die dies für die Zukunft befürchten lassen. Aktuell steht die Liegenschaft im Eigentum der GmbH.

Diese Feststellungen stützte das Erstgericht überwiegend auf „aus dem Sachwalterschaftsverfahren bereits bekannte Umstände“. (...)

Das Rekursgericht änderte diese Entscheidung dahin ab, dass es die beantragte Separation bewilligte (...)

Ohne den Parteien zuvor eine Möglichkeit zur Äußerung zu geben, traf das Rekursgericht außerdem „aufgrund der Einsichtnahme in das Verhandlungsprotokoll vom [...] sowie des Beschlusses vom [...] jeweils HG Wien sowie in den Sachwalterschaftsakt“ ergänzende Feststellungen.

Danach schlossen der Masseverwalter im Konkurs der AG und die GmbH in einer Tagsatzung vom 12. 3. 2015 einen bedingten Vergleich,

dem zufolge der Masseverwalter Zug um Zug gegen Zahlung von 350.000 Euro auf sämtliche Anfechtungs- und/oder Rückabwicklungsansprüche verzichtete. Das Insolvenzgericht nahm diesen Vergleich mit Beschluss vom 25. 3. 2015 zustimmend zur Kenntnis und bejahte seine wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit. Die Liegenschaft sei um 7.380.000 Euro an die GmbH veräußert worden, der Verkehrswert betrage rund 7 Mio Euro. Die Erfolgsaussichten des Masseverwalters im Anfechtungsprozess seien fraglich. Gegen diesen Beschluss des Insolvenzgerichts erhob die Schuldnerin Rekurs. Den Rekursausführungen zufolge werde eine Sanierung der AG angestrebt und für die Liegenschaft ein Kaufpreis von deutlich über 9 Mio Euro als realistisch erachtet. Im Sachwalterschaftsverfahren habe die Antragsgegnerin ihre Absicht bekundet, die Einrichtungsgenstände aus der Wohnung ihrer Mutter verkaufen zu wollen. (...)

(...) 2.2 Der Gesetzgeber hat das Verfahren zur Bewilligung der Nachlassseparation als reines Antragsverfahren ausgestaltet und es somit dem Dispositionsgrundsatz unterworfen. Der Gläubiger hat, wie erörtert, die vom Gesetz als Antragsvoraussetzung geforderte Besorgnis zu behaupten und schlüssig zu begründen (SZ 25/215; 1 Ob 692/85; RIS-Justiz RS0013078; *Kropiunig*, Nachlassseparation 94 f). Die Erben haben in diesem Verfahren Parteistellung und Rekurslegitimation (*Kodek in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG, § 2 Rz 136). Der verfahrenseinleitende Antrag des Gläubigers ist ihnen daher zuzustellen, was sich nunmehr unmittelbar aus § 8 Abs 2 AußStrG ergibt (*Sailer in KBB*, ABGB<sup>4</sup>, § 812 Rz 5; *ders in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG, § 175 Rz 5; vgl auch *Bittner in Rechberger*, AußStrG<sup>2</sup>, § 175 Rz 3, unter Hinweis auf § 15 AußStrG; zur früheren Rechtslage bereits 1 Ob 2222/96p; 2 Ob 22/02h). Das Verfahren erhält dadurch einen kontradiktorischen Charakter (*Kropiunig*, Nachlassseparation 102). Es ist dann Sache der Erben, entweder die Maßnahme durch eine Sicherheitsleistung abzuwenden (7 Ob 164/01w mWn; RIS-Justiz RS0013109; *Sailer in KBB*, ABGB<sup>4</sup>, § 812 Rz 5) oder die Schlüssigkeit der Antragsbegründung zu erschüttern, wofür schon nach dem Gebot der Waffengleichheit eine (ebenso) logische Gegenbehauptung, jedenfalls aber eine Gegenbescheinigung genügen muss (insofern überzeugend *Kropiunig*, Nachlassseparation 103). Soweit den Erben in der älteren Rechtsprechung der „Gegenbeweis“ aufgebürdet wurde (SZ 23/299; wN bei *Kropiunig* Nachlassseparation 103; vgl auch *Nemeth in Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> III, § 812 Rz 6), wird diese nicht mehr aufrechterhalten.

2.3 *Kropiunig* hat sich im gegebenen Zusammenhang auch mit der Frage befasst, ob und in welchem Umfang das Gericht aufgrund des im Außerstreitverfahren allgemein geltenden Untersuchungsgrundsatzes (§ 2 Abs 2 Z 5 AußStrG 1854; nunmehr § 16 AußStrG) die materielle Richtigkeit und Wahrheit der vom Gläubiger aufgestellten Behauptungen von Amts wegen zu überprüfen hat (Nachlassseparation 95 ff; vgl SZ 25/215, wo eine Überprüfungspflicht angedeutet, letztlich aber offengelassen wird). Sie gelangte zu der Auffassung, dass der Untersuchungsgrundsatz im Separationsverfahren nur eingeschränkte Anwendung finden könne, wolle man einerseits dem Zurücktreten des öffentlichen Interesses hinter die überwiegenden Privatinteressen Rechnung tragen, andererseits den Zweck des Separationsverfahrens, dem Gläubiger raschen (vorläufigen) Rechtsschutz zu gewähren, nicht wieder „unterminieren“. Stelle daher ein Absonderungswerber seine subjektive Besorgnis mit Argumenten dar, die nicht von vornherein für den konkreten Fall unschlüssig und unvernünftig erscheinen, könne und dürfe es nicht Aufgabe des Gerichts sein, den tatsächlichen Bestand der Besorgnis wegen der Geltung des Untersuchungsgrundsatzes durch aufwendige Ermittlungstätigkeit festzustellen. Erscheine dem Gericht jedoch die geltend gemachte Besorgnis nicht subjektiv ausreichend begründet, so sei nicht der Antrag abzuweisen, sondern das Gericht im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes verpflichtet, das Vorliegen der Absonderungsvoraussetzungen durch amtswegige Ermittlungen, sofern sie sofort durchführbar seien, innerhalb der „obgenannten Grenzen“ zu überprüfen.



Welche Grenzen genau die Autorin damit meinte, geht aus ihren Ausführungen nicht mit restloser Klarheit hervor. Nach – sogleich näher zu erörternder – Ansicht des Senats müssen diese Grenzen jedenfalls im Antragsvorbringen liegen. Die uneingeschränkte Geltung des Untersuchungsgrundsatzes im Fall unschlüssiger Antragsbehauptungen ist hingegen aus den folgenden Erwägungen abzulehnen:

2.4 Umfang und Reichweite der vom Gericht wahrzunehmenden Pflicht zur amtswegigen Stoffsammlung müssen sich entscheidend an Zweck und Ziel des Verfahrens orientieren (*Höllwerth in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG, § 16 Rz 12). In Außerstreitverfahren, die nur auf Parteienantrag eingeleitet werden können und in denen folglich die Entscheidung ausschließlich im Interesse des Antragstellers zu erlassen ist, wird die Erhebungspflicht des Gerichts im Kern durch den Antrag (vgl auch § 36 Abs 4 AußStrG) und die Antragsbehauptungen bestimmt (vgl 6 Ob 13/85; 1 Ob 186/08x; 5 Ob 108/09g; RIS-Justiz RS0006330 [T1], RS0117902; *Höllwerth in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG, § 16 Rz 13). Subjektive Behauptungspflichten und -lasten bestehen insb, wenn über vermögensrechtliche Ansprüche zu entscheiden ist und sich die Parteien in verschiedenen Rollen mit gegensätzlichen Interessen gegenüberstehen (*Höllwerth in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG, § 16 Rz 20). Dies trifft auch auf das Verfahren zur Bewilligung der Nachlassseparation zu.

2.5 Folgende Konstellationen sind denkbar, wobei die – auch hier nicht mehr strittige – ausreichende Bescheinigung der Forderung schon vorausgesetzt ist:

- Der Gläubiger stellt schlüssige Tatsachenbehauptungen zu seiner „begründeten Besorgnis“ auf, die weder auf Bedenken des Gerichts stoßen, noch in der Stellungnahme der Erben entkräftet werden. In diesem Fall hat das Gericht – iS *Kropiwnigs* – dem Antrag ohne weitere Ermittlungstätigkeit stattzugeben.
- Der Gläubiger stellt zwar schlüssige Tatsachenbehauptungen auf, die jedoch beim Gericht – infolge amtsbekannter oder in der Stellungnahme der Erben schlüssig behaupteter Umstände – in tatsächlicher Hinsicht auf Bedenken stoßen. In diesem Fall hat das Gericht Ermittlungen über den Wahrheitsgehalt der Behauptungen des Gläubigers anzustellen. Die Entscheidung ist dann auf der Grundlage der Ermittlungsergebnisse zu treffen, denen durch entsprechende gerichtliche Feststellungen Ausdruck zu verleihen ist.
- Erweist sich allerdings das Antragsvorbringen zur „begründeten Besorgnis“ – trotz Durchführung des gebotenen Verbesserungsverfahrens (1 Ob 692/85; *Kodek in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG, § 8 Rz 15) – als unschlüssig, weil die „begründete Besorgnis“ selbst ohne Anlegung eines strengen Maßstabs aus den Tatsachenbehauptungen nicht abgeleitet werden kann, ist der Antrag ohne weitere Ermittlungen abzuweisen. Setzt doch die Durchführung eines Verfahrens Schlüssigkeit des Antrags voraus (vgl 16 Ok 3/12).

### 3. Beurteilung des vorliegenden Falls:

3.1 Der Gläubiger hat in erster Instanz trotz des ihm vom Erstgericht erteilten Verbesserungsauftrags kein schlüssiges Vorbringen zu seiner „begründeten Besorgnis“ erstattet:

(...) 3.2 Das Erstgericht hat zwar im Ergebnis richtig erkannt, dass der Gläubiger auch in seinem verbesserten Antrag eine „begründete Besorgnis“ nicht schlüssig behauptet hat. Dennoch traf es (überflüssige) Feststellungen zu „aus dem Sachwalterschaftsverfahren bekannten Umständen“, die jedoch keine entscheidungsrelevanten Erkenntnisse brachten. Soweit diesen Feststellungen allerdings entnommen werden kann, dass der Erbin die Liegenschaft auf den Todesfall geschenkt worden sein soll, widerspricht dies nicht nur dem verbesserten, von der Erbin insoweit unwidersprochenen und daher maßgeblichen Vorbringen des Gläubigers, sondern auch dem aktenkundigen Inhalt des Notariatsakts vom 2. 7. 2012 (vgl dessen Punkt II).

Der Senat erachtet sich an diese „Feststellung“ nicht gebunden, weil das Erstgericht, das insoweit keine eigenen Erhebungen gepflogen hat, damit erkennbar nur das auf seine Schlüssigkeit zu prüfende Vorbringen des Gläubigers wiedergab, dabei aber – offenkundig versehentlich – vom ersten und nicht vom später korrigierten Antrag ausgegangen ist.

3.3 Das Rekursgericht hat in Verkennung der Grenzen des Untersuchungsgrundsatzes eigene Ermittlungen gepflogen und seiner abändernden Entscheidung darauf beruhende neue Tatsachen zugrunde gelegt, ohne den Parteien vorher Gelegenheit zur Äußerung zu geben, die infolge des nach § 66 Abs 2 AußStrG geltenden Neuerungsverbots im Revisionsrekursverfahren auch nicht mehr nachgeholt werden könnte. In dieser Vorgangsweise läge eine von Amts wegen wahrzunehmende Verletzung des rechtlichen Gehörs der Erbin (vgl 2 Ob 77/08z mwN; RIS-Justiz RS0005915), die hier nur deshalb nicht schlagend wird, weil die „ergänzenden Feststellungen“ gänzlich aus dem Rahmen des Tatsachenvorbringens des Gläubigers zu seiner „begründeten Besorgnis“ fallen. Der Gläubiger hat sich nicht ansatzweise auf eine ihm nachteilige „Prozessstrategie“ der Erbin berufen, weshalb die dazu getroffenen Feststellungen „überschießend“ sind (vgl 2 Ob 59/15p mwN; RIS-Justiz RS0040318). In einem Zivilprozess wird die Frage, ob überschießende Feststellungen berücksichtigt werden können, als eine solche der rechtlichen Beurteilung angesehen. Werden einer Entscheidung unzulässige überschießende Feststellungen zugrunde gelegt, wird daher die Sache unrichtig rechtlich beurteilt (2 Ob 59/15p mwN). Der OGH hat bereits zum Ausdruck gebracht, dass diese Grundsätze auch in antragsgebundenen Außerstreitverfahren Anwendung finden können (vgl 5 Ob 154/09x; 5 Ob 213/13d).

3.4 Das bedeutet für den vorliegenden Fall, dass die „ergänzenden Feststellungen“ des Rekursgerichts als unzulässige überschießende Feststellungen unbeachtlich sind. Die vom Rekursgericht daraus gezogenen rechtlichen Schlüsse führten dazu, dass es die Voraussetzungen für die beantragte Nachlassseparation zu Unrecht bejahte. Diese Fehlbeurteilung ist aufgrund der gesetzmäßig ausgeführten Rechtsrüge der Erbin zu korrigieren.

### 4. Ergebnis:

In Stattgebung des berechtigten Revisionsrekurses ist die Entscheidung des Erstgerichts wiederherzustellen.

### Anmerkung

Seit 1. 1. 2015 sieht die Geschäftsverteilung des OGH eine besondere Zuständigkeit des 2. Senates für außerstreitige Verlassenschaftssachen und erbrechtliche Auseinandersetzungen vor. An die Schaffung eines Fachsenates für Erbrecht knüpft sich die Erwartung, dass der OGH seiner Leitlinienfunktion auch auf diesem zunehmend komplexen Gebiet besser nachkommen kann. Davon zeugt die vorliegende Entscheidung.

Zutreffend hat der OGH die Rekursentscheidung dahingehend korrigiert, dass der im AußStrG-Verfahren herrschende Untersuchungsgrundsatz auch bei der Entscheidung über einen Separationsantrag nach § 812 ABGB nur eingeschränkt gilt. Da auch hier faktisch ein kontradiktorisches Verfahren (zwischen dem Erben einerseits und dem Separationsgläubiger andererseits) geführt wird, kann die subjektive Behauptungs- und Beweislast der Parteien durch amtswegige Erhebungen bestenfalls ergänzt, aber nicht vollständig ersetzt werden. Die Stoffsammlung hat sich im Rahmen des Vorbringens und der Anträge der Parteien zu halten. Ähnlich ausgestaltet ist das Prozedere im Erbrechtsstreit (dort ist die Dispositionsmaxime allerdings ausdrücklich in § 161 Abs 1 AußStrG enthalten – OGH 22. 10. 2013, 4 Ob 160/13b, NZ 2014, 172; *Schilchegger/Kieber*, Österreichischen Verlassenschaftsverfahren<sup>2</sup> [2015] 157) sowie in den antragsbedürftigen Außerstreitverfahren vor dem Kartellgericht (OGH 25. 3. 2009, 16 Ok 14/08), in Miet-





sachen nach § 37 MRG (OGH 16. 6. 1992, 5 Ob 1027/92 ua, RIS-Justiz RS0070415) oder bei der Unterhaltsbemessung (OGH 19. 11. 1991, 4 Ob 565/91 ua, RIS-Justiz RS0006259).

Eine Verpflichtung zum amtswegigen Vorgehen kommt bei der Nachlassseparation jedoch dann wieder in Spiel, wenn sie zu Unrecht bewilligt wurde oder die Voraussetzungen dafür weggefallen sind (zB bei Befriedigung, Wegfall, Sicherstellung oder nicht gehöriger Betreibung der Forderung). In diesen Fällen kann das Gericht nach Rsp und Lehre die Aufhebung auch ohne Antrag verfügen (*Welser in Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup>, § 812 Rz 29). Mit der Erbrechtsreform 2015 wurde dies gesetzlich verankert (§ 812 Abs 3 ABGB i d F ErbRÄG 2015). Die „subjektive Besorgnis“ wird nach neuem Recht für die Absonderung zwar nicht mehr genügen; vielmehr wird der Antragsteller eine objektive Gefährdung zu bescheinigen haben (*Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform 2015, 141). An den dargelegten verfahrensrechtlichen Prinzipien ändert dies jedoch nichts.

Alexander Hofmann

Dr. Alexander Hofmann, LL.M. ist Rechtsanwalt in Wien.

## § 785 ABGB

iFamZ 2016/37

### Die gerichtliche Zustimmung zum Verkauf einer Liegenschaft durch den Verlassenschaftskurator

OGH 9. 9. 2015, 2 Ob 45/15d

**1. Die Genehmigungsfähigkeit von Handlungen des Verlassenschaftskurators richtet sich nicht nach § 810 ABGB, sondern nach § 167 Abs 3 ABGB in sinngemäßer Anwendung.**

**2. Bei der Verwertung von Verlassenschaftsvermögen durch den Verlassenschaftskurator ist im Zweifel eine restriktive Handhabung geboten, da diese Entscheidung letztlich den Erben überlassen werden soll.**

Der 1928 geborene Erblasser hinterließ seine Ehefrau M P und die vier Söhne M, Hel, Her und W P. In seinen letztwilligen Anordnungen vom 26. und 28. 1. 1992 bestimmte er den Sohn M zum „Alleineigentümer des Hofes“. Hauptbestandteil des Nachlassvermögens ist die Liegenschaft (...), ein „geschlossener Hof“ iSd § 1 Tiroler HöfG, zu dem ua die Grundstücke 803/1 und 918/1 (jeweils Feld/Wiese) gehören.

Mit den Ladungen zu den für den 25. 7. 2012 und den 15. 3. 2013 anberaumten Tagsatzungen setzte der Gerichtskommissär den potenziellen Erben eine vierwöchige Frist zur Abgabe der Erbantrittserklärungen, wobei er auf die Rechtsfolgen des § 157 Abs 3 AußStrG hinwies und weitere Belehrungen beifügte. W P erklärte am 22. 2. 2013, sich am weiteren Verfahren nicht beteiligen zu wollen.

Am 14. 11. 2013 legte der Gerichtskommissär dem Erstgericht den Akt zur Bestellung eines Verlassenschaftskurators vor. Seinem Bericht lässt sich entnehmen, dass trotz mehrfacher Besprechungen bisher keiner der potenziellen Erben zum Antritt der Erbschaft bereit gewesen sei.

Mit Beschluss vom 14. 11. 2013 bestellte das Erstgericht einen Verlassenschaftskurator mit dem Wirkungskreis „Prüfung und Erteilung einer allfälligen Zustimmungserklärung für die Erteilung einer wasser- und naturschutzrechtlichen Bewilligung“, die von der Bezirkshauptmannschaft Kufstein iZm der Änderung einer bestehenden Beschneigungsanlage eingefordert worden war. (...)

Mit Schriftsatz vom 6. 2. 2014 gab der Sohn Hel P zum gesamten Nachlass aufgrund des Gesetzes „als Anerbe“ die bedingte Erbantrittserklärung ab. Er sei auf dem Hof des Erblassers aufgewachsen, sei zur Land- und Forstwirtschaft erzogen worden und habe den Hof viele Jahre hindurch (mit)bewirtschaftet (vgl § 15 Tiroler HöfG).

Am 21. 2. 2014 beantragte der Verlassenschaftskurator die Erweiterung seines Wirkungsbereichs und legte dem Erstgericht einen von ihm namens der Verlassenschaft mit der Liegenschaftsnachbarin abgeschlossenen Kaufvertrag samt Teilungsplan und weiteren Urkunden zur verlassenschaftsgerichtlichen Genehmigung vor. (...)

Mit Beschluss vom 25. 2. 2014 erweiterte das Erstgericht den Wirkungsbereich des Verlassenschaftskurators im für den Verkauf der bezeichneten Teilflächen erforderlichen Umfang und erteilte dem Kaufvertrag die verlassenschaftsgerichtliche Genehmigung.

Am 27. 2. 2014 gab nun auch der Sohn Her P beim Gerichtskommissär „zur gesetzlichen Quote des Nachlasses“ aufgrund des Gesetzes die bedingte Erbantrittserklärung ab und beantragte „in Kenntnis der Bestimmungen des Tiroler HöfG“, ihn zum Anerben zu bestimmen. (...)

Das Rekursgericht änderte die erstinstanzliche Entscheidung dahin ab, dass es die Anträge des Verlassenschaftskurators abwies. (...)

(...)

### 2. Genehmigung des Verkaufs

2.1 Gem § 810 Abs 1 Satz 1 ABGB i d F FamErbRÄG 2004, BGBl I 2004/58, hat der Erbe, der bei Antretung der Erbschaft sein Erbrecht hinreichend ausweist, das Recht, das Verlassenschaftsvermögen zu benützen, zu verwalten und die Verlassenschaft zu vertreten, solange das Verlassenschaftsgericht nichts anderes anordnet. Eine solche Anordnung kann in der Bestellung eines Verlassenschaftskurators bestehen (vgl 9 Ob 35/14h EF-Z 2014/139, 226 [A. *Tschugguel*] = iFamZ 2014/235, 312 [Mondel] = EvBl 2014/153, 1082 [Verweijen]), dessen – uU eingeschränkter – Wirkungskreis sich aus dem Bestellungsgrund und der Festlegung seiner Befugnisse durch das Verlassenschaftsgericht ergibt (vgl *Mondel*, Kuratoren im österreichischen Recht<sup>2</sup> [2013] Rz 7/96).

Hier hat das Erstgericht, obwohl damals die Voraussetzungen des § 157 Abs 4 AußStrG vorlagen, den Verlassenschaftskurator zunächst nur zur Vornahme einer einzelnen dringenden Verwaltungsmaßnahme („Prüfung und Erteilung einer allfälligen Zustimmungserklärung für die Erteilung einer wasser- und naturschutzrechtlichen Bewilligung“) bestellt und – nach mittlerweileiger Erbantrittserklärung eines der Söhne – den Wirkungskreis des Kurators zur Vornahme einer weiteren einzelnen Verwaltungsmaßnahme erweitert, die aus Sicht der Verlassenschaft allerdings keineswegs dringend war. Auf welcher Rechtsgrundlage diese Erweiterung des Wirkungskreises beruhte, geht aus dem erstgerichtlichen Beschluss nicht hervor.

2.2 § 810 Abs 2 ABGB trifft Anordnungen, in welchen Fällen Verwaltungs- und Vertretungsmaßnahmen zu ihrer Wirksamkeit der gerichtlichen Genehmigung bedürfen und wann diese zu erteilen ist. Danach bedürfen Verwaltungs- und Vertretungshandlungen vor Abgabe von Erbantrittserklärungen zur gesamten Verlassenschaft sowie alle Veräußerungen von Gegenständen aus dem Verlassenschaftsvermögen der Genehmigung des Verlassenschaftsgerichts, wenn sie nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehören.

Nach Vorliegen von Erbantrittserklärungen zur gesamten Verlassenschaft bedürfen demnach auch Maßnahmen der außerordentlichen Verwaltung keiner gerichtlichen Genehmigung mehr. Anderes gilt lediglich für die Veräußerung von Gegenständen aus dem Verlassenschaftsvermögen (RIS-Justiz RS0122155). Die Veräußerung von Nachlassliegenschaften bedarf aus diesem Grund der gerichtlichen Genehmigung (2 Ob 148/10v mwN, SZ 2011/10; *Welser in Rummel*, ABGB<sup>4</sup>, § 810 Rz 15). Nach § 810 Abs 2 Satz 2 ABGB ist die Genehmigung zu versagen, wenn die Handlung für die Verlassenschaft offenbar nachteilig ist (vgl 4 Ob 34/12x [Schenkung], iFamZ 2012/157, 210 [W. *Tschugguel*] = NZ 2012/113, 305 [Bittner]).

2.3 In der Entscheidung 1 Ob 245/12d (EF-Z 2014/56, 87 [A. *Tschugguel*] = iFamZ 2014/68, 84 [Mondel] = GesRZ 2014, 248 [Enzinger]) befasste sich der OGH mit der Frage, ob die Kriterien des § 810 Abs 2 ABGB auch im Fall der Vertretung der Verlassenschaft durch einen Kurator (in casu: Verlassenschafts- und Separationskurator) zu gelten haben. Gegenstand des Genehmigungsverfahrens war das auf eine Änderung des Gesellschaftsvertrags abzielende Stimmverhalten des Kurators in der Generalversammlung einer GmbH. Der 1. Senat führte aus, dass die Genehmigungsbedürftigkeit in solchen Fällen über die Veräußerung von Gegenständen aus dem Verlassenschaftsvermögen hinausgehe und auch sonstige den ordentlichen Wirtschaftsbetrieb überschreitende Vertretungshandlungen erfasse. Eine weiter gehende Überprüfungspflicht durch das Gericht sei vor allem deshalb ge-

# IFAMZ-JAHRESABO

INKLUSIVE **ONLINEZUGANG**  
UND **APP** ZUM HEFT-DOWNLOAD



## BESTELLEN SIE JETZT IHR JAHRESABO

Ja, ich bestelle  Exemplare

**iFamZ-Jahresabo 2016 inkl. Onlinezugang und App**

(11. Jahrgang 2016, Heft 1-6)

**EUR 118,-**

Alle Preise exkl. MwSt. und Versandkosten. Abbestellungen sind nur zum Ende eines Jahrganges möglich und müssen bis spätestens 30. November des Jahres schriftlich erfolgen. Unterbleibt die Abbestellung, so läuft das jeweilige Abonnement automatisch auf ein Jahr und zu den jeweils gültigen Abopreisen weiter. Preisänderung und Irrtum vorbehalten.

Name/Firma  Kundennummer

Straße/Hausnummer

PLZ/Ort  E-Mail

Telefon (Fax)  Newsletter:  ja  nein

Datum/Unterschrift

Handelsgericht Wien, FB-Nr.: 102235X, ATU 14910701, DVR: 000 2356

Linde Verlag Ges.m.b.H.  
Scheydgasse 24  
PF 351, 1210 Wien  
Tel: 01 24 630-0  
Bestellen Sie online unter  
[www.lindeverlag.at](http://www.lindeverlag.at)  
oder via E-Mail an  
[office@lindeverlag.at](mailto:office@lindeverlag.at)  
oder per Fax  
**01/24 630-53**