

# TE OGH 2018/1/30 2Ob12/17d

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 30.01.2018

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Vizepräsidentin Hon.-Prof. Dr. Lovrek als Vorsitzende, die Hofräte Dr. Veith und Dr. Musger, die Hofrätin Dr. E. Solé sowie den Hofrat Dr. Nowotny als weitere Richter in der Verlassenschaftssache nach der am 6. Dezember 2014 verstorbenen G\*\*\*\*\* B\*\*\*\*\*, infolge des Revisionsrekurses des Sohnes G\*\*\*\*\* S\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Peter Böck, Rechtsanwalt in Neusiedl am See, gegen den Beschluss des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgericht vom 24. Oktober 2016, GZ 45 R 494/16d-41, womit infolge Rekurses des G\*\*\*\*\* S\*\*\*\*\*, der Beschluss des Bezirksgerichts Favoriten vom 4. August 2016, GZ 26 A 123/14v-30, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Aus Anlass des Revisionsrekurses werden die Entscheidungen der Vorinstanzen und das ihnen vorangegangene außerstreitige Verfahren ab und einschließlich der Überweisung der Rechtssache an das Bezirksgericht Favoriten als nichtig aufgehoben. Die Einleitung des gesetzlichen Verfahrens über die Mahnklage des G\*\*\*\*\* S\*\*\*\*\* obliegt dem Bezirksgericht Donaustadt.

Ein Kostenersatz findet nicht statt.

## Text

Begründung:

Die im Dezember 2014 ohne letztwillige Verfügung verstorbene Erblasserin hinterließ zwei Söhne, G\*\*\*\*\* S\*\*\*\*\* (in der Folge: älterer Sohn) und M\*\*\*\*\* B\*\*\*\*\* (in der Folge: jüngerer Sohn). Die Erhebungen des Gerichtskommissärs ergaben das Vorhandensein zweier Sparbücher mit Guthaben von 7.447,27 EUR bzw 42.675,02 EUR, die jeweils auf die Namen der Erblasserin und des jüngeren Sohnes lauteten. Letzterer gab „als erbl. Sohn und gesetzlicher Erbe“ am 17. 7. 2015 die „Eidesstättige Erklärung“ ab, dass das Sparbuch mit dem höheren Guthaben in seinem Alleineigentum stehe und somit nicht nachlasszugehörig sei.

Mit Beschluss vom 28. 8. 2015 sprach das Erstgericht aus, dass die aus Aktiva von insgesamt 3.892,93 EUR und Passiva von insgesamt 4.359,04 EUR bestehende Verlassenschaft mit einem Betrag von 466,11 EUR überschuldet sei (I) und die näher bezeichneten Aktiven dem jüngeren Sohn aufgrund dessen Antrags auf teilweisen Abschlag seiner angemessenen und ortsüblichen Bestattungskostenforderungen von insgesamt 4.185,19 EUR gegen Bezahlung der Gerichtskommissionsgebühren nach Rechtskraft des Beschlusses gemäß § 154 AußStrG an Zahlungs statt überlassen werden (II). In den Spruchpunkten III und IV bestimmte das Erstgericht die Gebühr des Gerichtskommissärs und nahm zwei Forderungen einer Gläubigerin „zur Kenntnis“, die im Nachlass jedoch keine Deckung fänden. In Punkt V wurde

schließlich „festgehalten“, dass der jüngere Sohn am 17. 7. 2015 eidesstättig erklärt habe, dass das näher bezeichnete Sparbuch mit dem Einlagestand 42.675,02 EUR in seinem Alleineigentum stehe und nicht nachlasszugehörig sei. In der Begründung verwies das Erstgericht auf das Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen für eine Überlassung an Zahlungs statt.

Dieser Beschluss, der dem älteren Sohn am 7. 9. 2015 zugestellt wurde, erwuchs unbekämpft in Rechtskraft.

Am 10. 5. 2016 brachte der ältere Sohn beim Bezirksgericht Donaustadt eine Mahnklage gegen seinen Bruder ein. Er begehrte die Zahlung von 10.668,75 EUR (ein Viertel des Sparguthabens) sA und brachte vor, dass es sich bei dem Sparguthaben um die Ersparnisse der Erblasserin handle und das Sparbuch zur Gänze nachlasszugehörig sei. Selbst wenn die Erblasserin das Sparguthaben zur Gänze seinem Bruder geschenkt haben sollte („etwaige“ Geldschenkung), gebühre ihm zumindest der Pflichtteil. Zum Beweis seines Vorbringens berief er sich auf seine Parteienvernehmung und nicht näher bezeichnete Urkunden.

Mit Beschluss vom 9. 6. 2016 entschied das Bezirksgericht Donaustadt a limine, dass das streitige Verfahren unzulässig und die Rechtssache im außerstreitigen Verfahren zu erledigen sei. Es sprach ferner seine Unzuständigkeit aus und überwies die Rechtssache gemäß § 44 Abs 1 JN an das Bezirksgericht Favoriten (das Erstgericht).

In der Begründung führte es aus, laut Klagevorbringen seien beide Brüder gesetzliche Erben, weshalb die Geltendmachung eines Pflichtteils- oder Pflichtteilsergänzungsanspruchs keinesfalls in Betracht komme. Der Kläger wolle vielmehr das Sparbuch in die Verlassenschaft einbezogen wissen. Verfüge die Verlassenschaft über weiteres Vermögen, das auch im Anspruch gegen einen Dritten bestehen könne, sei eine Fortsetzung des (Verlassenschafts-)Verfahrens möglich.

Dieser Beschluss wurde dem anwaltlichen Vertreter des älteren Sohnes zugestellt und von diesem nicht bekämpft.

Das Erstgericht wies den „Antrag des erbl Sohnes [...] vom 10. 5. 2016 auf Einbeziehung des Sparbuchs [...] in die Verlassenschaft nach der Verstorbenen“ zurück.

Rechtlich erörterte es, über ein und dieselbe Sache dürfe nur ein Verfahren geführt werden. Eine zweite Sachentscheidung in derselben Sache sei unzulässig. Da über die Nachlasszugehörigkeit des Sparbuchs bereits mit rechtskräftigem Beschluss entschieden worden sei, sei der Antrag aufgrund des Grundsatzes der Einmaligkeit und des Wiederholungsverbots zurückzuweisen.

Mit einer Ausfertigung dieser Entscheidung stellte das Erstgericht dem jüngeren Sohn auch die Mahnklage sowie einen Auszug aus dem Verfahrensregister (nicht aber den Beschluss des Bezirksgerichts Donaustadt) zu.

Das Rekursgericht bestätigte die erstinstanzliche Entscheidung und sprach aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei.

Es teilte die Rechtsansicht des Erstgerichts, dass über die Nachlasszugehörigkeit des Sparbuchs bereits eine rechtskräftige Entscheidung vorliege, werde doch in den Punkten I und II des Beschlusses vom 28. 8. 2015 der Umfang des Verlassenschaftsvermögens durch die Anführung der Aktiven ohne das Sparbuch klar abgegrenzt. Eine Fortsetzung des Verfahrens im Hinblick auf ein neu hervorgekommenes Vermögen der Erblasserin sei nicht möglich, da über die Einbeziehung des gegenständlichen Sparbuchs bereits entschieden worden sei.

Den ordentlichen Revisionsrekurs hielt das Rekursgericht für zulässig, weil Punkt V des Beschlusses vom 28. 8. 2015 allenfalls auch anders ausgelegt werden könnte.

Gegen diese Rekursentscheidung richtet sich der Revisionsrekurs des älteren Sohnes mit dem Antrag, „das Verlassenschaftsverfahren“ für nichtig zu erklären, hilfsweise die Beschlüsse der Vorinstanzen ersatzlos aufzuheben und dem Erstgericht die Einleitung des gesetzmäßigen Verfahrens unter Abstandnahme vom gebrauchten Zurückweisungsgrund aufzutragen. In einem weiteren Eventualantrag wird ein (echter) Aufhebungsantrag gestellt.

Der jüngere Sohn beantragt in seiner Revisionsrekursbeantwortung, dem Rechtsmittel nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der ältere Sohn hält „das Verlassenschaftsverfahren“ (gemeint ist erkennbar jenes, das zu dem Beschluss vom 28. 8. 2015 führte) für nichtig, weil ihm keine Gelegenheit zu einer Erbantrittserklärung und zur Stellung eines Antrags auf Durchführung eines „ordentlichen Verlassenschaftsverfahrens“ unter Einbeziehung des strittigen Sparbuchs

gegeben worden sei. Sinngemäß releviert er damit die Verletzung seines rechtlichen Gehörs.

Dem ist allerdings zu entgegnen, dass der Beschluss des Erstgerichts vom 28. 8. 2015 über die Überlassung des Nachlasses an Zahlungs statt allen Beteiligten, so auch dem älteren Sohn, zugestellt wurde und unbekämpft blieb. Der Beschluss wurde damit (auch) materiell rechtskräftig (vgl 2 Ob 62/17g), was die (zumindest vorläufige) Beendigung des Verlassenschaftsverfahrens zur Folge hatte (Sailer in KBB5 § 797 Rz 6). Dessen Nichtigerklärung kommt schon deshalb nicht in Betracht.

Aus Anlass des zulässigen Revisionsrekurses ist jedoch von Amts wegen wahrzunehmen, dass die mit Einbringung der Mahnklage des älteren Sohnes gerichtshängig gewordene Sache nicht auf den außerstreitigen Rechtsweg gehört.

Hiezu wurde erwogen:

I. Keine Bindung:

1. Gelangt das Rechtsmittelgericht aus Anlass eines zulässigen Rechtsmittels zu der Überzeugung, dass der angefochtene Beschluss oder das Verfahren an einem bisher unbeachtet gebliebenen Mangel ua nach dem § 56 Abs 1 AußStrG leidet, so ist dieser wahrzunehmen, auch wenn er von keiner der Parteien geltend gemacht wurde und er die Richtigkeit der Entscheidung nicht berührt (§ 55 Abs 3 iVm § 71 Abs 4 AußStrG; 2 Ob 68/15m mwN; 5 Ob 255/15h; Schramm in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 66 Rz 7). Zu den in § 56 Abs 1 AußStrG genannten Mängeln zählt auch die Unzulässigkeit des außerstreitigen Rechtswegs. Voraussetzung für die Wahrnehmung dieses Mangels ist aber, dass ihr keine noch bindende Entscheidung desselben oder eines anderen Gerichts entgegensteht (§ 42 Abs 3 und 4 JN; RIS-Justiz RS0035572).

2. Der gemäß § 40a JN gefasste Beschluss des Bezirksgerichts Donaustadt, mit dem es die Zulässigkeit des streitigen Rechtswegs verneinte und die Rechtssache in das außerstreitige Verfahren verwies, ist nicht bindend:

2.1 Grundsätzlich entfaltet ein Beschluss über die anzuwendende Verfahrensart, wenn er rechtskräftig geworden ist, bindende Wirkung (5 Ob 456/97p; 5 Ob 50/13h; 2 Ob 119/13h; Mayr in Rechberger, ZPO4 § 40a JN Rz 7). Ausgenommen von der Bindungswirkung sind jedoch Beschlüsse, die a limine im Zivilprozess oder in einem dem Zivilprozess angenäherten Außerstreitverfahren ergangen sind (5 Ob 132/01z; 1 Ob 62/15x; Mayr in Rechberger, ZPO4 § 40a JN Rz 7). Dem noch nicht am Verfahren beteiligten Beklagten (Antragsgegner) ist diesfalls die Anfechtung der Entscheidung verwehrt (5 Ob 567/84; RIS-Justiz RS0039183; vgl auch RS0039200). Der Grund hiefür liegt in der Einschränkung der Beurteilungsgrundlagen auf das in der Klage (im verfahrenseinleitenden Antrag) enthaltene Vorbringen (5 Ob 132/01z; 1 Ob 108/06y). Der Verfahrensgegner kann nach Zustellung der Klage bzw des Antrags die Einwendung der Unzulässigkeit des Rechtswegs erheben, worüber das Erstgericht ohne Bindung an den vorangehenden Beschluss nach § 40a JN entscheiden kann (Horn in Fasching/Konecny I3 § 40a JN Rz 13). Im Außerstreitverfahren ist hingegen mit Ausnahme der erwähnten streitähnlichen Verfahren der a limine gefasste Beschluss für sämtliche Verfahrensparteien anfechtbar, weil in diesen Verfahren keine Einschränkung der Entscheidungsgrundlagen auf das Vorbringen des Antragstellers gilt und der Beschluss auch das den Beschluss fassende Gericht selbst gemäß § 40 AußStrG bindet (vgl 5 Ob 132/01z; 4 Ob 56/09b; RIS-Justiz RS0006900 [T4]; Horn in Fasching/Konecny I3 § 40a JN Rz 14).

2.2 Das Bezirksgericht Donaustadt hat den Beschluss über die Unzulässigkeit des streitigen Rechtswegs iSd § 40a JN a limine gefasst. Dieser Beschluss ist noch dem vom älteren Sohn angestrebten streitigen Verfahren zuzuordnen. Seine Anfechtbarkeit richtet sich daher nach den Regeln der ZPO (Horn in Fasching/Konecny I3 § 40a JN Rz 12). Im daran anschließenden außerstreitigen Verfahren nach § 183 AußStrG, das keinen streitähnlichen Charakter aufweist (dazu Näheres sogleich), ist nach der erörterten Rechtsprechung weder der weitere Verfahrensbeteiligte noch das Verlassenschaftsgericht an diese Entscheidung gebunden. Würde das Verlassenschaftsgericht nun aber seinerseits die Unzulässigkeit des außerstreitigen Rechtswegs aussprechen, wäre diese Entscheidung von allen Verfahrensbeteiligten anfechtbar und bei Eintritt der Rechtskraft iSd § 42 Abs 3 und 4 JN bindend. Umso weniger ist es dem Obersten Gerichtshof verwehrt, die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs von Amts wegen neuerlich zu prüfen und eine bindende Entscheidung darüber herbeizuführen (idS bereits 3 Ob 512/94; vgl ferner 1 Ob 66/02s; 3 Ob 119/02z; jüngst auch 4 Ob 174/17t).

II. Beurteilung als Klage:

1. Die Frage, ob über einen Rechtsschutzantrag im außerstreitigen Verfahren oder im streitigen Rechtsweg zu

entscheiden ist, ist nach dem Inhalt des Entscheidungsbegehrens und den zu seiner Begründung vorgebrachten Sachverhaltsbehauptungen zu beurteilen. Ohne Einfluss ist es, ob der behauptete Anspruch begründet ist (2 Ob 68/15m mwN; 5 Ob 255/15h; RIS-Justiz RS0005861, RS0005896, RS0013639). Demnach haben auch Fragen der Sachlegitimation oder der Schlüssigkeit eines Rechtsschutzbegehrens mit der zulässigen Verfahrensart oder überhaupt mit der Zulässigkeit des Rechtsschutzantrags nichts zu tun, sie sind nur (materielle) Bedingungen der Begründetheit des Begehrens (5 Ob 241/08i = RIS-Justiz RS0013639 [T25]; 10 Ob 38/12d).

2. Der ältere Sohn begehrte in seinem zutreffend als Mahnklage bezeichneten verfahrenseinleitenden Schriftsatz von seinem Bruder die Zahlung eines Geldbetrags. Er er hob damit einen gegen den Beschenkten gerichteten Anspruch auf Leistung des Schenkungspflichtteils, für den § 951 ABGB in der hier nach § 1503 Abs 7 Z 2 ABGB noch anwendbaren Fassung vor dem ErbRÄG 2015 eine Anspruchsgrundlage bietet (vgl 1 Ob 222/75 SZ 48/114; RIS-Justiz RS0012941).

Zwar berief sich der Antragsteller zur Begründung seines Anspruchs nur auf eine mögliche („etwaige“) Schenkung der Erblasserin, während er primär behauptete, dass das Sparbuch zur Gänze nachlasszugehörig sei. Dieser Widerspruch betrifft aber nur die Schlüssigkeit des Begehrens, die – wie erörtert – auf die Beurteilung der zulässigen Verfahrensart keinen Einfluss hat.

3. Das Bezirksgericht Donaustadt hatte bei seiner Entscheidung offenbar die Bestimmung des § 183 AußStrG vor Augen, nach deren Abs 1 der Gerichtskommissär die Parteien, denen dies noch nicht bekannt ist, zu verständigen hat, wenn Vermögenswerte erst nach Beendigung des Verlassenschaftsverfahrens bekannt werden. Ist – wie im vorliegenden Fall – eine Verlassenschaftsabhandlung unterblieben, so ist neuerlich, auf Grundlage der nunmehr ergänzten Gesamtwerte, iSd §§ 153 ff AußStrG zu entscheiden.

Auch nach einer Überlassung an Zahlungs statt kann es nach dem Auftauchen neuer Vermögenswerte erstmals zu einer Abhandlung kommen. Ein derartiges Vermögen kann auch in einem Anspruch der Verlassenschaft gegen einen Dritten bestehen, den eine nach dem Gesetz zum Erben berufene Person behauptet (4 Ob 194/08w).

4. Die Deutung der Mahnklage als Antrag auf erstmalige Durchführung einer Verlassenschaftsabhandlung kommt aber schon deshalb nicht in Frage, weil das Gesetz für die Einleitung des Abhandlungsverfahrens weder einen formellen Antrag noch eine gesonderte Beschlussfassung verlangt. Wird dem Verlassenschaftsgericht das wahrscheinliche Bestehen eines bisher nicht berücksichtigten Vermögenswerts bescheinigt oder erlangt es sonst Kenntnis davon, hat es vielmehr von Amts wegen das Abhandlungsverfahren einzuleiten (vgl 7 Ob 135/08s; 5 Ob 205/11z; RIS-Justiz RS0115929). Gelingt die erforderliche Bescheinigung nicht, so ist zwar ein dennoch gestellter Antrag abzuweisen (7 Ob 135/08s), um eine Abhandlung zu erreichen bedarf es eines solchen Antrags aber nicht.

5. Die auf Zahlung des Schenkungspflichtteils gerichtete Mahnklage des älteren Sohnes ist daher auch als solche zu behandeln, wofür nur der streitige Rechtsweg zur Verfügung steht.

### III. Verfahrensrechtliche Konsequenzen:

1. Nach § 56 Abs 1 AußStrG ist ein angefochtener Beschluss über eine Sache, die nicht auf den außerstreitigen Rechtsweg gehört, vom Rekursgericht (hier Revisionsrechtsgericht) aufzuheben, das vorangegangene Verfahren für nichtig zu erklären und der ihm allenfalls vorangegangene Antrag zurückzuweisen. Damit ist aber – wie der Oberste Gerichtshof bereits mehrfach ausgesprochen hat – dem § 40a JN nicht derrogirt (2 Ob 68/15m mwN; RIS-Justiz RS0121333; Kodek in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 56 Rz 5).

2. Der gemäß § 40a JN als Klage zu behandelnde Antrag kann bei falscher Verfahrensart unter Nichtigerklärung des gesamten bisherigen Verfahrens nur dann zurückgewiesen werden, wenn das angerufene Gericht unter Zugrundelegung der richtigen Verfahrensart unzuständig ist. Das trifft hier nicht zu. Denn das vom älteren Sohn (als Kläger) angerufene Gericht ist das für die Klage örtlich und sachlich zuständige Bezirksgericht Donaustadt. Die Zurückweisung der Klage (als Antrag) kommt deshalb nicht in Betracht.

3. Die Nichtigerklärung erstreckt sich auf alle Verfahrenshandlungen, die dem Außerstreitverfahren zuzuordnen sind. Dazu gehört auch schon der nach § 44 Abs 1 JN gefasste Überweisungsbeschluss des Bezirksgerichts Donaustadt. Das Erstgericht wird somit den Akt formlos an das Bezirksgericht Donaustadt zu übersenden haben, dem sodann die Einleitung des gesetzlichen Verfahrens über die Mahnklage obliegt.

4. Ein Kostenersatz findet schon deshalb nicht statt, weil ein solcher im Verlassenschaftsverfahren gemäß § 185 AußStrG – außer im Verfahren über das Erbrecht – nicht vorgesehen ist.

**Textnummer**

E121107

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2018:0020OB00012.17D.0130.000

**Im RIS seit**

14.04.2018

**Zuletzt aktualisiert am**

12.09.2018

**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)