

NZ 2014/1

## Die Kontoöffnung im Verlassenschaftsverfahren

Die Öffnung von Konten im Verlassenschaftsverfahren hat sich als effizientes Mittel zur Sicherung und Aufbereitung von Ansprüchen gegen den Nachlass bzw dessen Erben bewährt. Die vorliegende Arbeit ist der Untersuchung einzelner Rechtsfragen zu diesem Thema gewidmet. Der Autor weist nach, dass aus den einschlägigen Rechtsgrundlagen und der Rsp, auch unter Berücksichtigung des Bankgeheimnisses, Argumente für eine großzügige Handhabung dieses Instruments zu gewinnen sind.

Von Alexander Hofmann

### Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Zweck und Funktion der Vermögensfeststellung im Verlassenschaftsverfahren
- C. Praktische Bedeutung der Kontoöffnung im Verlassenschaftsverfahren
- D. Grundsätze und Entwicklung der Judikatur für die Kontoöffnung
- E. Rechtliche Probleme
  1. Basis für die Kontoöffnung gegenüber dem Gericht (Gerichtskommissär)
    - a) Anspruchsverfolgung durch das Abhandlungsgericht bzw den Gerichtskommissär
    - b) Eigenständiges (gesetzliches) Recht der Gerichtsorgane
    - c) Interessenwahrungspflicht (Fürsorgefunktion) der Gerichtsorgane für die einer selbständigen Vermögensstiftung gleichende Verlassenschaft und deren Begünstigte
    - d) Vorrang der nachlassbezogenen Vermögensinteressen vor dem bankrechtlichen Geheimnisschutz
    - e) Exkurs: Rechnungslegungsanspruch des Bankkunden
  2. Auskunft über vor dem Todestag liegende Transaktionsdaten oder eine schon beendete Geschäftsbeziehung
  3. Erforderlicher Nachlassbezug des Vermögens
  4. Schutz der Rechte und des Bankgeheimnisses dritter Personen
  5. Inhaltliche Anforderungen an den Öffnungsantrag – Unzulässigkeit eines Erkundungsbeweises?
  6. Antragslegitimation und tätig werden des Gerichtskommissärs
- F. Zusammenfassung der Ergebnisse

### A. Einleitung

Der OGH hat in jüngeren Entscheidungen die Möglichkeit der Öffnung von Konten im Verlassenschaftsverfahren bejaht, dh, dass Banken dem Gericht bzw dem Gerichtskommissär auch rückwirkend, für die Zeit vor dem Todestag, Auskünfte über nachlasszugehörige Bankguthaben (Ein-, Auszahlungen, Kontobewegungen etc) zu

erteilen haben.<sup>1</sup> Dies gibt gerade Pflichtteilsberechtigten ein wirkungsvolles Instrument an die Hand, um im Verlassenschaftsverfahren ohne besonderes Kostenrisiko an prozesswichtige Informationen heranzukommen. Die rechtlichen Grundlagen wurden im Schrifttum zum Teil hinterfragt. In der jüngeren Rsp<sup>2</sup> dazu scheint sich eine Tendenz abzuzeichnen, die Einsicht in zurückliegende Daten nicht ohne weiteres, sondern nur unter eher strengeren Antragsvoraussetzungen zuzulassen. Auch das Bankgeheimnis ist zu berücksichtigen, das im Falle des Todes des Bankkunden gegenüber dem Abhandlungsgericht und dem Gerichtskommissär durchbrochen wird (§ 38 Abs 2 Z 3 BWG).

Der vorliegende Beitrag geht diesen Fragen und Konsequenzen für die Praxis nach. Gegenstand der Überlegungen ist das Auskunftsrecht, das vom Gericht oder Gerichtskommissär im Rahmen des Verlassenschaftsverfahrens kraft eigener Rechtsstellung und mit Hilfe der Ausnahme vom Bankgeheimnis (§ 38 Abs 2 Z 3 BWG) in Anspruch genommen wird. Erben oder ein Verlassenschaftskurator können sich zur Befriedigung ihres Informationsbedürfnisses auf das bestehende Vertragsverhältnis des Kunden stützen.<sup>3</sup> Ihr Auskunftsrecht ist daher weniger problematisch, weil die Weitergabe von Informationen aus der von ihnen fortgesetzten Geschäftsbeziehung des Kunden schon begrifflich keine Offenbarung anvertrauter Geheimnisse an einen Dritten (§ 38 Abs 1 BWG) darstellt und das Bankgeheimnis hier nicht zum Tragen kommen kann.<sup>4</sup> Da das Auskunftsrecht des

<sup>1</sup> OGH 18. 4. 2007, 7 Ob 292/06 a ecollex 2008, 530 (Verweijen) = NZ 2008, 105; 16. 4. 2009, 6 Ob 287/08 m ecollex 2009, 591 (Verweijen) = iFamZ 2009, 303 (Tschugguel) = NZ 2009, 336 = EF-Z 2010, 79 (Dullinger).

<sup>2</sup> OGH 25. 3. 2010, 5 Ob 30/10 p ecollex 2010, 665 (Hofmann); 2. 8. 2012, 4 Ob 112/12 t NZ 2013, 18; 21. 2. 2013, 9 Ob 54/12 z.

<sup>3</sup> Apathy in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht I<sup>2</sup> (2007) Rz 2/118. Der vertragliche Auskunftsanspruch des Kunden gegenüber dem Kreditinstitut ist weder höchstpersönlich noch unvererblich (OGH 21. 12. 1993, 1 Ob 609/93 NZ 1994, 109).

<sup>4</sup> RIS-Justiz RS0013538; RS0034958; RS0065988. Auch wenn die zu besprechende Judikatur diese Abgrenzung nicht immer präzise vorzunehmen scheint, so handelt es sich hier um verschiedene Rechtsgrundlagen (Riss, Die Auskunftspflicht des Kreditinstituts nach dem Tod des Kunden und ihre prozessuale Durchsetzung, ÖBA 2011, 166 [176]; ebenso Schilchegger/Gruber, Verschwiegenheitspflichten gegenüber Erben [2013] 114). In der

Gerichtskommissärs jenes des verstorbenen Berechtigten substituiert (dh ersetzt)<sup>5</sup> und der OGH in seiner neuesten Rsp zur Auskunft über geschlossene Konten bzw beendete Geschäftsbeziehungen gegenüber seiner früheren Judikatur eine großzügigere Linie eingenommen hat, ergeben sich daraus mE auch Konsequenzen für die Informationserlangung im Verlassenschaftsverfahren. Auf diese soll ebenfalls eingegangen werden.

## B. Zweck und Funktion der Vermögensfeststellung im Verlassenschaftsverfahren

Der Feststellung des Vermögens des Verstorbenen kommt im Verlassenschaftsverfahren zentrale Bedeutung zu. Dort muss nicht nur im Sinne des Einantwortungsprinzips geklärt werden, wer Erbe ist, sondern auch der Umfang des zum Nachlass gehörenden Vermögens.

Primär ist im Interesse aller Verfahrensbeteiligten zu prüfen, ob eine Abhandlung überhaupt stattzufinden oder mangels hinreichenden Vermögens zu unterbleiben hat (§ 153 AußStrG).<sup>6</sup> Die Feststellung des Vermögens spielt auch eine Rolle für die Prüfung der Voraussetzungen, ob eine Überlassung des Nachlasses an Zahlungen statt vorzunehmen ist (Wertgrenze des § 154 AußStrG), ob die aktenkundigen Erben, Noterben und Gläubiger zu verständigen sind (Wertgrenze des § 155 Abs 1 AußStrG) oder ob die Verlassenschaftsgläubiger einberufen werden müssen (Wertgrenze des § 155 Abs 2 AußStrG). Liegen die gesetzlichen Voraussetzungen dafür vor,<sup>7</sup> so ist ein Inventar zu errichten, in dem alle körperlichen Sachen sowie alle vererblichen Rechte (insbesondere auch Guthaben und Depotstände bei Kreditinstituten) und Verbindlichkeiten vollständig zu verzeichnen sind (§ 166 Abs 1 AußStrG).<sup>8</sup> Ist nicht zu inventarisieren, so

Entscheidung 1 Ob 609/93 wurde der uneingeschränkte Auskunftsanspruch des Verlassenschaftskurators gegenüber der Bank des Verstorbenen mit der Begründung bejaht, dass er nicht nur die Interessen einzelner Beteiligter zu vertreten habe, sondern ihm als Vertreter des Universalsukzessors des Kunden das Auskunftsrecht in dem Umfang und unter den gleichen Voraussetzungen wie dem Erblasser zusteht. Daher wurde auch eine gänzliche Offenlegung (rückwirkende Öffnung) für diesen Fall als grundsätzlich möglich erkannt.

<sup>5</sup> RIS-Justiz RS0111076; *Apathy* in Bankvertragsrecht I<sup>2</sup> Rz 2/113; *Jabornegg/Strasser/Floretta*, Das Bankgeheimnis (1985) 127.

<sup>6</sup> OGH 3. 3. 1964, 4 Ob 136/63 EvBl 1964, 353; *Avancini*, Auskünfte über Sparbücher im Verlassenschaftsverfahren, NZ 1985, 25.

<sup>7</sup> Abgabe einer bedingten Erbantrittserklärung, Vorhandensein minderjähriger oder pflegebefohlener Noterben, Nachlassseparation, Nacherbschaft oder letztwillige Errichtung einer Privatstiftung, erbloser Nachlass, Antrag durch dazu berechtigte Person (zB Pflichtteilsberechtigten – § 804 ABGB) oder Verlassenschaftskurator (§ 165 Abs 1 AußStrG).

<sup>8</sup> In den Fällen der Errichtung einer Privatstiftung von Todes wegen (§ 8 PSG), Nacherbschaft oder bei ausdrücklichem Antrag ist die Beschränkung auf ein Teilinventar (im Bezug auf das gestiftete, von der fideikommissarischen Substitution oder vom Antrag erfasste Vermögen) möglich.

hat der Erbe zumindest eine Vermögenserklärung abzugeben und deren Richtigkeit und Vollständigkeit zu bekräftigen (§ 170 AußStrG), die bei Tatbildmäßigkeit des Betrugers auch strafbewehrt ist,<sup>9</sup> wobei das Auskunftsrecht des Gerichtskommissärs gegenüber Banken auch der Informationsbeschaffung des Erben für diese Vermögenserklärung dient.<sup>10</sup>

Zur Klärung dieser Fragen ist dem Gerichtskommissär entsprechend dem im Außerstreitverfahren geltenden Untersuchungsgrundsatz die Verpflichtung zur Ausforschung des Vermögens auferlegt (Wahrheitsermittlungspflicht);<sup>11</sup> dies schon für Zwecke der Todesfallaufnahme (§ 145 Abs 2 Z 2, § 146 Abs 1 AußStrG) und nicht erst im Zuge der Inventarisierung.<sup>12</sup> Um dieser umfassenden Erhebungspflicht nachkommen zu können, kann der Gerichtskommissär Anfragen an Banken richten und auch deren Mitarbeiter als Auskunftspersonen einvernehmen, die zu diesem Zweck vom Bankgeheimnis befreit sind (§ 38 Abs 2 Z 3 BWG).<sup>13</sup> Die Erkundung der Vermögenslage durch den Gerichtskommissär ist aufgrund der unterschiedlichen, zum Teil gegenläufigen Interessen der Beteiligten nicht der Disposition einer Partei anheimgestellt. Der Erblasser kann die Auskunft nicht durch beschränkende Anordnungen unterbinden; insbesondere dann nicht, wenn dadurch in Ansprüche anderer Personen (zB von Gläubigern oder Noterben) eingegriffen werden würde.<sup>14</sup>

Die Erhebungen und Feststellungen des Gerichtskommissärs bauen der späteren Verfolgung und Verteidigung der Vermögensinteressen vor, die den Parteien und sonstigen Beteiligten an der Verlassenschaft zukommen können (Bestimmung der Grundlagen für einen Ausgleich bei der Erbteilung, Ausmessung des Pflichtteils oder Abstecken des Haftungsfonds für die Gläubiger). Am augenscheinlichsten erfüllt diese Funktion das Inventar im Zusammenhang mit der Haftungsbeschränkung des bedingt erbantrittserklärten Erben sowie bei der Sicherung der Ansprüche eines Noterben.

Das Inventar bietet allerdings keine Richtigkeitsgewähr. Die abschließende Feststellung der jeweils anspruchrelevanten Berechnungsgrundlagen leistet das außerstreitige Verlassenschaftsverfahren nicht. Sie bleibt dem Streitverfahren vorbehalten. Für die Aufnahme von Vermögen in das Inventar genügt es nach Lehre und Rsp, wenn nach dem äußeren Anschein zumindest ein Mitbesitz des Erblassers vorlag.<sup>15</sup> Aktiven, die zum Zeitpunkt

<sup>9</sup> *Fucik*, Das neue Verlassenschaftsverfahren (2005) Rz 248.

<sup>10</sup> *Avancini*, NZ 1985, 23.

<sup>11</sup> *Schilchegger/Gruber*, Verschwiegenheitspflichten 114.

<sup>12</sup> Die Kompetenz zur amtswegigen Erhebung des Vermögens ist der Inventarerrichtung vorgelagert.

<sup>13</sup> *Apathy* in Bankvertragsrecht I<sup>2</sup> Rz 2/111.

<sup>14</sup> *Klein*, Das Bankgeheimnis im österreichischen Privatrecht (2009) 143.

<sup>15</sup> *Schilchegger/Gruber*, Österreichisches Verlassenschaftsverfahren (2012) 102; OGH 17. 7. 1996, 7 Ob 2190/96a EFSlg 82.951. Das Besitzerfordernis, das in § 97 AußStrG alt enthalten

des Todes nicht im Eigentum des Verstorbenen gestanden sind und nicht zur Verlassenschaft gehören, können trotzdem im Inventar aufscheinen. Nur wenn sich das Eigentum Dritter durch unbedenkliche Urkunden beweisen lässt,<sup>16</sup> sind die Sachen auszuscheiden (§ 166 Abs 2 AußStrG). Nachlasszugehörige Werte können wegen fehlender Innehabung nicht im Inventar ausgewiesen sein. Schulden sind nur soweit aufzunehmen, als dies ohne weitwendige Erhebungen möglich ist (§ 167 Abs 3 AußStrG). Sohnen kann auch auf der Passivseite eine existente Verbindlichkeit fehlen oder eine nicht bestehende den Forderungsstand erhöhen, nur weil der äußere Anschein für die Zugehörigkeit zur Verlassenschaft spricht.<sup>17</sup>

Die zum Nachlass akzessorischen Ansprüche richten sich nach den eigentlichen Vermögensverhältnissen und nicht nach dem Inventar. Ihre Ausmessung stellt nicht auf den Todestag ab. Der Noterbe partizipiert an wertmäßigen Zuwächsen oder einer Schmälerung des Nachlasses bis zur Zuteilung (§ 786 Satz 2 ABGB). Die Haftungsbeschränkung des Erben bezieht sich auf das zum Zeitpunkt der Einantwortung übernommene Vermögen.<sup>18</sup> Im Streitverfahren bindet das Inventar daher nicht.<sup>19</sup> Es erfüllt vielmehr eine beweissichernde Funktion.<sup>20</sup> Was dort an Vermögen und Verbindlichkeiten einmal angeführt oder nicht genannt ist, lässt sich später nicht mehr so leicht bestreiten oder behaupten.

Die Sicherungsfunktion spiegelt sich gerade in den Verfahrensrechten des Noterben. Er kann die Inventarisierung beantragen (§ 804 ABGB; § 165 Abs 1 Z 6 AußStrG), der Schätzung beiwohnen, auf Fehler hinweisen und auf Ergänzungen dringen (§ 784 Satz 2 ABGB). Diese Rechte sollen die möglichst richtige und konsensfähige Ermittlung des Pflichtteils sichern (§ 784 Satz 2 ABGB), um weitwendige strittige Auseinandersetzungen darüber zu ersparen. Das Inventar dient als Richtschnur für Außerstreitstellungen und die Identifikation der strittigen Punkte. Der Schutz des Vertrauens in

war, hat schon *Avancini* (NZ 1985, 22) problematisiert. Er hat vertreten, dass Besitz iSd § 97 AußStrG als bloße Innehabung zu verstehen sei. In diesem Sinne ordnet § 166 Abs 1 AußStrG die Aufnahme aller „*vererblichen Rechte und Verbindlichkeiten des Verstorbenen*“ in das Inventar an. Zu inventieren sind daher angeblich fremde Sachen in der Gewahrsame des Verstorbenen (wenn sie nicht nach § 166 Abs 2 AußStrG auszuscheiden sind) sowie Sachen in der Gewahrsame eines Dritten, die dem Erblasser gehören (wie zB ein an eine Bank verpfändetes Sparbuch) (*Apathy* in Bankvertragsrecht I<sup>2</sup> Rz 2/112; *Avancini* in *Avancini/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht I<sup>1</sup> [1987] Rz 2/102).

<sup>16</sup> Gemeint ist Bescheinigung durch unbedenkliche, besonders glaubwürdige Urkunden iSd § 40 EO (OGH 27. 2. 2013, 6 Ob 5/13y NZ 2013, 181). Das können auch Kontoauszüge und sonstige Kontounterlagen (Ein- und Auszahlungsbelege) sein (6 Ob 287/08m).

<sup>17</sup> OGH 27. 2. 2013, 6 Ob 5/13y NZ 2013, 181.

<sup>18</sup> *Ferrari* in *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht (2007) 488.

<sup>19</sup> Umfassend dazu *Rabl*, Das Nachlassinventar – Inhalt und Zweck, NZ 1999, 130 f.

<sup>20</sup> *Rabl*, NZ 1999, 131 f mwN.

die objektive gerichtskommissionelle Tätigkeit verleiht dem Inventar einen besonderen Wert als Orientierungshilfe für die Anspruchsregulierung. Dieses Vertrauen ist haftungsrelevant.<sup>21</sup>

### C. Praktische Bedeutung der Kontoöffnung im Verlassenschaftsverfahren

Zurückliegende Kontoinformationen enthalten häufig wertvolle Hinweise auf die Vermögenslage des Verstorbenen; insofern sind sie für die Inventarserrichtung unmittelbar bedeutsam. Daueraufträge, Gut- oder Lastschriften können Aufschlüsse über weitere Aktiven des bestehenden Nachlassvermögens (Sparbücher, Ankauf von Wertpapieren, Edelmetallen etc) liefern. Die (wirtschaftlichen) Besitz- oder Eigentumsverhältnisse bei gemeinschaftlichen Konten oder Depots lassen sich oft nur mit Hilfe der Kontoeröffnungsunterlagen oder mit Nachweisen über die Dotierung (Einzahlungsbelege) klären.<sup>22</sup> Fragwürdige Dispositionen, die unter Umständen erst kurz vor dem Ableben getätigt wurden, können verfolgt werden. Ist für eine Transaktion kein gültiger Rechtsgrund feststellbar und lässt sich dies leicht klären (zB wegen mangelnder Geschäftsfähigkeit oder Formungültigkeit einer Vorsorgevollmacht), so wirkt sich das direkt auf den Vermögensstand zum Todestag aus (zB in Form von zu aktivierenden Rückforderungs- oder Bereicherungsansprüchen).

Transaktionsdaten können auch bei der Recherche von anrechnungspflichtigen Schenkungen oder Vorempfänger eine Rolle spielen, die aus Praktikabilitätsgründen schon bei der Erbteilung oder bei der Sicherstellung des Pflichtteils von Pflegebefohlenen im Verlassenschaftsverfahren berücksichtigt werden (§ 176 Abs 2,<sup>23</sup> § 181 Abs 1 AußStrG).<sup>24</sup> Ist ein gültiger Rechtsgrund

<sup>21</sup> Zwischen einem mangelhaften Inventar und dem Vermögensnachteil, der durch eine im Vertrauen darauf geschlossene Abfindungsvereinbarung entsteht, kann nach der Rsp ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen, der bei einem Verschulden des Gerichtskommissärs Amtshaftungsansprüche auslöst (OGH 23. 11. 2010, 1 Ob 190/10 p NZ 2011, 184).

<sup>22</sup> *Tschugguel*, iFamZ 2009, 304.

<sup>23</sup> *Schilchegger/Gruber*, Verschwiegenheitspflichten 112. Der Pflichtteil von Pflegebefohlenen ist kraft ausdrücklicher Anordnung im Verlassenschaftsverfahren auszuweisen und sicherzustellen (§ 176 Abs 2 AußStrG). Hierin kommt der Fürsorgecharakter des außerstreitigen Verlassenschaftsverfahrens zum Ausdruck, der sich nach *Jabornegg/Strasser/Floretta* (Bankgeheimnis 127) auch in der Befugnis des Abhandlungsgerichts zur Einholung von Bankauskünften zu erkennen gibt.

<sup>24</sup> Zwar ist ein Schenkungspflichtteil (§ 785 ABGB) nach der Rsp im streitigen Verfahren zu klären, was nach dem Ergebnis des Verfahrens OGH 20. 1. 2000, 2 Ob 192/98 v, auch für einen Pflegebefohlenen gegolten hat; dort wurde allerdings auch damit argumentiert, dass infolge Überlassung an Zahlungen statt eine Nachlassabhandlung nicht einzuleiten war. Der Pflichtteilsberechtigte wird auf Rechnungslegungs- und Auskunftsansprüche nach Art XLII EGZPO (OGH 30. 5. 2012, 8 Ob 115/11 m PSR 2012, 128 [*Hofmann/Paulsen*]) verwiesen. Es ist aber strittig, ob die Manifestationsklage nicht voraussetzt, dass der Beschenkte selbst

für eine in der Vergangenheit liegende Zahlung überhaupt zu bezweifeln, etwa die Charakterisierung als unentgeltliche Zuwendung, dann kann die Kontoinformation wieder direkt die Bestimmung des nachlasszugehörigen Vermögens beeinflussen.

#### D. Grundsätze und Entwicklung der Judikatur für die Kontoöffnung

Die Öffnung von Konten wurde in Rsp und Lehre bis zur Entscheidung 7 Ob 292/06a nicht besonders thematisiert. In der Literatur wurde nur das Erfragen von Kontobewegungen nach dem Tod des Kontoinhabers ausdrücklich bejaht.<sup>25</sup> Historisch mag dies damit zu erklären sein, dass die Vorgängerbestimmung des § 38 Abs 2 Z 3 BWG, § 23 Abs 2 Z 2 KWG, noch auf § 98 AußStrG alt verwiesen hat. Darin war von der Verpflichtung des Gerichtes zur Verschaffung von Aufklärung über den Zustand des Vermögens im Zusammenhang mit der Inventarerrichtung die Rede. Von den oben unter Punkt C. angestellten Überlegungen abgesehen, konnte das im Sinne einer Einschränkung der Auskunftspflicht auf den Vermögensstand zum Todestag verstanden werden.<sup>26</sup>

In der – noch zu den §§ 97, 98 AußStrG alt ergangenen – Entscheidung hat der OGH<sup>27</sup> erstmals ausgesprochen, dass auf Antrag von Pflichtteilsberechtigten die rückwirkende Öffnung von Konten des Erblassers im Verlassenschaftsverfahren zulässig sei. Die Antragsteller brachten vor, dass das Vermögen des Erblassers höher als von den Erben einbekannt gewesen sei. Der Verstorbene habe die Erträge aus anonymen Wertpapierdepots den zu öffnenden Konten gutschreiben lassen. Durch die Öffnung ließen sich die Erträgnisse für zumindest ein volles zurückliegendes Jahr feststellen, was eine Rückrechnung

Erbe ist (*Eccher* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB III<sup>4</sup> § 785 Rz 7). Abgesehen von der unsicheren Passivlegitimation beschenkter Dritter wird der Noterbe möglicherweise nur aus der Kontoöffnung im Verlassenschaftsverfahren die für eine schlüssige Klage benötigten Hinweise gewinnen können. Es spricht nichts dagegen, auch unter diesem Blickwinkel ein Rechtsschutzinteresse an der Kontoöffnung zuzuerkennen (siehe E.5.).

<sup>25</sup> *Apathy* in *Bankvertragsrecht* I<sup>2</sup> Rz 2/116.

<sup>26</sup> So die Entscheidung OGH 15. 5. 1996, 7 Ob 610/95, wo eine abschließende Klärung dieser Frage allerdings dahingestellt blieb. In der Entscheidung vom 21. 11. 1978, 8 Ob 582/78 (RZ 1980, 135) wurde Auskunft in Bezug auf aufgelöste Sparbücher begehrt. Die Abweisung wurde nicht darauf gestützt, dass die angefragten Sparurkunden zum Todestag nicht mehr bestanden haben, sondern darauf, dass sie sich mangels ausreichender Individualisierung nicht dem ehemaligen (sic) Besitz des Erblassers zuordnen ließen. Das lässt den Umkehrschluss zu, dass bei Bejahung der Zuordnung zur Vermögenssphäre des Verstorbenen zu einem früheren Zeitpunkt in Bezug darauf eine Auskunftspflicht zuerkannt worden wäre. *Avancini* (in *Bankvertragsrecht* I<sup>1</sup> Rz 2/101) hat schon zu § 98 AußStrG alt die Ansicht vertreten, dass der damit aufgetragenen Ausforschungspflicht ein umfassender und nicht bloß auf die Inventarisierung eingegrenzter Anwendungsbereich zu unterstellen sei.

<sup>27</sup> Der OGH hat aufgrund eines ao RevRek der Antragsteller die negative Zulassungsentscheidung des RekG abgeändert und dem RevRek Folge gegeben.

auf das Volumen der zum Nachlass gehörenden verschwiegenen Depots ermöglichte. Der OGH gab dem Antrag statt. Er hat die Auskunftserteilung aber nicht nur deshalb bewilligt, weil die umsichtige Formulierung des Antrages plausibel darlegte, warum aus der Öffnung Aufschlüsse über noch nicht offengelegtes Nachlassvermögen zum Todestag zu erwarten waren. Vielmehr wurde in der Begründung darauf hingewiesen, dass sich das (durch § 38 Abs 2 Z 3 BWG gedeckte) Auskunftsrecht des Abhandlungsgerichtes bzw des Gerichtskommissärs – sowie auch Auskunftsansprüche des (durch Erben oder einen Kurator vertretenen) Nachlasses – vom Auskunftsanspruch des verstorbenen Kunden ableiten würde, dem das Kreditinstitut jederzeit zur Auskunft über die Einzelheiten der Geschäftsbeziehung verpflichtet sei. Es wurden jedoch Vorbehalte hinzugefügt: Zum einen dürfe der Antrag nur der Erforschung solcher Vermögenswerte dienen, die sich zum Todeszeitpunkt im Besitz des Erblassers befinden und nicht im Besitz Dritter stehen.<sup>28</sup> Diese Voraussetzung sah der OGH als gegeben an, weil nur die Offenlegung der „eigenen“ Kontobewegungen (des Erblassers) begehrt wurde. Aus denselben Gründen dürfe sich der Antrag nur auf Konten beziehen, deren Zuordnung zur Verlassenschaft zweifelsfrei oder aktenkundig sei. Zum Zweiten sei das Auskunftsrecht von Legataren und Gläubigern, denen die Aktiven nach § 73 AußStrG alt (nunmehr: § 154 AußStrG) an Zahlungen statt überlassen wurden, auf solche Umstände zu beschränken, über die der Berechtigte zur Verfolgung seiner Rechte Bescheid wissen muss.<sup>29</sup>

Der Fall 6 Ob 287/08m wurde bereits zum neuen AußStrG entschieden. Die Pflichtteilsberechtigte beantragte, ein Wertpapierdepot und das dazugehörige Verrechnungskonto offenzulegen, um festzustellen, ob die Einzahlungen auf das Verrechnungskonto vom Verstorbenen entsprechend den Behauptungen der Erben tatsächlich nur zu einem Drittel erfolgt seien, oder ob die Werte zur Gänze in den Nachlass fallen würden. Der OGH bestätigte die stattgebenden Entscheidungen der Unterinstanzen mit der Maßgabe, der Bank für die Zeit seit der Kontoeröffnung bis zum Todestag für das Verrechnungskonto die Vorlage sämtlicher Kontoauszüge sowie aller Ein- und Auszahlungsbelege des Erblassers aufzutragen. Der OGH führte aus, dass die in der Entscheidung 7 Ob 292/06a ausgesprochenen Grundsätze auch im Anwendungsbereich des neuen AußStrG gelten würden und befand, dass die Auskunftspflicht gegenüber dem Gericht zwar nicht unmittelbar aus dem Informationsanspruch des Verstorbenen resultiere, aber diesen substituieren. Auf eine abschließende Lösung der Frage, wie sich Auskunftsansprüche eines Noterben mit dessen mangelnder Stellung als Gesamtrechtsnachfolger

<sup>28</sup> StRsp zu § 97 AußStrG alt (RIS-Justiz RS0013541).

<sup>29</sup> Pflichtteilsberechtigte hat der OGH hier nicht genannt, was die Deutung zulässt, dass der OGH ihnen in Inhalt und Umfang dasselbe Informationsbedürfnis wie einem Erben zubilligt.

ger vertragen würden, ließ sich der OGH nicht ein. Er legte den Fokus auf § 145 Abs 1 und 2 Z 2 AußStrG und eine – unter Hinweis auf Kodek<sup>30</sup> – im Geltungsbereich des neuen AußStrG geortete „weitergehende Nachforschungspflicht“ des Gerichtskommissärs, alle für die Abhandlung erforderlichen Umstände zu erheben, wozu auch das hinterlassene Vermögen und die Sammlung der Entscheidungsgrundlagen für die Inventarisierung (nach § 166 Abs 2 AußStrG) zählten. Weiters sprach der OGH aus, dass sich die Auskunftspflicht nur auf Konten beziehen könne, deren Nachlasszugehörigkeit durch (zumindest auch Mit-)Besitz feststehe, und dass dadurch grundsätzlich nicht in die Rechte Dritter (Kontomitinhaber) eingegriffen werden dürfe. Dem werde mit dem gewählten Spruch ausgewichen, weil der Bank nur die Vorlage der den Verstorbenen betreffenden Zahlungsbelege aufgetragen werde; außerdem verpflichtete § 166 Abs 3 AußStrG Dritte dazu, an der Feststellung der Nachlasszugehörigkeit eines Vermögenswertes mitzuwirken und befreie § 38 Abs 2 Z 3 BWG betroffene Kreditinstitute zu diesem Zweck vom Bankgeheimnis.

Zu 5 Ob 30/10p hat der OGH judiziert, dass ein (zugleich pflichtteilsberechtigter) Erbe zumindest entweder eine Erbantrittserklärung abzugeben habe oder einen Inventarisierungsantrag stellen müsse, um sich für den Öffnungsantrag zu legitimieren. Ob allenfalls auf Grundlage des § 165 Abs 1 Z 6 AußStrG ein auf die Kontoöffnung beschränkter Antrag (als Minus gegenüber einem umfassenden Inventarisierungsantrag) begehrt werden könne, wurde vom Höchstgericht zwar angedacht, aber offen gelassen.<sup>31</sup>

In dem zu 4 Ob 112/12t entschiedenen Fall hat die Pflichtteilsberechtigte die Öffnung mehrerer inventarisierten Konten beantragt. Der Antrag wurde damit begründet, dass sich die Verstorbene in ihrer letztwilligen Verfügung, deren Errichtung schon einige Jahre zurücklag, auf eine Mehrzahl von Sparbüchern bezogen hatte (arg: „Alle meine Sparbücher [...]“), im Inventar aber nur ein Sparbuch aufschien. Durch die Kontoöffnung, so die Antragstellerin, könnten sich anhand von Überweisungen allenfalls Hinweise auf die Existenz weiterer Sparbücher ergeben. Das Erstgericht wies den Antrag ab, weil die Kontoöffnung ohne konkrete Hinweise auf weitere Vermögenswerte nicht gerechtfertigt sei. Das RekG bestätigte. Der OGH wollte darin kein aufzugreifendes Abgehen von gefestigter Rsp erblicken. Eine Kontoöffnung sei nur zulässig, wenn nach der Aktenlage deutliche Hinweise vorliegen würden, dass dadurch konkrete Aufschlüsse über das Vermögen des Erblassers zutage kommen würden. Die Suche nach Vermögenswerten,

für deren Existenz es keine konkreten Anhaltspunkte gebe, falle nicht unter die Aufgaben des Gerichtskommissärs.<sup>32</sup>

## E. Rechtliche Probleme

### 1. Basis für die Kontoöffnung gegenüber dem Gericht (Gerichtskommissär)

#### a) Anspruchsverfolgung durch das Abhandlungsgericht bzw den Gerichtskommissär

Im Schrifttum wurde vor allem die dogmatische Grundlage hinterfragt, auf der die Entscheidung 7 Ob 292/06a auch bloßen Gläubigern der Verlassenschaft, die nicht Gesamtrechtsnachfolger sind, weitgehende Auskunftsansprüche wie den Zugriff auf zurückliegende Kontoinformationen zuerkannt hat. Zur Verwirrung dürfte insbesondere die Aussage des OGH geführt haben, dass sich dieser Informationsanspruch vom Recht des verstorbenen Kunden ableiten würde. *Bittner/Hawel*<sup>33</sup> haben dagegen Zweifel angemeldet. Deren Aussage, Legatäre oder Pflichtteilsberechtigte könnten ein entsprechendes Auskunftsbegehren nur gegen den Nachlass richten und im streitigen Verfahren durchsetzen, trifft in dieser Allgemeinheit allerdings auch nicht zu. Zwar ist es richtig, dass der Pflichtteilsberechtigte in keinem unmittelbaren Rechtsverhältnis zum Kreditinstitut steht. Es darf aber nicht übersehen werden, dass die ihm an die Hand gegebenen Parteienrechte (die Inventarisierung zu beantragen und daran mitzuwirken) zeigen, dass der Gesetzgeber den Noterben vom Prozess der Klärung der Vermögensverhältnisse im Verlassenschaftsverfahren eben nicht ausschließen wollte. Dass der Gerichtskommissär Hinweisen auf Kontoguthaben, die zum Todestag bestanden haben, nachzugehen hat, steht außer Streit. Wieso bei der Nachforschung anspruchrelevanter historischer Bankdaten etwas anderes zu gelten hätte, ist nicht einzusehen. Auch das Bankgeheimnis kann dafür nicht ins Treffen geführt werden, weil die Ausnahme vom Bankgeheimnis gem § 38 Abs 2 Z 3 BWG keine zeitliche Einschränkung vorsieht.<sup>34</sup> Ob Pflichtteilsberechtigten im Verlassenschaftsverfahren auch Zugang zu vergangenheitsbezogenen Informationen zu gewähren ist oder nicht, betrifft daher nicht ihr grundsätzliches Recht auf Beiziehung bei der Stoffsammlung, sondern nur die

<sup>30</sup> Die Suche nach unbekanntem Erben im Verlassenschaftsverfahren, ÖJZ 2009, 197.

<sup>31</sup> Der OGH erwog diese Möglichkeit aufgrund des Gesetzeswortlauts, wonach ein Inventar zu errichten sei, „soweit“ dies beantragt werde.

<sup>32</sup> Ebenso 9 Ob 54/12z. Davon abweichend wurde im Fall OGH 23. 1. 2013, 7 Ob 1/13t, die Öffnung schon länger geschlossener Konten vom RekG bewilligt, weil nur durch entsprechende Auskünfte eine weitere Konkretisierung möglich bzw nicht auszuschließen sei, dass dadurch Erkenntnisse hinsichtlich des Nachlassvermögens gewonnen werden könnten. Der OGH billigte dies, weil den Rechtsmittelwerbern ein rechtlich anerkanntes Interesse daran, die Sammlung von einem Zuviel an Prozessstoff zu verhindern, abzusprechen sei.

<sup>33</sup> *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Erbrecht und Vermögensnachfolge § 10 Rz 102.

<sup>34</sup> Was durch das Fehlen von Verweisen auf bestimmte Regelungen des AußStrG, die sich nur auf die Inventarisierung beziehen (vgl noch § 23 Abs 2 Z 2 KWG), unterstrichen wird.

Frage, in welchem Umfang und Ausmaß über ihr Verlangen Informationsmaterial zu beschaffen ist. In 7 Ob 292/06 a hat der OGH daher mE keinen „neuen“ Auskunftsanspruch<sup>35</sup> eingeführt, sondern im Ergebnis nur die bestehenden Rechte des Pflichtteilsberechtigten auf Informationszugang extensiv interpretiert. Die vom OGH gegebene Begründung, die dahingehend verstanden werden könnte, dass der Pflichtteilsberechtigte zur Geltendmachung von Kundenrechten legitimiert sei, ist freilich nicht glücklich gewählt. Die im Schrifttum beanstandete Unschärfe ist insofern korrekturbedürftig, als zwischen dem vom Gerichtskommissär im Rahmen seiner Befugnisse wahrgenommenen Auskunftsanspruch einerseits und den Rechten des Pflichtteilsberechtigten, Ermittlungsschritte zu veranlassen, andererseits zu unterscheiden ist.<sup>36</sup> Mit der Entscheidung 6 Ob 287/08 m, in der sich das Höchstgericht vorrangig auf die weitreichenden Erhebungsbefugnisse der Gerichtsorgane berief, dürfte diese Klarstellung vollzogen worden sein.

Für gewöhnlich sollte der Gerichtskommissär schon kraft seiner Befugnisse ohne Gerichtsbeschluss vom Kreditinstitut die gewünschte Auskunft erlangen können.<sup>37</sup> An das Abhandlungsgericht wird die Frage, ob und in welchem Umfang eine Auskunft einzuholen ist, nur ausnahmsweise, etwa im Wege eines Abhilfeantrages gegen den Gerichtskommissär, heranzutragen sein (§ 7 a Abs 2 GKG).

#### b) Eigenständiges (gesetzliches) Recht der Gerichtsorgane

Liegt die Legitimation zur Geltendmachung des Anspruchs bei den Gerichtsorganen (insbesondere beim Gerichtskommissär), so muss es sich um einen selbständigen Informationsanspruch handeln, den diese kraft eigenen Rechtes geltend machen.<sup>38</sup> Allerdings stellt sich die Frage nach der Rechtsgrundlage. Als Fortsetzung des Anspruchs des Erblassers kann das Recht auf Auskunftserteilung schon deshalb nicht gesehen werden, weil es ansonsten der Ausnahmebestimmung des § 38 Abs 2 Z 3 BWG nicht bedürfen würde.<sup>39</sup> Vertreter des Nachlasses im strengen Sinne, wie es *Tschugguel*<sup>40</sup> an-

deutet, ist der Gerichtskommissär auch nicht.<sup>41</sup> Folgt man der Entscheidung 6 Ob 287/08 m, ist die Grundlage für den umfassenden Auskunftsanspruch (unter Einschluss einer rückwirkenden Kontoöffnung) am ehesten aus den weitreichenden Erhebungsbefugnissen des Gerichtskommissärs (§ 145 Abs 1 und 2 Z 2 AußStrG) abzuleiten, was *Verweijen*<sup>42</sup> allerdings als erstaunlichen bzw beachtlichen Interpretationsakt kommentiert hat. Nun ist wohl einzuräumen, dass sich die vom OGH angezogene Gesetzesbestimmung des § 145 Abs 1 und 2 Z 2 AußStrG auf das hinterlassene Vermögen bezieht, was eine Autorisierung zur Erforschung vergangenheitsbezogener Verhältnisse auszuschließen scheint. Allerdings zeigt gerade der in der Entscheidung 7 Ob 292/06 a beurteilte Sachverhalt sehr anschaulich, dass sich aus der Analyse von historischen Kontoinformationen durchaus Rückschlüsse auf das hinterlassene bzw zum Nachlass gehörende Vermögen ziehen lassen. Wurde vor dem Ableben Vermögen des Erblassers von einem Zeichnungsberechtigten veruntreut oder ist der Titel einer Zahlung (als Gegenleistung, Darlehen oder Schenkung) ungültig, so sind die Kontoöffnung und die Einsicht in die Belege ebenfalls darauf gerichtet, das Vermögen zum Zeitpunkt des Todes festzustellen, was unbestrittenmaßen zu den Kernaufgaben des Gerichtskommissärs gehört (§ 166 Abs 1 AußStrG). Gleiches gilt für die Klärung der Besitz- und Eigentumsverhältnisse an Gemeinschaftskonten im Rahmen des § 166 Abs 2 AußStrG, von der der Fall 6 Ob 287/08 m seinen Ausgang nahm.

#### c) Interessenwahrungspflicht (Fürsorgefunktion) der Gerichtsorgane für die einer selbständigen Vermögensstiftung gleichende Verlassenschaft und deren Begünstigte

Eine auf den Wortlaut des Gesetzes beschränkte Analyse würde mE aber zu kurz greifen. Die dem Verlassenschaftsgericht und dem Gerichtskommissär im Verlassenschaftsverfahren zugeordneten Aufgaben müssen umfassender, im Lichte der ihnen in Verbindung mit dem System der Einantwortung zugeordneten Interessenwahrungsfunktion interpretiert werden. Das österreichische Erbrecht hat aus dem römischen Recht das Konzept der ruhenden Verlassenschaft (*hereditas iacens*)<sup>43</sup> übernommen. Für die Dauer des Verlassenschaftsverfahrens besteht der Nachlass, der nach dem Tod als einstweilen eigentümerloses Vermögen die Rechtspersönlichkeit des Erblassers fortsetzt. Insofern finden sich bei der ruhenden Verlassenschaft Parallelen zum Vermögen einer rechtsfähigen, selbständigen Vermögensstiftung, die ex lege mit dem Ableben des Verstorbenen ent-

<sup>35</sup> So *Verweijen* (ecolex 2008, 530 f), der die offenen dogmatischen Probleme, die der Entscheidung 7 Ob 292/06 a anhaften, erkennt, die Ausweitung der Rechte des Pflichtteilsberechtigten aber grundsätzlich begrüßt. Das Scheitern der Einlösung materieller Rechte an der prozessualen Durchsetzung dürfe nicht vom Bankgeheimnis unterstützt werden. Auch *Tschugguel* (iFamZ 2009, 304) und *Dullinger* (EF-Z 2010, 81 f) haben die Entscheidung 7 Ob 292/06 a zustimmend kommentiert.

<sup>36</sup> *Dullinger*, EF-Z 2010, 81 f.

<sup>37</sup> Im Unterschied zur Vorgängerbestimmung des § 23 Abs 2 Z 2 KWG ist der Gerichtskommissär als anfrageberechtigte Person in § 38 Abs 1 BWG ausdrücklich genannt.

<sup>38</sup> *Riss*, ÖBA 2011, 176 f.

<sup>39</sup> Die vom Kunden erlangten oder anvertrauten Daten können gegenüber diesem schon definitionsgemäß nicht unter das Bankgeheimnis fallen (§ 38 Abs 1 BWG – RIS-Justiz RS0013538).

<sup>40</sup> iFamZ 2009, 304.

<sup>41</sup> Dazu sind nur erbantrittserklärte Erben oder ein Verlassenschaftskurator berufen (vgl §§ 172, 173 AußStrG).

<sup>42</sup> *ecolex* 2009, 593.

<sup>43</sup> *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht<sup>19</sup> 100 (373 f).

steht.<sup>44</sup> Nicht nur der Erbe, sondern auch alle anderen Personen (Gläubiger, Legatäre, Pflichtteilsberechtigte, einschließlich unbekannter, unvertretener oder pflegebefohlener Erben), die an den Nachlass Ansprüche stellen (können), stehen unter dem Schutz der verschiedenen Verfahrensbestimmungen, die den Gerichtsorganen besondere Kompetenzen einräumen. Sie genießen eine Rechtsstellung, die jener von Begünstigten einer Stiftung nicht unähnlich ist.

Um die rechtlichen Interessen aller Beteiligten (zB unbekannter Erben, Nacherben, Pflichtteilsberechtigter, Gläubiger etc, die allesamt als „Stakeholder“ des Nachlasses gesehen werden können) zu schützen, stehen dem Erben bis zur Einantwortung am Nachlass keine Eigentumsrechte zu. Über das Erbrecht muss vom Gericht entschieden werden und der Erbe darf, solange das Verlassenschaftsverfahren andauert, vom Nachlass nicht eigenmächtig Besitz ergreifen (§ 797 ABGB).<sup>45</sup> Verwaltungs- und Vertretungshandlungen sowie die Veräußerung von Nachlassbestandteilen bedürfen unter bestimmten Voraussetzungen<sup>46</sup> der Genehmigung des Verlassenschaftsgerichts. Diese ist bei drohender Nachteiligkeit zu versagen (§ 810 Abs 2 und 3 ABGB). Das Gericht hat hierbei nicht nur auf die rechtlichen Interessen bekannter Erben, sondern auch auf die der anderen Verfahrensbeteiligten<sup>47</sup> Augenmerk zu legen. Die umfangreichen Kompetenzen des Gerichtskommissärs zur Erhebung und Feststellung des Verlassenschaftsvermögens (§§ 145–147 AußStrG), die unabhängig von der Art der Erbantrittserklärung oder einem Inventarisierungsantrag zum Tragen kommen, dienen dem amtswegigen Schutz auch ihrer Interessen. Für Pflichtteilsberechtigte gilt es, eine objektivierte Grundlage für die ziffernmäßige Bestimmung ihres Anspruches zu schaffen, für die Gläubiger<sup>48</sup> ist der Haftungsfonds festzuschreiben.

Aus der Rechtspflegefunktion des Gerichtskommissärs und seiner Befugnis zur amtswegigen Sammlung aller relevanten Entscheidungsgrundlagen (vgl § 16 AußStrG)<sup>49</sup> weist Kodek<sup>50</sup> diesem eine primäre Verpflichtung zur Ausforschung unbekannter Erben zu. Wenn sich nun aus den allgemeinen Ermittlungsbefugnissen des Gerichtskommissärs sogar eine (gesetzlich gar nicht ausdrücklich festgeschriebene) Verpflichtung zur Ausforschung unbekannter Erben ableiten lässt, so müssen die Kompetenzen aufgrund eines Größenschlusses umso mehr das Recht umfassen, über die Vermögens- und Rechtsverhältnisse des Verstorbenen bei Kreditinstituten auch für zurückliegende Zeiträume genauere Nachforschungen anzustellen. Auch ein weiterer Gedanke von Kodek erscheint verallgemeinerbar. Unter Hinweis auf die vorübergehende Natur der hereditas iacens stellt er für den (nur subsidiär nachforschungspflichtigen) Verlassenschaftskurator fest, dass dieser dem abstrakten Schutz der Interessen (auch unbekannter) Erben zu dienen habe. Er spricht damit eine Art Treuhandfunktion der im Interesse des Nachlasses tätigen Personen an. Diese wird auch dem Gerichtskommissär, dem der Schutz der Interessen aller aus einer Verlassenschaft berechtigten und begünstigten Personen anvertraut ist, zuzuschreiben sein.<sup>51</sup> Der Gerichtskommissär nimmt sohin eine Fürsorgefunktion wahr, die unparteiisch auszuüben ist und sich nicht einseitig gegen die Interessen anderer Beteiligten richten darf.<sup>52</sup> Aus dem Gesagten folgt, dass dem Gerichtskommissär im Rahmen seiner Interessenwahrungsfunktion und Aufgabe zur Rechtspflege die Befugnis übertragen ist, gegenüber der Bank ähnlich einem Kunden aufzutreten und Auskunftsansprüche geltend zu machen, als ob der verstorbene Kunde selbst Nachforschungen anstellen würde. Auf dieser Rechtsstellung beruht die stRsp, wonach die Auskunftspflicht gegenüber Abhandlungsgericht und Gerichtskommissär den Auskunftsanspruch des Verstorbenen substituiert und die Bank sich bei einer Anfrage diesen gegenüber so zu ver-

<sup>44</sup> Zu diesem Begriff siehe *Hüttemann/Rawert in Staudinger*, BGB §§ 80–89 Stiftungsrecht (2011) Vorbem zu §§ 80 ff Rz 1. Im Common-Law wird das Verlassenschaftsvermögen hingegen von einem Nachlassverwalter (executor oder administrator) in seinem Eigentum (als Sondervermögen) gehalten, was der Ausgestaltung eines Trust bzw einer nicht rechtsfähigen Stiftung entspricht.

<sup>45</sup> Dritte Personen, die die Verlassenschaft verwahren, haben jede Verfügung über sie zu unterlassen (§ 147 Abs 3 AußStrG).

<sup>46</sup> Diese sind gegeben, wenn die Maßnahme zum außerordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehört, noch keine Erbantrittserklärungen zum gesamten Nachlass abgegeben wurden oder wenn außerordentliche Veräußerungsvorgänge vor der Errichtung eines anstehenden Inventars vorgenommen werden sollen. Die Voraussetzungen sind im Detail nicht klar geregelt, was an dieser Stelle jedoch nicht vertieft werden kann (siehe dazu *Schilchegger/Gruber*, Verlassenschaftsverfahren 92 ff).

<sup>47</sup> *Schilchegger/Gruber*, Verlassenschaftsverfahren 95.

<sup>48</sup> Sie können über den Umweg der Nachlassseparation (§ 812 ABGB) die Inventarisierung erwirken (§ 165 Abs 1 Z 3 AußStrG). *Riss* (ÖBA 2011, 177) weist zutreffend darauf hin, dass sich die dem Abhandlungsgericht und dem Gerichtskommissär geschuldete Auskunft nach deren Informationsbedürfnis richtet, das mit ihren Befugnissen und dem erforderlichen Umfang ihrer Tätigkeit korrespondiert.

<sup>49</sup> In Verlassenschaftssachen hat der Notar als Gerichtskommissär alle im Zuge der Abhandlung erforderlichen Amtshandlungen vorzunehmen (§ 1 Abs 1 Z 1 lit b GKG). Er kann im gesamten Bundesgebiet Erhebungen pflegen und Beweise selbst aufnehmen. Soweit er mit der Wahrheitsermittlung und der Ausforschung von Tatsachen in Verlassenschaftssachen betraut ist, stehen ihm dieselben Auskunftsrechte und Einsichtsbefugnisse wie dem Verlassenschaftsgericht zu (§ 9 Abs 1 GKG). Beweisaufnahmen und Erkundigungen können selbst gegen den Willen der Parteien vorgenommen werden (§ 31 Abs 2 AußStrG).

<sup>50</sup> ÖJZ 2009, 200 ff (204).

<sup>51</sup> *Kodek*, ÖJZ 2009, 203. Eine solche Verantwortung des Gerichtskommissärs für die am Nachlass wirtschaftlich Berechtigten dürfte auch *Peric* (Lebensversicherung an „die Erben“ und Überlassung an Zahlungs statt [§ 154 AußStrG], RdW 2013, 327) anvisieren, wenn er aus der allgemeinen Befugnis des Gerichtskommissärs zur Besorgung der „erforderlichen Amtshandlungen“ im Verlassenschaftsverfahren (§ 1 Abs 1 Z 1 lit b GKG) das Recht eines Versicherungsunternehmens ableitet, eine Ablebensleistung mit schuldbefreiender Wirkung an den Gerichtskommissär auszuzahlen.

<sup>52</sup> *Jabornegg/Strasser/Floretta*, Bankgeheimnis 127.

halten hat, als würde der inzwischen verstorbene Kunde anfragen.<sup>53</sup> Es wird fingiert, dass der Kunde oder sein Rechtsnachfolger anfragt.

Durch die auf der beschriebenen eigenständigen Rechtsgrundlage basierende Auskunftspflicht wird die Gefahr gebannt, dass Gestaltungsversuche des Verstorbenen, Vermögen zum Nachteil von Gläubigern oder Noterben am Nachlass vorbeizuschleusen, dem Gerichtskommissär verborgen bleiben. Die Erkundungsrechte im Verlassenschaftsverfahren lassen sich demnach nicht durch einen (zu Lasten des Nachlasses erklärten) Verzicht des Kunden und späteren Erblassers auf Informationserteilung einschränken.<sup>54</sup> Freilich werden Nachforschungen für zurückliegende Zeiträume bei Banken vom Gerichtskommissär nicht routinemäßig vorzunehmen sein, sondern nur auf Antrag einer dazu legitimierten Partei oder wenn dazu nach der Aktenlage zur Wahrung der Interessen eines Beteiligten ein Anlass besteht (siehe E.6.).<sup>55</sup>

#### d) Vorrang der nachlassbezogenen Vermögensinteressen vor dem bankrechtlichen Geheimnisschutz

Der gerichtsabgeordnete Notar wird seiner Verantwortung als Treuhänder aller Beteiligten nur dann nachkommen können, wenn er auf die Fülle der vorhandenen Bankdaten (Eröffnungsunterlagen, Regelung von Zeichnungsrechten, Kontobewegungen, Überweisungsaufträge, Daten von Überweisungsempfängern, Eingangsbelege, Korrespondenz über die Bekanntgabe von Zugangsdaten und TANs, Abschlüsse saldierter Konten etc) ohne Restriktionen und im selben Umfang wie der Klient der Bank zugreifen kann. Nur eine großzügige Einsicht in alle diese Informationen eröffnet etwa im Interesse eines Pflichtteilsberechtigten die Möglichkeit,

bereits im Verlassenschaftsverfahren alle für die Berechnung wissenswerten Umstände zu erkunden, sodass schon in diesem Stadium einer Verkürzung seiner Beteiligung vorgebeugt werden kann.<sup>56</sup>

Mit *Schilchegger/Gruber*<sup>57</sup> ist aus der Rechtslage (§ 38 Abs 2 Z 3 BWG) und der referierten Rsp sohin der Schluss zu ziehen, dass der Gesetzgeber der Erforschung der materiellen Wahrheit im Verlassenschaftsverfahren den Vorrang vor einem schützenswerten Interesse an der Vertraulichkeit von Bankinformation einräumen wollte; andernfalls wäre es dem Gerichtskommissär verwehrt, die ihm zugewiesenen Aufgaben der Erhebung der Vermögensverhältnisse zur vorbereitenden Absicherung der verschiedensten Rechtspositionen vollständig zu erfüllen. Diese Überlegung wird als durchgängiges Prinzip bei allen Abgrenzungsfragen in Bezug auf formale, verfahrensrechtliche Voraussetzungen für ein Auskunftsverlangen als auch bei der inhaltlichen Bestimmung des Umfangs, in dem es zu erfüllen ist, stets den Ausschlag geben müssen.

#### e) Exkurs: Rechnungslegungsanspruch des Bankkunden

Ersetzt das Auskunftsbegehren des Gerichtsorgans das des Kunden, so muss es grundsätzlich<sup>58</sup> im selben Umfang beantwortet werden. Unbestritten ist, dass die Bank dem Kunden jederzeit zur Mitteilung über den Stand der Konten und alle zurückliegenden Einzelheiten aus der Geschäftsbeziehung verpflichtet ist.<sup>59</sup> Die Beziehung zwischen Bank und Kunde weist keine Besonderheiten oder Unterschiede zu sonstigen Vertragsverhältnissen auf.<sup>60</sup> Der Kontoeröffnungsvertrag ist als Geschäftsbesorgungsvertrag (§§ 1002ff ABGB) zu qualifizieren. Nach den hierzu geltenden allgemeinen Grundsätzen umfasst die dort geschuldete Rechnungslegung eine Verpflichtung zur Auskunft und zur laufenden Benachrichtigung.<sup>61</sup> Selbst wenn die Bank dem Erblasser bereits Auskunft erteilt hat, ist sie diesem oder seinem Rechtsnachfolger gegen Ersatz des Aufwandes zur nochmaligen Information

<sup>53</sup> RIS-Justiz RS0111076; ebenso *Apathy* in *Bankvertragsrecht* I<sup>2</sup> Rz 2/113; *Jabornegg/Strasser/Floretta*, Bankgeheimnis 127.

<sup>54</sup> *Riss*, ÖBA 2011, 176; *Laurer* in *Laurer/Borns/Strobl/M. Schütz/O. Schütz*, Bankwesengesetz<sup>3</sup> § 38 Rz 16. Insofern sind durchaus Fälle denkbar, in denen die Auskunftspflicht gegenüber dem Gericht weitergehend ist als im Vertragsverhältnis zum Rechtsnachfolger des Kunden. Die Entscheidung OGH 30. 6. 2003, 7 Ob 100/03m (ÖBA 2004, 225 = EFSlg 106.775), die das Gegenteil auszudrücken scheint, ist hier nicht relevant. In ihrem Fall war nicht der Umfang einer zu erteilenden Auskunft strittig, sondern vielmehr die Kundeneigenschaft im Zusammenhang mit einer Inhabersparurkunde. Der interessanten Frage, ob der Erblasser durch das Einrichten eines sogenannten „Joint Tenancy-Accounts“ das Auskunftsrecht des Gerichtes beschränken kann, lässt sich an dieser Stelle nicht abschließend nachgehen. Bei dieser aus dem Common-Law stammenden Form von Gesamthand-eigentum wächst das Miteigentum mit dem Tod eines Miteigentümers (Kontomitinhabers) automatisch dem Überlebenden zu („Right of Survivorship“ – siehe dazu *Heiss* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Erbrecht und Vermögensnachfolge § 40 Rz 85). Bankverträge über ein Joint Tenancy-Account unterliegen dem Vertrags- und nicht dem Erbstatut. Meist sehen sie einen ausdrücklichen Ausschluss von Rechten gegenüber den Erben des verstorbenen Mitinhabers vor, was der Erteilung von Auskünften an Rechtsnachfolger entgegenstehen könnte.

<sup>55</sup> Vgl 4 Ob 112/12t.

<sup>56</sup> *Dullinger*, EF-Z 2010, 81 f.

<sup>57</sup> Verschwiegenheitspflichten 115; ebenso *Csoklich*, ÖJZ 2012, 518; *Riss*, ÖBA 2011, 177 (181); *Schinnerer*, Das Bankgeheimnis, JBI 1952, 154. Das Bankgeheimnis kann gesetzliche Auskunftsrechte nur in den Fällen einschränken, die nicht im Ausnahmekatalog des § 38 Abs 2 BWG aufgezählt sind, zB das Auskunftsrecht des Aktionärs in der Hauptversammlung (*Bydlinski/Potyka* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II<sup>5</sup> § 118 Rz 19f).

<sup>58</sup> Da § 38 Abs 2 Z 3 BWG Geschäftsdaten des verstorbenen Kunden wie die anderer Personen gleichermaßen von der Geheimhaltungspflicht befreit, kann die dem Gerichtsorgan geschuldete Auskunft weiter reichen (siehe E.4.).

<sup>59</sup> RIS-Justiz RS0034958; RS0065988; OGH 22. 3. 2001, 4 Ob 36/01z ÖBA 2001, 828.

<sup>60</sup> *Iro* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht I<sup>2</sup> Rz 1/9.

<sup>61</sup> OGH 21. 6. 1967, 6 Ob 167/67 JBI 1968, 371; *Csoklich*, ÖJZ 2012, 517.



verpflichtet.<sup>62</sup> Gleiches gilt für Erben oder Vertreter der Verlassenschaft des Kunden.<sup>63</sup>

Weil sich die Erkundungsmöglichkeiten des Gerichtskommissärs nach dem Umfang der Auskunftsrechte aus der Geschäftsbeziehung richten (bei Behandlung seiner Anfrage wird Kundeneigenschaft fingiert), ist im vorliegenden Zusammenhang die Entscheidung des OGH vom 21. 12. 2011, 9 Ob 39/11t<sup>64</sup> von Interesse. Dort wurde zum Auskunftsanspruch von Erben und Rechtsnachfolgern eine im Vergleich zu früherer Rsp<sup>65</sup> großzügigere Haltung eingenommen. In Abänderung der Entscheidungen der Unterinstanzen hat der OGH einen Informationsanspruch auch in Bezug auf ein schon zu Lebzeiten des Erblassers geschlossenes Wertpapierverrechnungskonto zuerkannt. Nach der spezifischen Gestaltung des Falles dürfte hierbei entscheidungsrelevant gewesen sein, dass ein Sparbuch nachweislich einem Filialleiter der beklagten Bank geschenkt worden war. Das Höchstgericht hielt es daher für erforderlich, im zweiten Rechtsgang zu klären, inwieweit die Beklagte diesbezüglich ihren Sorgfaltspflichten zur Hintanhaltung von Interessenkonflikten nachgekommen ist. Dennoch ist der tragende Gedanke, dass das Informationsbedürfnis von Erben eines Kunden dem Bankgeheimnis nicht nachgereicht werden dürfe, verallgemeinerbar und für die gegenständliche Themenstellung fruchtbar.

Auf die Ansicht von Riss<sup>66</sup>, wonach im Verhältnis zum Nachlass bzw Gesamtrechtsnachfolger des Kunden dann, wenn der aus der Geheimhaltungspflicht begünstigte Überweisungsempfänger Kunde desselben Kreditinstitutes ist wie der Verstorbene, zur Vermeidung einer Pflichtenkollision für die Bank die Offenlegung zu verneinen sei, muss im Hinblick auf die Themenstellung dieses Beitrages nicht näher eingegangen werden. Riss argumentiert im Wesentlichen damit, dass das Bankgeheimnis ein (personenbezogenes) Persönlichkeitsrecht und daher zu respektieren sei, dass es gegenüber Rechtsnachfolgern des verstorbenen Kunden, den Riss als „Geheimnisträger“ bezeichnet, Wirkung entfalte. Eine gesetzliche Grundlage für diese Argumentation ist mE nicht zu erkennen. Sie steht im Widerspruch zur Judikatur<sup>67</sup> sowie zum Grundsatz, dass das durch § 38 Abs 1 BWG geschützte Geheimhaltungsrecht des Kunden nicht höchstpersönlich ist<sup>68</sup> und der Kunde seine Informationsrechte daher uneingeschränkt auf Gesamt-

rechtsnachfolger übertragen kann.<sup>69</sup> Auch ist der verstorbene Kunde selbst nicht an das Bankgeheimnis gebunden (kein Geheimnisträger).

## 2. Auskunft über vor dem Todestag liegende Transaktionsdaten oder eine schon beendete Geschäftsbeziehung

Aus den bisherigen Ergebnissen folgt, dass dem Gerichtskommissär im Verlassenschaftsverfahren auch Zugriff auf Informationen, die vor dem Todestag liegen oder eine schon beendete Geschäftsbeziehung betreffen, zu ermöglichen ist. Stimmen, die dies ablehnen, führen als Begründung an, dass der Zweck des Auskunftsrechtes darauf beschränkt sei, im Interesse der vermutlich zum Zug kommenden Erben den Verlassenschaftsumfang festzustellen. Früheren Geschäftsverhältnissen komme hierfür keine Bedeutung zu.<sup>70</sup> Das überzeugt nicht. Dass das Inventar das Vermögen zum Stichtag des Ablebens abzubilden hat (§ 166 Abs 1 AußStrG), schließt Auskünfte über zurückliegende Verfügungen per se nicht aus.

Zum einen sind die Aufgaben des Gerichtskommissärs und der Umfang seiner Erhebungsbefugnisse nicht auf den Zweck der Errichtung des Vermögensinventars beschränkt (siehe B. und E.1.c). Im Verlassenschaftsverfahren sind auch nicht nur die Interessen der Erben zu schützen. Der Gerichtskommissär muss mit den Befugnissen und Mitteln, die ihm das AußStrG zur Verfügung stellt, und entsprechend seiner daraus resultierenden umfassenden Interessenwahrungspflicht selbst solche Umstände oder Dispositionen hinterfragen und erheben, die der Verstorbene vor seinem Ableben möglicherweise zur Vereitelung der Befriedigung von Noterben oder Gläubigern getroffen haben mag.<sup>71</sup> Dafür wird gegebenenfalls auch die Öffnung schon geschlossener Konten unerlässlich sein. Dem Wortlaut des § 38 Abs 2 Z 3 BWG kann nicht entnommen werden, dass die Bank über ihr bekannte Umstände aus einer schon abgewickelten oder nicht mehr zum Vermögen des Verstorbenen gehörenden Geschäftsbeziehung keine Auskünfte geben dürfe. Entscheidend ist daher, ob die Auskunft für einen Zeitpunkt begehrt wird, zu dem der Verstorbene Kunde der Bank war oder über einen Vermögensbestandteil verfügt hat. In Bezug auf den Rechnungslegungsanspruch des Erben hat die Rsp dies bereits anerkannt.<sup>72</sup> Weil dem Gerichtsorgan infolge der ihm zukommenden Fürsorge- und Rechtspflegfunktion ein vergleichbares Informationsinteresse wie dem Verstor-

<sup>62</sup> Apathy/Koch in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht I<sup>2</sup> Rz 2/42; RIS-Justiz RS0019401.

<sup>63</sup> 1 Ob 609/93.

<sup>64</sup> ÖBA 2012, 326 = EvBl 2012, 514 (Csoklich).

<sup>65</sup> In der Entscheidung 7 Ob 610/95 hatte sich der OGH bei der Abweisung des Begehrens eines Erben auf Erteilung von Auskünften bezüglich anonymer Konten und Wertpapierdepots noch auf die Begründung zurückgezogen, dass für Auskünfte das Bestehen einer zum Todeszeitpunkt bestehenden Geschäftsbeziehung darzutun und dieser Beweis dem Kläger nicht gelungen sei.

<sup>66</sup> Auskunftspflicht 170 ff.

<sup>67</sup> 4 Ob 36/01 z.

<sup>68</sup> Apathy/Koch in Bankvertragsrecht I<sup>2</sup> Rz 2/33.

<sup>69</sup> 1 Ob 609/93.

<sup>70</sup> Klein, Bankgeheimnis 139.

<sup>71</sup> Schilchegger/Gruber, Verschwiegenheitspflichten 110; Riss, ÖBA 2011, 181.

<sup>72</sup> 9 Ob 39/11 t. In diesem Fall hatte der Erbe als Rechtsnachfolger des Bankkunden die Bank gem Art XLII EGZPO (auch) auf Rechnungslegung für ein schon vor dem Todestag geschlossenes Wertpapierverrechnungskonto geklagt. Der OGH hat das Begehren dem Grunde nach anerkannt.

benen zuzusprechen ist (siehe B. und E. 1.c), muss ihm im selben Umfang Einsicht in die Bankunterlagen und Geschäftsdaten einer (früheren) Kontobeziehung gewährt werden.<sup>73</sup>

Zum Zweiten lassen sich aus den Bewegungen eines schon geschlossenen Kontos durchaus Hinweise auf Nachlasswerte gewinnen. Die Kenntnis vergangener Geschäftsfälle kann sich für die Bestimmung des zu inventierenden Vermögensstandes als unmittelbar relevant erweisen (siehe C.).

### 3. Erforderlicher Nachlassbezug des Vermögens

Rsp und Schrifttum vertreten seit jeher die Ansicht, dass das AußStrG und das Prozedere des Abhandlungsverfahrens nicht dazu instrumentalisiert werden dürfen, Auskünfte über Vermögen zu erhalten, das sich nicht dem Vermögensbesitz des Verstorbenen zuordnen lässt.<sup>74</sup> Es müssten zumindest konkrete Anhaltspunkte dafür gegeben sein, dass ein Sparguthaben in den Nachlass fällt, was vor allem durch den Besitz (bzw die Gewahrsame) des Erblassers indiziert werde.<sup>75</sup> In der Entscheidung 7 Ob 100/03m ließ der OGH die sechs Jahre zurückliegende Erwähnung von Spargütern in einem Testament mit dem Hinweis darauf, dass es sich um anonyme Inhaberpapiere handelte, nicht als ausreichendes Indiz für den Bezug zum Nachlassvermögen gelten. In OGH 18. 3. 1997, 1 Ob 2309/96 g<sup>76</sup>, wurde eine mögliche Pflichtwidrigkeit der Bank wegen der Unterlassung einer internen Sperre mit der Begründung verneint, dass bei einem auf Überbringer lautenden (anonymen) Sparbuch eine unbedingte Pflicht zur Auszahlung an den Inhaber besteht und die Bank mangels verlässlicher Kenntnisse der Identität des jeweiligen Berechtigten eine mögliche Zugehörigkeit zum Vermögen des Verstorbenen nicht beurteilen konnte.

Aus den oben unter E.1.d) und E.2. angestellten Erwägungen erscheinen diese Grundsätze insbesondere in jenen Fällen nicht praktikabel, wo Auskunft in Bezug auf solche Vermögenswerte verlangt wird, die nach Kenntnis der Bank zu einem früheren Zeitpunkt klarer-

weise dem Vermögen des verstorbenen Kunden zuzuordnen waren, aber später (etwa erst kurz vor dem Ableben und unter klärungsbedürftigen Umständen) aus dem Vermögen des Verstorbenen ausgeschieden sind.<sup>77</sup> Aufschlüsse darüber, ob, zu welchem Zeitpunkt und zu wessen Gunsten die Verfügungsmacht des Erblassers über ein Sparbuch oder ein Wertpapierdepot aufgegeben wurde, sind für die Erhebung des nachlassbezogenen Vermögens und unter dem Blickwinkel der vom AußStrG gleichermaßen geschützten Ansprüche von Noterben und Gläubigern relevant.<sup>78</sup>

Nicht zu übersehen ist, dass die oben referierten Grundsätze von Rsp und Literatur noch vor dem Hintergrund eines anderen Regulierungsumfeldes für Banken und Kreditinstitute entwickelt wurden, in dem Identifikationspflichten überhaupt gefehlt haben oder weit weniger streng als nach geltendem Recht ausgeprägt waren. Durch die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zum Schutz gegen Geldwäsche wurden den Kreditinstituten seither zur Feststellung der Identität von Kunden und wirtschaftlichen Eigentümern hinter einer Geschäftsbeziehung strenge Sorgfaltspflichten auferlegt (*Know your Customer-Prinzip*).<sup>79</sup> Das muss sich mE auf den Informationszugang des Gerichtskommissärs auswirken. Gerade die Entscheidung 9 Ob 39/11t zeigt auf, dass eine Interdependenz zwischen den erhöhten Sorgfaltspflichten einer Bank und den ihr zumutbaren und möglichen Auskunftspflichten besteht. Es wäre nicht einzusehen, wenn die Kreditinstitute den vertieften Kenntnisstand, den sie über die Zuordnung des von ihnen verwalteten Vermögens sammeln müssen, nicht im Rahmen der abhandlungsbehördlichen Nachforschungen an den Gerichtskommissär weiterzureichen hätten. Auskünfte über frühere Kundenrechte am Vermögen Dritter und die vom Kunden darüber getroffenen Dispositionen, soweit sie der Bank bekannt sind, müssen hier eingeschlossen werden.

Nach geltender Rechtslage gibt es keine anonymen Spareinlagen mehr. Wer ein Sparbuch eröffnet, hat sich in jedem Fall (auch wenn es sich um ein sog Kleinbetragssparbuch mit einem Guthaben von weniger als € 15.000,- handelt) als Kunde zu identifizieren (§ 40 Abs 1 Z 1 BWG). Spararkunden können zwar auf unterschiedliche Bezeichnungen lauten. Wird jedoch ein Name gewählt, muss es sich um den Namen des identifizierten Kunden handeln (§ 31 Abs 1 BWG). Der Unterschied zwischen einem Kleinbetragssparbuch, das nicht auf Namen lautet, einerseits und dem Namenssparbuch oder einem Großbetragssparbuch (das auf Bezeichnung lautet und ein Guthaben von mindestens € 15.000,- aufweist) andererseits besteht bei den Identifizierungspflichten für Erwerber.<sup>80</sup> Beim Namens- oder Großbetragssparbuch darf

<sup>73</sup> 6 Ob 287/08m.

<sup>74</sup> *Schilchegger/Gruber*, Verschwiegenheitspflichten 115; *Riss*, ÖBA 2011, 179; 8 Ob 582/78; RIS-Justiz RS0006367.

<sup>75</sup> StRsp RIS-Justiz RS0006367; RS0107374; 8 Ob 582/78; *Apathy* in *Bankvertragsrecht* I<sup>2</sup> Rz 2/114 mwN. Dass der Name des Erblassers auf ein nicht legitimes Sparkonto lautet, bildet nach der Rsp für sich keinen verlässlichen Hinweis dafür, dass es in den Nachlass fällt (OGH 30. 11. 1983 1 Ob 773/83 NZ 1984, 129). Dem ist allerdings schon *Avancini* (NZ 1985, 24) mit dem Hinweis darauf entgegengetreten, dass für die Prüfung der Nachlasszugehörigkeit bloße Anhaltspunkte genügen würden und daher mit Vermutungen operiert werden müsse. Deshalb – so *Avancini* – liege die Annahme nahe, dass, wer als Inhaber eines (anonymen) Sparbuches dieses mit einem Namen bezeichnet, in der Regel den eigenen nehmen wird (ebenso *Jabornegg/Strasser/Floretta*, Bankgeheimnis 127).

<sup>76</sup> NZ 1998, 120.

<sup>77</sup> *Riss*, ÖBA 2011, 181.

<sup>78</sup> *Schilchegger/Gruber*, Verschwiegenheitspflichten 110.

<sup>79</sup> Vgl die §§ 40, 40a, 40b, 40c, 40d und 41 BWG.

<sup>80</sup> *Apathy* in *Bankvertragsrecht* I<sup>2</sup> Rz 2/115.

nur an den identifizierten Kunden ausbezahlt werden (§ 32 Abs 4 Z 2 BWG). Ist der Präsentant eine andere Person, hat er sich als neuer Kunde zu identifizieren. Hierbei hat sich die Bank durch geeignete Mittel vom rechtmäßigen Erwerb der Sparurkunde zu überzeugen. Wenn Zwischenerwerbe hervorkommen, ist die Kette der Zwischenerwerber nachzuweisen und von der Bank zu dokumentieren. Roth<sup>81</sup> verlangt unter dem Gesichtspunkt des Zweckes der Gesetzgebung gegen die Geldwäsche die Identifikation aller Zwischenerwerber. Nussbaumer<sup>82</sup> will den Nachweis der Titelliste bis zum letzten identifizierten Kunden genügen lassen, was die Bank zwar von den Formalitäten des Identifikationsprozesses (§ 40 Abs 1 BWG) befreit, aber im Hinblick auf die zivilrechtliche Nachverfolgbarkeit der Übertragungskette keinen Unterschied macht. Nach beiden Ansichten wird für die Übertragung jedenfalls die Mitwirkung des identifizierten Kunden erforderlich sein. Beim Kleinbetragssparbuch genügen für die Auszahlung hingegen die Nennung des Lösungswortes und die Identifikation des Vorlegers der Sparurkunde (§ 32 Abs 4 Z 1 BWG). Weitere Nachweise über den Erwerb vom Vormann sind hier nicht gefordert, worin eine Parallele zu den früheren anonymen Sparbüchern erblickt werden kann.<sup>83</sup>

Für das Namensspargbuch und das Großbetragssparbuch bejaht die Lehre<sup>84</sup> die Auskunftspflicht der Bank, wenn der Erblasser als zuletzt identifizierter Kunde aufscheint selbst für den Fall, in dem sich die Sparurkunde zum To-

deszeitpunkt nicht mehr im Besitz des Erblassers befunden hat. Dem ist zuzustimmen. Nun ist aber auch an Fälle zu denken, in denen es noch vor dem Ableben zur Übertragung der Sparurkunde gekommen ist. War die Geschäftsfähigkeit für eine Schenkung nicht mehr gegeben oder ist der Übertrag etwa unter Druck, Irrtum oder Arglist angestrengt worden, so wären die daraus resultierenden Kondiktionsansprüche wohl auch als Aktivpost in das Inventar aufzunehmen und zu bewerten (§ 166 Abs 1, § 167 Abs 1 AußStrG); zumal dann, wenn der Rückforderungsanspruch auf der Hand liegt und nicht ernsthaft bestritten werden kann. Ließe man den Auskunftsanspruch mit der Identifikation des Erwerbers überhaupt wegfallen, wäre es dem Erblasser auch möglich, die Übertragung unter dem Deckmantel des Bankgeheimnisses vorzunehmen und Pflichtteilsrechte zu verkürzen.<sup>85</sup> Aus diesen Gründen wird die Bank daher in Bezug auf den Zeitpunkt, zu dem sich das Sparbuch im Vermögen des Erblassers befunden hat, dessen Kundeneigenschaft bestätigen müssen und auch jene Person, die als Erste vom Verstorbenen die Berechtigung am Sparbuch erworben hat, nennen müssen. Der Erblasser musste wissen, an wen er das Sparbuch übertragen hat. Die Identität des Zuwendungsempfängers war ihm bekannt.<sup>86</sup> Ein Geheimnis, das dem Verstorbenen nicht offenbart werden durfte, liegt nicht vor. Dem Gerichtskommissär ist derselbe Informationsstand zugänglich zu machen (siehe E.1.c).<sup>87</sup> Die weitreichenden Erhebungs- und Nachforschungsrechte des Gerichtskommissärs und der Zweck der Vermögensfeststellung im Verlassenschaftsverfahren zur Hintanhaltung der oben aufgezeigten Gefahren sprechen dafür, zumindest für den Zeitraum, in dem der Verstorbene für die Sparurkunde als Kunde identifiziert war, Auskunft über vorgenommene Transaktionen zu geben. Dazu gehört auch die Identität jener Person, die für den unmittelbaren Anschlussenerwerb vom zuletzt identifizierten Erblasser angegeben wurde und der die Rechte durch rechtsgeschäftliche Übereinkunft mit dem Erblasser übertragen wurden.<sup>88</sup>

Würde man mit Riss<sup>89</sup> die zu den anonymen Sparbüchern ergangene Rsp auf das nicht auf Namen lautende Kleinbetragssparbuch (§ 32 Abs 4 Z 1 BWG) übertragen, so dürfte darüber nur dann Auskunft gegeben werden, wenn es sich entweder zum Todestag noch im Besitz des Erblassers befunden hat oder für kraftlos erklärt wurde. Nach Apathy<sup>90</sup> hat das Kreditinstitut, wenn sich

<sup>81</sup> Die Rechtsnatur des Sparbuchs nach neuem Recht, ÖBA 2001, 301; wohl auch Apathy in Bankvertragsrecht I<sup>2</sup> Rz 2/115.

<sup>82</sup> Die Umsetzung der Geldwäscherichtlinie in Österreich – Zugleich ein Beitrag zur Rechtsnatur des Sparbuchs (2004) 141 f; ähnlich Artmann (in Jahrbuch Bank- und Kapitalmarktrecht 2008, Rechtsfragen des Sparbuchs, insb zur Übertragung und wertpapierrechtlichen Einordnung [2009] 54; dies, Zur Rechtsnatur des Sparbuchs, JBI 2008, 280), nach der die Bank aufgrund der Ausgestaltung als qualifiziertes Legitimationspapier (Rektapapier) hinsichtlich der materiellen Berechtigung des Vorlegenden gutgläubig sein muss (auch unter diesem Aspekt wird sich das Kreditinstitut über die Erwerbsskette vergewissern müssen). Nitsche (Sparbuch: Anonymität und Wertpapiercharakter, ÖBA 2001, 1058 f) setzt sich primär mit der wertpapierrechtlichen Einordnung des Sparbuches auseinander und kommt zum Ergebnis, dass die Bank zur Prüfung der materiellen Legitimation des neuen Kunden nicht verhalten sei. Er begründet dies mit der bankaufsichtsrechtlichen Ratio des § 32 Abs 4 Z 2 BWG und lässt offen, ob eine Sorgfaltspflicht zur Erfassung oder Identifikation von Zwischenerwerbern besteht.

<sup>83</sup> Apathy in Bankvertragsrecht I<sup>2</sup> Rz 2/115.

<sup>84</sup> Apathy in Bankvertragsrecht I<sup>2</sup> Rz 2/115; seiner Ansicht nach ist von bestehender Nachlasszugehörigkeit auszugehen, solange dem Kreditinstitut nicht ein neuer Kunde für Zwecke der Identifikation bekanntgegeben wurde; ebenso Riss (ÖBA 2011, 180), der aus Überlegungen, die sich am Zessionsrecht orientieren, zum selben Ergebnis kommt. Die Bank dürfe den identifizierten Kunden als Inhaber offenlegen, solange ihr der neue materiell Berechtigte nicht bekanntgegeben wurde. Dieser Begründung ist entgegenzuhalten, dass nicht das Vertrauen der Bank in den mit der aufrechten Identifikation geschaffenen Anschein zu schützen ist. Zu prüfen ist vielmehr aus der Sicht des außenstehenden Gerichtsorgans, ob die Vermutung, dass die Sparurkunde in die Verlassenschaft fällt, gerechtfertigt erscheint.

<sup>85</sup> Riss, ÖBA 2011, 181. Die Möglichkeit einer Manifestationsklage nach Art XLII EGZPO kann dagegen nur unzureichenden Rechtsschutz bieten.

<sup>86</sup> Csoklich, ÖJZ 2012, 518.

<sup>87</sup> Die Bank muss über diese Person Bescheid wissen, weil sie ohne Prüfung der Titelliste den neuen Inhaber nicht als Kunden identifizieren dürfte. Dass ein Eingriff in Rechte Dritter oder in deren Bankgeheimnis nicht gegeben sein kann, wird unter E.4. dargelegt.

<sup>88</sup> Vgl 4 Ob 36/01 z.

<sup>89</sup> Riss, ÖBA 2011, 181.

<sup>90</sup> Bankvertragsrecht I<sup>2</sup> Rz 2/115.

ein solches Sparbuch nicht mehr im Nachlass befindet, darüber hinaus zumindest bekanntzugeben, dass der Verstorbene (zu einem früheren Zeitpunkt) als Kunde identifiziert war (nicht aber den Kontostand). Ist das Sparbuch nicht mehr auffindbar, so kann auf Basis dieses Informationsstandes zumindest im Wege einer Verlustmeldung (§ 31 Abs 4 BWG) die Sperre erwirkt oder nach einer Realisierung ein Strafverfahren eingeleitet werden. Aus folgenden Gründen wird die Bank dem Gerichtskommissär aber auch jene Person nennen müssen, die vom Sparbuch in späterer Folge erstmals Abhebungen tätigt: Wenn man *Avancini*<sup>91</sup> folgt, dass bei der Prüfung, ob eine Information der Sphäre des Nachlasses zuzuordnen ist, (bei anonymen Werten) legitimerweise mit Vermutungen operiert werden muss, so ist es gerechtfertigt, *prima vista* von einem Rechtsgeschäft zwischen dem Verstorbenen und dem ersten Präsentanten auszugehen. Diese Vermutung würde nur dann nicht zutreffen, wenn der erste Vorleger seine Berechtigung von einem anonymen Zwischenerwerber ableitet. Solange er diesen nicht offenlegt, erscheint er weniger schutzwürdig als der Nachlass und das mit der Wahrheitsfindung betraute Gerichtsorgan. Aus der Entscheidung 7 Ob 292/06 a wird mE nicht herausgelesen werden können, dass für Zwecke der Kontoöffnung an die Zuordnung eines Kontos oder Sparguthabens zur Verlassenschaft strengere Voraussetzungen zu stellen seien als bei bloßer Saldoauskunft zum Todestag.<sup>92</sup>

#### 4. Schutz der Rechte und des Bankgeheimnisses dritter Personen

Ein weiteres von der Rsp aufgestelltes Prinzip ist, dass durch die Auskunft generell nicht in Rechte Dritter eingegriffen werden dürfe, worunter auch die Rechte von Kontomitinhabern zu verstehen seien.<sup>93</sup> Eine solche Einschränkung lässt sich aber weder aus den einschlägigen Bestimmungen des AußStrG noch aus der Ausnahme vom Bankgeheimnis (§ 38 Abs 2 Z 3 BWG) ableiten.

Die Vorschriften, die das Verlassenschaftsverfahren regeln, nehmen bewusst in Kauf, dass Erhebungsmaßnahmen des Gerichtskommissärs in fremde Rechte abirren und diese in die Abhandlung hineinziehen können. Durch das Öffnen von Schrank- und Schließfächern können Sachen, die im Eigentum Dritter stehen oder die vom Erblasser nur zu treuen Händen verwahrt wurden, in die Sicherungsverwahrung des Gerichtskommissärs gelangen (§ 146 Abs 1, § 147 Abs 2 AußStrG). Während der Verlassenschaft dürfen sie an den Dritten, der ein Recht daran behauptet, nur dann herausgegeben wer-

den, wenn sein Anspruch nicht bestritten oder durch unbedenkliche Urkunden nachgewiesen wird (§ 148 Abs 2 AußStrG). Kann eine Freigabe nicht erfolgen, so hat über die Einbeziehung in ein Inventar das Gericht zu entscheiden, was nur dadurch abgewendet werden kann, dass die Rechte fremder Personen durch die Vorlage glaubwürdiger Unterlagen nachgewiesen werden (§ 166 Abs 2 AußStrG). Soweit auch nur der Anschein einer Nachlasszugehörigkeit besteht, müssen Dritte die Maßnahmen des Gerichtskommissärs hinnehmen und ihre Rechte im Streitweg geltend machen.<sup>94</sup>

Dass beim Zugriff auf Bankinformationen ein anderer Maßstab angelegt werden müsse, ist auch aus der Sicht des Bankgeheimnisses nicht zu rechtfertigen. *Riss*<sup>95</sup> weist zutreffend darauf hin, dass § 38 Abs 2 Z 3 BWG nicht zwischen Geheimnissen des verstorbenen Kunden und solchen anderer Personen unterscheidet. Informationen können daher nicht mit dem Hinweis darauf vorenthalten werden, dass sie unter den Geheimnisschutz zugunsten Dritter fallen würden. Das kann theoretisch dazu führen, dass die dem Gerichtsorgan zu erteilende Auskunft weiter reicht als gegenüber dem Kunden, was im Hinblick auf das selbständige Informationsbedürfnis des Gerichtes auch gerechtfertigt ist. Zu denken ist aber primär an Umstände, die dem Verstorbenen schon bekannt gewesen sein werden, wie zB die Identität Dritter als Empfänger einer Überweisung oder Zuwendung (siehe E.3.), einschließlich der zugrundeliegenden Aufträge bzw Belege; aber eben auch an Transaktionen im Verhältnis zwischen Kontomitinhabern, insbesondere Überweisungen oder Einzahlungen, die andere Mitinhaber tätigten.<sup>96</sup>

Zum selben Ergebnis gelangt man, wenn der Auskunftsanspruch des Gerichtskommissärs als Surrogat für das Informationsrecht des Kunden verstanden wird (siehe E.1.c). Diesem gegenüber lässt sich auch nicht einwenden, dass Bezüge der Kontoverbindung zu Dritten (Überweisungsempfänger, Mitinhaber etc) von der Rechnungslegung auszuschließen seien; zumal der Kunde von diesen Informationen, die seine Vertrags- oder Geschäftspartner betreffen, Kenntnis haben muss und insofern auch keine vertrauliche Information offengelegt wird, die gegenüber einem anderen (aus dem Bankgeheimnis berechtigten) Kunden geschützt werden müsste (kein Tatbestand des § 38 Abs 1 BWG).<sup>97</sup>

<sup>91</sup> *Avancini*, NZ 1985, 24.

<sup>92</sup> Die Aussage des OGH, dass sich der Antrag nur auf Konten beziehen dürfe, deren Zuordnung zweifelsfrei oder aktenkundig sei, ließe sich allerdings in diese Richtung deuten.

<sup>93</sup> RIS-Justiz RS0013541. In 6 Ob 287/08 wurde diesem Erfordernis nach Ansicht des OGH insofern entsprochen, als nur die Übermittlung der den Erblasser betreffenden Belege aufgetragen worden war.

<sup>94</sup> 6 Ob 5/13 y.

<sup>95</sup> Auskunftspflicht 178. Er erwähnt dies in Bezug auf die Zeugnispflicht eines informierten Vertreters (zB des Kundenbetreuers). Die Information kann aber auch schriftlich oder durch die Vorlage von Urkunden gegeben werden.

<sup>96</sup> Die abweichende Ansicht, die in der Entscheidung 6 Ob 287/08 zum Ausdruck kommt, wird von *Riss* (ÖBA 2011, 178) ausdrücklich abgelehnt. *Tschugguel* (iFamZ 2009, 304) weist darauf hin, dass sich das Ausmaß der Nachlasszugehörigkeit von Gemeinschaftskonten nur durch die Einsicht in die Zahlungsbelege klären lässt.

<sup>97</sup> 4 Ob 36/01 z.

Keinesfalls darf die Prüfung der Zugehörigkeit relevanter Information zur Sphäre des Nachlasses der Bank überlassen bleiben. Hat diese eine lange Geschäftsbeziehung zum Kunden unterhalten oder dessen Unternehmen finanziert, so wird ihr die für eine objektive Beurteilung strittiger Zuordnungsfragen<sup>98</sup> notwendige Unvoreingenommenheit abzusprechen sein. Gerade dann, wenn die Bank in die Nachlassplanung des Verstorbenen beratend eingebunden war und um deren Umsetzung bemüht ist, besteht leicht die Gefahr, dass falsche bzw in irreführender Weise unvollständige oder verkürzte Auskünfte gegeben werden, die die Arbeit des Gerichtskommissärs behindern. Der Zweck des aufgetragenen Informationsflusses an das Gericht bzw an den Gerichtskommissär besteht darin, diesen Organen die Prüfung der Nachlasszugehörigkeit zu überlassen. Sofern bei der Zuordnung nicht ein offenkundiger Irrtum vorliegt, hat die Bank die Auskunft zu erteilen.<sup>99</sup> Steht die Zugehörigkeit einer Information zum Nachlass nicht mit einiger Sicherheit fest, so hat die Bank dem Gerichtskommissär in einem ersten Schritt jene Daten und Fakten zur Verfügung zu stellen, die dem Gerichtsorgan eine Vorprüfung ermöglichen. Das angefragte Guthaben muss daher nicht schon in der ersten Anfrage ausreichend individualisiert werden, um eine Auskunft zu erhalten.<sup>100</sup>

## 5. Inhaltliche Anforderungen an den Öffnungsantrag – Unzulässigkeit eines Erkundungsbeweises?

Es ist gefestigte Rsp, dass Auskünfte zu einer Sparurkunde nur dann eingeholt werden dürfen, wenn Anhaltspunkte für ihre Nachlasszugehörigkeit bestehen.<sup>101</sup> In der unter D. referierten Judikatur hat der OGH diesen Rechtssatz zur Kontoöffnung dahingehend weiterentwickelt, dass nur deutliche Hinweise in der Aktenlage, dass eine rückwirkende Kontoinsicht Aufschlüsse über das erblasserische Vermögen zutage fördern könnte, die Öffnung rechtfertigen würden.

Dieser Einschränkung mag die berechtigte Sorge zugrunde liegen, dass Öffnungsanträge bei zu großzügiger Zulassung entweder als schieres Druckmittel (in schikanöser Weise) oder als unverhältnismäßiger Versuch einer Ausforschung auf bloßen Verdacht hin (als „*fishing expedition*“) missbraucht werden könnten. Dennoch ist die

von der Rsp aufgestellte Voraussetzung mE zu streng. Die Mittel und Möglichkeiten, die die Verfahrensordnung dem Gerichtskommissär an die Hand gibt, können durchaus Züge eines Erkundungsbeweises annehmen. Ein Bankschließfach ist im Zuge der Inventarisierung auch dann zu öffnen, wenn vom Antragsteller keine konkreten Angaben über darin enthaltene Werte gemacht werden. Nach gängiger Praxis lassen Gerichtskommissäre auf Antrag (und gegen Ersatz der anfallenden Kosten) über den Verband österreichischer Banken und Bankiers an alle österreichischen Kreditinstitute Anfragen richten, wenn verlässlich abgeklärt werden soll, ob der Verstorbene unbekannte Bankguthaben hatte. Kästen, Safes oder sonstige Schließfächer hat der Gerichtskommissär im Zuge von Erhebungen nach § 145 Abs 2 Z 2, § 146 Abs 1 AußStrG selbst ohne separaten Antrag nach Vermögen zu durchsuchen. Riss<sup>102</sup> erwähnt den Fall, dass vom Kundenbetreuer als Zeuge im Abhandlungsverfahren Hinweise auf noch nicht hervorgekommenes Vermögen zu geben sind. Es wäre daher nicht schlüssig, an die Öffnung von Konten strengere Anforderungen als an die sonstigen Erhebungen zu stellen. Die vom OGH für die Kontoöffnung verlangten Angaben zur Relevanz sollten daher eher einschränkend im Sinne der notwendigen Darstellung des mit dem Antrag verfolgten Rechtsschutzinteresses verstanden werden.<sup>103</sup> Würde man verlangen, dass die aus der Kontoöffnung erhofften Aufschlüsse bereits im Antrag darzustellen seien, so wäre das Instrument praktisch wertlos.<sup>104</sup>

## 6. Antragslegitimation und tätig werden des Gerichtskommissärs

Die Geltendmachung des Auskunftsanspruches obliegt dem Gerichtskommissär. Reichweite und Inhalt der einzuholenden Informationen bestimmen sich nach der rechtlichen Stellung, die den Parteien oder sonstigen Beteiligten des Verlassenschaftsverfahrens eingeräumt ist oder in deren Interesse die Auskunft benötigt wird (siehe oben unter E.1.c). Im Rahmen ihrer geschützten Interessen können Betroffene ein Tätigwerden des Gerichtskommissärs gem § 7 a Abs 2 GKG erzwingen.

Fußend auf dem Recht, die Inventarisierung des Nachlasses zu beantragen (§ 804 ABGB), kommt die stärkste Rechtsstellung dem Noterben zu. Der Erbe, der über die Abgabe einer bedingten Erbantrittserklärung (§ 805 ABGB) die Inventarisierung erwirkt, sowie ein Kurator, der dies ohne weiteres verlangen kann, haben dieselben Rechte (§ 165 Abs 1 Z 1 und 6 AußStrG).<sup>105</sup> Die Bedacht-

<sup>98</sup> Treuhandabreden können durchaus in der Absicht geschlossen worden sein, die Vermögenslage des Verstorbenen zu verschleiern. Ist ein Dritter Kontoinhaber, dem Kreditinstitut aber der Verstorbene als wirtschaftlicher Eigentümer bekannt, hat es diesen offenzulegen (*Laurer in Laurer/Borns/Strobl/M. Schütz/O. Schütz*, Bankwesengesetz<sup>3</sup> § 38 Rz 16; aA Riss, ÖBA 2011, 180).

<sup>99</sup> *Avancini*, NZ 1985, 25; Riss, ÖBA 2011, 180; abweichend 8 Ob 582/78.

<sup>100</sup> Riss, ÖBA 2011, 180; *Avancini*, NZ 1985, 25; *Jabornegg/Strasser/Floretta*, Bankgeheimnis 126f.

<sup>101</sup> Siehe E.3.

<sup>102</sup> Riss, ÖBA 2011, 179.

<sup>103</sup> Riss, ÖBA 2011, 173; dort zur Auskunftspflicht gegenüber den Erben. Zu überlegen ist, im Sinne der Rsp zur Nachlassseparation (§ 812 ABGB – RIS-Justiz RS0013068) hinreichend motivierte, wenn auch subjektiv begründete Hinweise auf mögliche Erkenntnisse aus der Kontoöffnung genügen zu lassen.

<sup>104</sup> Vgl dazu auch 7 Ob 1/13 t.

<sup>105</sup> Riss, ÖBA 2011, 182. In den bislang entschiedenen Fällen wurde die rückwirkende Einschau in Konten immer auf Antrag eines

nahme auf einen Nacherben oder die letztwillige Errichtung einer Privatstiftung löst automatisch die Inventarisierung aus (§ 165 Abs 1 Z 4 AußStrG). In diesen Fällen werden der Nacherbe sowie der bestellte Stiftungsvorstand (§ 8 Abs 2 PSG) bzw der hilfsweise zu bestellende Stiftungskurator (§ 8 Abs 3 PSG) Kontoöffnungen initiieren können, um das von der Nacherbschaft verfangene oder gestiftete Vermögen dem letztwillig verfügbaren Zweck zu sichern.

Antragsrechte von Legataren und Gläubigern müssten sich im Rahmen der ihnen zugestandenen Verfahrensrechte (insbesondere dem Recht auf Nachlassseparation nach § 812 ABGB) halten.<sup>106</sup> Weitere Rechte können sich für Gläubiger aus § 154 AußStrG ergeben.<sup>107</sup>

Nicht ausgeschlossen ist, dass der Gerichtskommissär im Rahmen der ihm anvertrauten allgemeinen Interessenwahrungspflicht auch ohne Antrag eines Beteiligten die Initiative für Erhebungen ergreift und die Öffnung eines Kontos betreibt (§ 31 Abs 2 AußStrG). Von sich aus wird der Gerichtskommissär allerdings nur dann tätig werden müssen, wenn er aufgrund konkreter Hinweise oder des Akteninhaltes annehmen kann, dass auf diese Weise noch nicht bekanntes Nachlassvermögen hervorgerufen werden könnte.

Im Unterschied zum Kunden bzw seinem Rechtsnachfolger muss der Gerichtskommissär zur Durchsetzung seiner Auskunftsansprüche nicht auf Art XLII EGZPO zurückgreifen.<sup>108</sup> Will die Bank einem Auskunftersuchen des Gerichtskommissärs als Eingriff in ihre Rechte entgegenzutreten, müsste sie sich mit einem Abhilfeantrag nach § 7 a GKG dagegen zur Wehr setzen. Erforderlichenfalls wird der Gerichtskommissär selbst einen Gerichtsbeschluss initiieren müssen, um sich einen titulierten Auskunftsauftrag zu beschaffen.

## F. Zusammenfassung der Ergebnisse

Die von der jüngeren Rsp bejahte Möglichkeit der Kontoöffnung im Verlassenschaftsverfahren ist gerade für Pflichtteilsberechtigte ein effektives Mittel, um kostenschonend prozesswichtige (bemessungsrelevante) Informationen zu erlangen. Die Feststellung zurückliegender Geschäftsfälle ergänzt die beweissichernde Funktion der Inventarisierung. Sie kann wertvolle Aufschlüsse über die Vermögenslage des Verstorbenen liefern.

Das Bankgeheimnis kann gegen die Öffnung von Konten nicht ins Treffen geführt werden. § 38 Abs 2 Z 3

Pflichtteilsberechtigten erwirkt. Im Fall 5 Ob 30/10m wurde die Öffnung versagt, weil der gesetzliche Erbe und gleichzeitig Pflichtteilsberechtigte weder eine Erbantrittserklärung abgegeben noch einen Inventarisierungsantrag gestellt hatte. ME müsste die Offenlegung auch zu dem Zweck möglich sein, sich die für eine (mit Haftungsfolgen verbundene) Erbantrittserklärung relevanten Entscheidungsgrundlagen zu beschaffen. Dieses Argument wollte der OGH aber nicht gelten lassen.

<sup>106</sup> Riss, ÖBA 2011, 182.

<sup>107</sup> 7 Ob 292/06 a.

<sup>108</sup> Csoklich, ÖJZ 2012, 517.

BWG versteht sich als umfassende Ausnahmebestimmung ohne inhaltliche, umfangmäßige oder zeitliche Einschränkungen.

Es ist zwischen dem vom Gerichtskommissär im Rahmen seiner Erkundungspflichten wahrzunehmenden Auskunftsanspruch einerseits und den Rechten der Verfahrensparteien (zB von Pflichtteilsberechtigten), Ermittlungsschritte in diese Richtung zu veranlassen, andererseits zu unterscheiden. Die Tatsache, dass der Pflichtteilsberechtigte kein Gesamtrechtsnachfolger ist, steht der Kontoöffnung nicht entgegen.

Mit der Einholung (historischer) Bankinformation macht der Gerichtskommissär ein selbständiges Recht geltend, das auf eigenständiger Rechtsgrundlage beruht. Die Verlassenschaft kann als rechtsfähige selbständige Vermögensstiftung aufgefasst werden. Den Parteien und allen sonstigen Beteiligten des Nachlassverfahrens, wie zB (unbekannten, unvertretenen oder pflegebefohlenen) Erben, Nacherben, Privatstiftung von Todes wegen, Gläubigern, Legataren oder Pflichtteilsberechtigten, kommt eine Art Begünstigtenstellung zu. Sie verbindet ein – je nach ihren Parteienrechten unterschiedlich stark geschütztes – rechtliches Interesse an der richtigen und vollständigen Feststellung des Nachlassvermögens. Aus dem Konzept der ruhenden Verlassenschaft (hereditas iacens) und den weitreichenden Erhebungs- und Sicherungskompetenzen, die dem Gerichtskommissär im Verlassenschaftsverfahren zur Abhandlung und zum Schutz der Interessen aller Beteiligten zugewiesen sind, lässt sich dessen Verpflichtung zur umfassenden und unvoreingenommenen Interessenwahrung ableiten. Darauf gestützt, nimmt der Gerichtskommissär bei der Geltendmachung von Auskunftsansprüchen eine Fürsorgefunktion wahr, die mit der Befugnis korreliert, gegenüber der Bank ähnlich einem Kunden aufzutreten und auch zurückliegende Informationen im selben inhaltlichen und zeitlichen Umfang zu begehren, wie sie vom verstorbenen Kunden angefordert werden könnten.

Der Gesetzgeber hat der Erforschung der materiellen Wahrheit im Verlassenschaftsverfahren den Vorrang vor schützenswerten Interessen an der Vertraulichkeit von Bankinformation eingeräumt. Entsprechend diesem allgemeinen Prinzip und auch deshalb, weil der Auskunftsanspruch des Gerichtskommissärs den Informationsanspruch des Kunden ersetzt (substituiert), kann auch über Geschäftsbeziehungen und Werte Auskunft begehrt werden, die zum Zeitpunkt des Todes bereits beendet waren bzw sich nicht mehr im Vermögen des Verstorbenen befunden haben. Die Auskunft muss in diesen Fällen aber jedenfalls auf solche Umstände und Transaktionen beschränkt bleiben, die sich für den angefragten Zeitraum der Vermögenssphäre des Verstorbenen zuordnen lassen und ihm bekannt sein mussten. Dazu zählt bei schon übertragenen Namens- oder Großbetragssparbüchern die Identität dessen, der unmittelbar vom Erblasser erworben hat. Weil bei der Zuordnung von (quasi) anonymen Werten im Verlassenschaftsverfahren mit Ver-

mutungen operiert werden muss (*Avancini*), ist für vor dem Ableben übertragene Kleinbetragsparbücher mit Losungswort dem Gerichtskommissär von der Bank der zuerst identifizierte Vorleger als wahrscheinlicher Vertragspartner des Verstorbenen zu nennen.

Dem Gerichtskommissär können insbesondere nicht unter Hinweis auf das Bankgeheimnis und Rechte Dritter Informationen vorenthalten werden, von denen der verstorbene Kunde ohnehin Kenntnis haben musste (Erwerber von Sparbüchern, Überweisungsempfänger, Einzahlungen von Kontomitinhabern etc). Darüber hinaus nehmen die Regelungen des Verlassenschaftsverfahrens bewusst in Kauf, dass Erhebungsmaßnahmen des Gerichtskommissärs in fremde Rechte abirren und in die Abhandlung hineingezogen werden. Für den Zugriff auf Bankinformationen gelten keine anderen Maßstäbe. § 38 Abs 2 Z 3 BWG unterscheidet nicht zwischen Geheimnissen des verstorbenen Kunden und solchen anderer Personen. Insofern kann das Auskunftsrecht des Gerichtes bzw Gerichtskommissärs sogar weiter gehen als jenes des Kunden.

Die Prüfung, ob Informationen (auch) der Vermögenssphäre des Kunden zuzuordnen sind, bleibt im Zweifel dem Gerichtskommissär vorbehalten. Die Bank hat ihm alle für diese Prüfung notwendigen Unterlagen zur Verfügung zu stellen.

Wenn die Kontoöffnung aufgrund konkreter Umstände Hinweise auf weiteres Nachlassvermögen verspricht, hat sie der Gerichtskommissär von Amts wegen zu initiieren, ansonsten nur über begründeten Antrag einer Partei. Die vom OGH gestellten Anforderungen an die Angaben zur Relevanz der Einsicht für das mögliche Hervorkommen von Vermögen dürfen nicht überspannt und nur zur Unterbindung missbräuchlicher Anträge (ohne erkennbares Rechtsschutzinteresse) herangezogen werden.

### Über den Autor:

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

NZ 2014/2

## Die Verhängung von Zwangsstrafen gegen verdeckte Kapitalgesellschaften aus unionsrechtlicher Sicht

*Die Pflicht zur Offenlegung des Jahresabschlusses trifft nach dem UGB neben Kapitalgesellschaften nur Personengesellschaften, die unternehmerisch tätig sind und keine natürliche Person als persönlich haftenden Gesellschafter haben. Wenn eine solche „verdeckte Kapitalgesellschaft“ ihre Pflicht zur Offenlegung des Jahresabschlusses verletzt, ist das Zwangsstrafenverfahren nach § 283 UGB einzuleiten. Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der Frage, ob die im UGB angeordnete Rechnungslegungs- und Offenlegungspflicht für verdeckte Kapitalgesellschaften den unionsrechtlichen Vorgaben entspricht.*

Von Martin Weber

### Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Die Judikatur
- C. Lehrmeinungen
- D. Eigene Ansicht

### A. Einleitung

1. In allen EU-Mitgliedstaaten ist die **unternehmensrechtliche Rechnungslegung** durch zwei Richtlinien der (damals) Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) geprägt. Die **vierte** gesellschaftsrechtliche **RL 78/660/EWG** (Bilanzrichtlinie) regelt (ua) die Aufstellung und die Offenlegung des Jahresabschlusses. Die **siebte** gesellschaftsrechtliche **RL 86/635/EWG** (Konzernbilanzrichtlinie) regelt (ua) die Aufstellung und Offenlegung des Konzernabschlusses. Mit diesen beiden RL wurde der Rahmen für die Rechnungslegung in der gesamten EU vereinheitlicht. Die RL gelten für Kapitalgesellschaften (AG, GmbH) und (seit Änderung durch die RL 90/

660/EWG) auch für Personengesellschaften, deren persönlich haftende Gesellschafter Kapitalgesellschaften sind (insb GmbH & Co KG).

2. Mit der **RL 2013/34/EU** vom 26. 6. 2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen wurden die vierte und siebte gesellschaftsrechtliche RL aufgehoben. Diese RL ist am 29. 6. 2013 im ABI der EU veröffentlicht worden und muss bis 20. 7. 2015 in österreichisches Recht umgesetzt werden (mit Anwendung für Geschäftsjahre, die ab 1. 1. 2016 beginnen). Diese RL enthält nunmehr die maßgebenden Vorschriften in Bezug auf die Rechnungslegung von Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften, deren persönlich haftende Gesellschafter Kapitalgesellschaften sind.

3. Nach österreichischem Recht sind Personengesellschaften – abgesehen vom Überschreiten bestimmter Umsatzschwellenwerte (§ 189 Abs 1 Z 2 iVm Abs 2