

# TE OGH 1973/12/5 1Ob201/73

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 05.12.1973

## Norm

Außerstreitgesetz §2 Abs2, Z7

Außerstreitgesetz §125

## Kopf

SZ 46/117

## Spruch

Muß eine im Verlassenschaftsverfahren strittige Noterbenstellung im Rechtswege (§ 2 Abs. 2 Z. 7 AußStrG) geklärt werden, sind, da im Ergebnis des Rechtsstreites die Art der Fortsetzung des Verlassenschaftsverfahrens abhängt, die Bestimmungen der §§ 125 ff. AußStrG analog anzuwenden

OGH 5. Dezember 1973, 1 Ob 201/73 (LGZ Graz 1 R 613/73; BG Voitsberg 2 A 181/73)

## Text

Der Erblasser, der am 15. Mai 1973 verstorbene Hermann H, und seine Ehegattin Cäcilia H waren unter anderem auf Grund einer mit einem Erbvertrag verbundenen Vereinbarung der allgemeinen Gütergemeinschaft unter Lebenden je zur Hälfte Miteigentümer der Liegenschaften EZ 163, 178 und 186 KG M. Mit einem vor dem öffentlichen Notar Dr. Othmar R in E abgeschlossenen Notariatsakt vom 1. April 1966 erklärten die beiden Ehegatten, daß der Zweitverstorbene von ihnen die genannten Liegenschaften ihrem Adoptivsohn Rudolf H im Zeitpunkt des Todes des zweitversterbenden Ehegatten schenke und übergebe. Rudolf H nahm diese Schenkung an.

Punkt 3 des Notariatsaktes lautete: "Diese Schenkung auf den Todesfall wird, wie bereits ausgeführt, mit dem Zeitpunkt des Todes des zweitversterbenden der Ehegatten Herrn Hermann und Frau Cäcilia H wirksam. Im Falle des gleichzeitigen Ablebens der beiden Geschenkgeber tritt jedoch hinsichtlich der gegenständlichen Schenkung auf den Todesfall hinsichtlich sämtlicher angeführten Liegenschaften sofort die Rechtswirksamkeit ein, wobei als gleichzeitiges Ableben auch jener Fall zu verstehen ist, daß ein Geschenkgeber den anderen zwar überlebt, aber vor Abgabe einer Erbserklärung zum Nachlaß des Erstversterbenden verstirbt. Diesen Fall des gleichzeitigen Ablebens ausgenommen, hat daher über den dem erstversterbenden der beiden Ehegatten gehörigen, oben näher bezeichneten Liegenschaftsbesitz, die Verlaßabhandlung stattzufinden, wobei der Geschenknehmer diesfalls auf das ihm zustehende gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht nach seinen Wahlaltern hiemit ausdrücklich verzichtet, welche Erklärung von den Geschenkgebern für den Geschenkgeber für den angeführten Fall in Kraft und Wirkung eines Vertrages bindend angenommen wird. - Zur näheren Erläuterung wird nochmals festgestellt, daß der Nachlaß des erstversterbenden der beiden Ehegatten dem überlebenden Ehegatten auf Grund des eingangs genannten Erbvertrages und wechselseitigen Testamentes eingantwortet werden muß, so daß der überlebende Geschenkgeber Alleineigentümer der angeführten Liegenschaften wird und mit dem Tode des überlebenden Geschenkgebers sodann der Geschenknehmer Alleineigentümer der bezeichneten Liegenschaften wird. - Diese Schenkung auf den Todesfall ist

nicht davon abhängig, daß der Geschenknehmer die Geschenkgeber überlebt." Der weitere Adoptivsohn Josef H verzichtete mit notariellem Erbverzichtsvertrag vom 3. Mai 1966 auf sein gesetzliches Erb- und Pflichtteilsrecht. Mit Testament vom 18. Feber 1972 setzten sich die Ehegatten Hermann und Cäcilia H gegenseitig als Alleinerben ein.

Rudolf H vertrat vor dem Gerichtsbeauftragten den Standpunkt, daß sein im Punkt 3 des Notariatsaktes vom 1. April 1966 erklärten Erbverzicht lediglich ein partieller sei und sich nur auf die im Schenkungsvertrag erwähnten Geschenkobjekte beziehe, weil ansonsten der Eigentumsübergang vom erstversterbenden auf den zweitversterbenden Elternteil nicht möglich gewesen wäre. Rudolf H machte sein Noterbrecht geltend und beantragte Inventur und Schätzung des Nachlasses sowie seine Verständigung von allen Vorgängen des Verlassenschaftsverfahrens. Cäcilia H vertrat in Abwesenheit des Vertreters des Rudolf H die Auffassung, ein teilweiser Erbverzicht des Rudolf H sei weder beabsichtigt noch vereinbart gewesen, Rudolf H komme keine Parteistellung zu. Eine Erbserklärung gab Cäcilia H noch nicht ab.

Das Erstgericht wies die Anträge des Rudolf H auf Durchführung der Inventur und Schätzung des Nachlasses und auf Verständigung von allen Vorgängen des Verlassenschaftsverfahrens ab.

Ein Erbverzicht könne nicht partiell sein; außerdem sei das Wort , "diesfalls" im Punkt 3 des Notariatsaktes vom 1. April 1966 nur so zu verstehen, daß damit der Fall des nicht gleichzeitigen Ablebens der beiden Geschenkgeber und die in dieser Situation eintretenden Rechtsfolgen behandelt werden. Eindeutig komme damit Rudolf H nicht mehr die Stellung eines Noterben zu.

Das Rekursgericht änderte über den Rekurs des Rudolf H den erstgerichtlichen Beschluß dahin ab, daß Rudolf H bezüglich des von ihm behaupteten und von der Erbin Cäcilia H bestrittenen Noterbrechtes auf den Rechtsweg verwiesen und aufgefordert werde, binnen 30 Tagen die Klage auf Feststellung seines Noterbrechtes einzubringen, widrigenfalls mit der Verlassenschaftsabhandlung ohne Berücksichtigung des behaupteten Noterbrechtes vorgegangen werde; mit der Verlassenschaftsabhandlung werde bis zum Ablauf der zur Einbringung der Klage gestellten Frist bzw. bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die eingebrachte Klage innegehalten. Einbeschränkter Erbverzicht sei möglich. Der Notariatsakt vom 1. April 1966 spreche zwar für einen gänzlichen Erbverzicht des Rudolf H, doch sei, besonders in Ansehung des Gebrauches des Wortes "diesfalls", die Formulierung nicht derart, daß unter Bedachtnahme auf die mögliche Absicht der Vertragsteile eine gegenteilige Auslegung denkunmöglich wäre. Es werde sich demnach die Vernehmung der Vertragsteile und des Vertragsverfassers zum Parteiwillen in einem förmlichen Beweisverfahren zur Klärung der einander widersprechenden Standpunkte der Erbin und des Rudolf H als notwendig erweisen. Die umstrittene Frage des Erbverzichts sei jedenfalls nicht im Verlassenschaftsverfahren, sondern im Prozeß zu klären. Bei einem Widerstreit zwischen Erben und Noterben über das behauptete Noterbrecht sei die Verweisung auf den Rechtsweg nach den §§ 125 ff. AußStrG zulässig, da der Noterbe nicht lediglich Gläubiger des Nachlasses sei, sondern in gewissem Rahmen auch Parteistellung im Verlassenschaftsverfahren habe. Um die Möglichkeit der dem Noterben zustehenden Intervention des Rudolf H bei der Verlassenschaftsabhandlung nicht zu verhindern, sei bis zur Beendigung des Rechtsstreites mit dem Verlassenschaftsverfahren innezuhalten.

Der Oberste Gerichtshof gab den Revisionsrekursen der Cäcilia und des Rudolf H Folge, hob den Beschluß des Rekursgerichtes auf und trug dem Erstgericht die Fortsetzung des Verlassenschaftsverfahrens auf.

### **Rechtliche Beurteilung**

Aus der Begründung:

Die Revisionsrekurse sind, da die Interessen beider Rechtsmittelwerber betroffen werden, zulässig. Das gilt auch für Cäcilia H, obwohl grundsätzlich einem berufenen Erben, der noch keine Erbserklärung abgegeben hat, keine Parteistellung im Verlassenschaftsverfahren zukommt (EvBl. 1972/164; SZ 42/50; SZ 27/164 u. v. a.). Diese Rechtsprechung beruht auf der Erwägung, daß es nicht angehe, einem Erbanwärter, der die Abgabe einer Erbserklärung vermeidet, andererseits die Parteistellung und die damit verbundenen verfahrensrechtlichen Befugnisse einzuräumen (6 Ob 42, 43/68). Cäcilia H hat im vorliegenden Fall aber bereits ein aktives Interesse an dem Erbschaftsantritt bekundet und hätte wohl, wäre sie durch den gerichtsabgeordneten Notar entsprechend belehrt worden, längst die Erbserklärung abgegeben. Im konkreten Fall hat das Erstgericht nur die Beteiligung des Rudolf H am Verlassenschaftsverfahren in seiner behaupteten Eigenschaft als Noterbe abgelehnt. Erst die zweite Instanz setzte an die Stelle des Rudolf H vom weiteren Verfahren ausschließenden Beschlusses eine Entscheidung, die dadurch in die Interessensphäre der Cäcilia H eingriff, daß Rudolf H auf den Rechtsweg gegen sie verwiesen und die Fortsetzung des

Verfahrens von der Beendigung des Prozesses abhängig gemacht wurde, was zumindest zu einer wesentlichen Verzögerung der Verlassenschaftsabhandlung führen muß. Gegen diese Art der Berücksichtigung der Interessen des Rudolf H muß sich die Testamentserbin Cäcilia H auch noch vor Abgabe der Erbserklärung zur Wehr setzen können (ähnlich schon 6 Ob 42, 43/68).

Derzeit ist nur die Frage zu beurteilen, ob der erblasserische Adoptivsohn Rudolf H als Pflichtteilsberechtigter nach seinem verstorbenen Adoptivvater Hermann H zu gelten hat, was jener behauptet, die Testamentserbin Cäcilia H aber bestreitet. Von der Beurteilung der strittigen Frage hängt es ab, ob Rudolf H als Beteiligter des Verlassenschaftsverfahrens anzusehen ist. Der Pflichtteilsberechtigte ist allerdings unter keinen Umständen Erbe, ihm steht nur ein Forderungsrecht gegen den Erben zu, das er im Klagewege geltend zu machen hat (EFSlg. 13.594; Weiß in Klang[2] II, 866); es wäre daher auch eine nur auf das Pflichtteilsrecht gestützte Erbserklärung zurückzuweisen, da sie nie zu einer Einantwortung des Nachlasses führen könnte (vgl. EvBl. 1972/164; EvBl. 1970/55 und 225; EvBl. 1967/321; SZ 35/92 u. a.). Dem Noterben steht aber dennoch das Recht der Beteiligung am Verlassenschaftsverfahren zu. Nach § 804 ABGB kann er die Errichtung eines Inventars verlangen, nach § 784 ABGB steht ihm das Recht zu, der Nachlaßschätzung beizuwohnen, und gemäß § 812 ABGB kann er die Nachlaßseparation fordern. Er ist, soweit seine Interessen betroffen sind, auch rekursberechtigt (EFSlg. 14.630 u. a.; vgl. Rintelen Grundriß des Verfahrens außer Streitsachen 77). Die Nichtbeziehung des Pflichtteilsberechtigten hat die Nichtigkeit des Abhandlungsverfahrens zur Folge (EvBl. 1970/99; EvBl. 1967/164; SZ 32/13; SZ 24/291 u. a.). Da dem Wahlkind die gleichen Rechte wie einem ehelichen Kind zukommen (§ 182 Abs. 1 ABGB), die ehelichen Kinder aber, wenn sie, wie Rudolf H im vorliegenden Falle, im Testament nicht bedacht wurden, Noterben sind (§ 762 ABGB), wäre Rudolf H grundsätzlich die Stellung eines Noterben einzuräumen. Diese Stellung soll ihm deswegen nicht zukommen, weil er in der im § 551 Satz 2 ABGB vorgesehenen Form - in einem Notariatsakt - auf den Pflichtteil verzichtet haben soll. Nach herrschender Auffassung kann nicht nur auf das gesetzliche Erbrecht, sondern auch auf den Pflichtteil verzichtet werden (EvBl. 1972/269; EFSlg. 13.596 u. a.; Ehrenzweig[2] 11/2, 379; Gschnitzer Erbrecht, 45; Deinlein in NZ 1956, 102; vgl. auch Weiß in Klang[2] III 179.834). Es ist auch, wie das Rekursgericht richtig anführte, möglich, auf einen Teil des Erbes oder des Pflichtteilsrechtes zu verzichten (Weiß III, 181; Ehrenzweig 11/2). Es wäre daher an sich, wie es Rudolf H behauptet, nicht ausgeschlossen, daß er nur auf den die Liegenschaft betreffenden anteiligen Wert seines Pflichtteilsanspruches nach seinem Adoptivvater, nicht aber auf den Pflichtteilsanspruch an sich verzichtete, obwohl, wie auch das Rekursgericht darlegte, der Wortlauf des Notariatsaktes nicht gerade für eine solche Auslegung spricht. Die Frage ist jedenfalls strittig. Es hängt von den gegebenen Umständen ab, ob der Außerstreitrichter die für die Führung des Verfahrens wesentliche Vorfrage selbst löst (EvBl. 1957/139). Wie weit der Erbverzicht oder ein Verzicht auf das Pflichtteilsrecht reicht, ist jedenfalls vielfach eine Tatfrage; in solchen Fällen hat eine Vertragsauslegung stattzufinden und ist nach der Absicht der Parteien im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu fragen (Weiß III, 182). Daß es im vorliegenden Falle nicht nur auf eine Urkundenauslegung ankommt, ergibt sich insbesondere auch aus den Revisionsrekursausführungen der Cäcilia H, wonach vor Errichtung des Notariatsaktes vom 1. April 1966 mehrere Besprechungen stattgefunden hätten, bei denen auch der hier maßgebliche Inhalt des Notariatsaktes besprochen worden sei. Die notwendige Klärung der strittigen Frage bedarf daher eines förmlichen Beweisverfahrens, so daß es grundsätzlich richtig ist, die Beteiligten auf den Rechtsweg zu verweisen (§ 2 Abs. 2 Z. 7 AußStrG). Der gegenteiligen Auffassung der Rechtsmittelwerberin Cäcilia H kann nicht beigespflichtet werden.

Eine andere Frage ist es, ob in einem Fall wie dem vorliegenden die Bestimmung des § 125 AußStrG anzuwenden, also nach Vernehmung der Parteien zu entscheiden ist, welcher Teil gegen den anderen binnen einer bestimmten Frist als Kläger aufzutreten habe. Eine unmittelbare Anwendung dieser Bestimmung ist zweifellos nicht möglich, weil nicht, wie es § 125 AußStrG voraussetzt, mehrere einander widersprechende Erbserklärungen abgegeben wurden. Tatsächlich liegt noch gar keine Erbserklärung vor, wenn es auch offensichtlich ist, daß Cäcilia H die Absicht hat, eine solche abzugeben; Rudolf H hingegen beruft sich nur auf seine Rechte als Noterbe und behauptet gar nicht, Erbe sein zu wollen.

Bei Verweisung auf den Rechtsweg nach § 2 Abs. 2 Z. 7 AußStrG sind grundsätzlich die Parteirollen nicht zu verteilen. Es bleibt vielmehr der Partei, die ein Interesse an der betreffenden Feststellung hat, überlassen, eine entsprechende Klage einzubringen; der Außerstreitrichter ist daher auch nicht befugt, den Beteiligten Fallfristen für die auf den Rechtsweg verwiesenen Streitigkeiten zu setzen (SZ 41/30; SZ 21/52 u. a.). Es wurde sogar die Auffassung vertreten, daß unbedingte Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 125 AußStrG mehrere miteinander im Widerspruch

stehende Erbserklärungen seien; da der Pflichtteilsberechtigte lediglich einen Teil des Wertes des Erbvermögens zu beanspruchen habe, sei die Ausdehnung der Grundsätze des § 125 AußStrG auf solche Fälle sogar offenbar gesetzwidrig (ZBl. 1919/23; GIUNF 809; vgl. auch Schuster Comm. zum Gesetz über das Verfahren außer Streitsachen[4] 212). Es wurde aber auch schon vor dem ersten Weltkrieg die Meinung vertreten, daß dies dann nicht gelten könne, wenn die Möglichkeit der Intervention einer Person bei der Verlassenschaftsabhandlung von der vorausgehenden Entscheidung der Frage abhängt, ob ihr die Qualifikation als Noterbe zukomme; es müsse dann mit der Abhandlung bis zur rechtskräftigen des Streites innegehalten und nach den §§ 125 ff. AußStrG vorgegangen werden (GIUNF 7508; in diesem Sinne auch Rintelen Grundriß, 78 f.). Diese Auffassung wurde in neuerer Zeit zur herrschenden Rechtsprechung, die dahin geht, daß die Bestimmungen der §§ 125 ff. AußStrG analog heranzuziehen seien, wenn es sich um solche widersprechende Standpunkte der in Betracht kommenden Parteien handle, von deren Lösung die Fortsetzung und Beendigung des Verlassenschaftsverfahrens abhängt; in diesen Fällen habe der Abhandlungsrichter darauf zu sehen, daß die Fortsetzung des Verfahrens nicht ungebührlich verzögert werde, was ihm dadurch möglich werde, daß er die Parteirollen verteile (NZ 1963, 78; SZ 33/80). Es wurde sogar die Meinung vertreten, daß die Unterlassung der Zuweisung der Parteirollen unter Festsetzung einer Frist zur Anbringung einer Klage in einem solchen Fall einen Verfahrensmangel vom Gewicht einer Nullität darstelle (EvBl. 1966/80). Im vorliegenden Fall kann die Frage, ob Rudolf H Beteiligtenstellung im Verlassenschaftsverfahren zukommt, erst nach Klärung der strittigen Vorfrage seiner Noterbenstellung beurteilt werden. Eine Fortsetzung des Verfahrens ohne Klärung dieser Frage ist - zumal Rudolf H bereits einem Noterben zukommende Anträge stellte - nicht möglich. Grundsätzlich ist dem Rekursgericht daher beizupflichten, daß nicht nur die Verweisung auf den Rechtsweg stattzufinden hat, sondern auch unter Fristsetzung Parteirollen zu verteilen sind.

Ist allerdings § 125 AußStrG analog anzuwenden, muß auch die zwingende Vorschrift dieser Gesetzesstelle, daß über die Verteilung der Parteirollen nur nach Vernehmung der Parteien entschieden werden kann, beachtet werden. Nach ständiger Rechtsprechung kann die Vernehmung allerdings auch in der Form stattfinden, daß die Parteien durch schriftliche Eingaben Stellung nehmen (SZ 26/161 u. a.), insbesondere muß auch die Entgegennahme einer Erklärung durch den Notar als Gerichtskommissär als Vernehmung gelten (6 Ob 119/68). Im vorliegenden Falle war die Frage der Verteilung der Parteirollen im Prozeß aber überhaupt noch nicht Gegenstand irgendwelcher Erörterungen oder Stellungnahmen. Cäcilia H brachte sogar die Bestreitung der Auffassung des Vertreters des Rudolf H, er sei Noterbe, erst zu einem Zeitpunkt vor, zu dem sich dieser Vertreter von der Tagsatzung beim gerichtsbeauftragten Notar am 12. Juli 1973 bereits entfernt gehabt hatte. Erst mit Schreiben des Notars vom 7. August 1973 wurde auch der Vertreter des Rudolf H davon verständigt, daß das Recht des Rudolf H, als Noterbe die Inventur und Schätzung des Nachlasses beantragen zu dürfen, bestritten werde. Die Frage der Verteilung der Parteirollen war auch gar nicht Gegenstand des erstgerichtlichen Beschlusses, so daß das Rekursgericht auch über seine eigentliche Aufgabe, die erstgerichtliche Entscheidung zu überprüfen, hinausgegangen ist und zugleich mit seiner gegenteiligen Auffassung auch den nächsten bei dieser Rechtsmeinung in Betracht kommenden Verfahrensschritt vorgenommen hat. Ob das Rechtsmittelgericht überhaupt befugt ist, auf diese Weise die erste Instanz zu übergehen, kann im vorliegenden Fall unerörtert bleiben; ein solches Vorgehen ist jedenfalls dann unzulässig, wenn die Voraussetzung der Entscheidung, die Vernehmung der Parteien zur Frage der Parteirollenverteilung, unterblieben ist. Mit Recht behauptet demnach der Revisionsrekurs des Rudolf H, die Entscheidung des Rekursgerichtes sei verfrüht. Im derzeitigen Stadium des Verfahrens waren weder die Anträge des Rudolf H abzuweisen noch war dieser unter Zuweisung der Klägerrolle auf den Rechtsweg zu verweisen. Das muß umsomehr gelten, als Cäcilia H noch nicht einmal formell eine Erbserklärung abgegeben hat. Der Beschluß des Rekursgerichtes ist vorerst ersatzlos aufzuheben, jedoch wird die Fortsetzung des Verfahrens nach Abgabe der Erbserklärung durch Cäcilia H und Anhörung der Beteiligten, zu denen, was die Frage seiner Parteistellung betrifft, auch Rudolf H zu zählen ist, darüber zu entscheiden sein, wer unter Zuweisung der Klägerrolle auf den Rechtsweg verwiesen wird.

#### **Anmerkung**

Z46117

#### **Schlagworte**

Noterbe, Klärung seiner Stellung im Rechtswege, Noterbe, Verteilung der Parteirollen, Rechtsweg, Klärung der strittigen Noterbenstellung, Verteilung der Parteirollen bei bestrittener Noterbenstellung

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1973:0010OB00201.73.1205.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19731205\_OGH0002\_0010OB00201\_7300000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)