

12. Jahrgang / April 2017 / Nr. 2

# iFamZ

## Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht

Beratung | Unterbringung | Rechtsfürsorge

Peter Barth | Judit Barth-Richtarz | Susanne Beck | Astrid Deixler-Hübner | Robert Fucik  
Michael Ganner | Christian Kopetzki | Christoph Mondel | Matthias Neumayr  
Felicita Parapatits | Ulrich Pesendorfer | Martin Schauer | Gabriela Thoma-Twaroch

### **Aktuelles**

Neues Erwachsenenschutzrecht beschlossen

### **Grundrechte und Familie**

EuGH präzisiert Voraussetzungen für Kopftuchverbot

### **Kindschaftsrecht**

Clearing, Elternberatung, Mediation im Pflegschaftsverfahren  
Unwirksamkeit des Anerkennnisses eines älteren Vaters

### **Sachwalterrecht, Heimvertrags- und Altenrecht**

Auswahl des Sachwalters – Wünsche der betroffenen Person

### **Ehe- und Partnerschaftsrecht**

Schenkungswiderruf nach Auflösung der Lebensgemeinschaft

### **Erbrecht**

Mediation im Erbrecht – der höfliche Erbkonflikt  
Ermittlung des Pflichtteils im Verlassenschaftsverfahren

### **Internationale Aspekte**

Statistik der Kindesentführungsverfahren mit Österreichbezug

### **Interdisziplinärer Austausch**

„Cafcass“ – Unterstützung der Familiengerichtsbarkeit in England



(Höllwerth in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG, § 33 Rz 38). Die unrichtige Annahme der Präklusionsvoraussetzungen durch das Erstgericht begründe einen Mangel des Verfahrens erster Instanz, der im Rekurs mit Verfahrensrüge geltend zu machen sei. Erkenne das Rekursgericht in einem solchen Fall einen Verfahrensmangel im Sinne der Ergänzungsbedürftigkeit der Tatsachengrundlage, bilde eine allfällige Unrichtigkeit dieser Beurteilung keinen tauglichen Revisionsrekursgrund, sofern die Fehlbeurteilung nicht auf aktenwidriger Grundlage beruhe, nicht zugleich auch eine unrichtige rechtliche Beurteilung vorliege oder die Klärung einer Tatfrage amtswegig, etwa aus Gründen des Kindeswohls, erforderlichlich sei. Lasse das Rekursgericht vom Erstgericht präkludiertes Tatsachenvorbringen oder Beweisanbote zu, könne daraus allein selbst im Fall tatsächlich unzweifelhafter Verfahrensverschleppung kein tauglicher Revisionsrekursgrund abgeleitet werden, sei doch die Anwendung des § 33 Abs 2 AußStrG ohnehin nicht zwingend vorgeschrieben (Höllwerth in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG, § 33 Rz 41).

3.6 Der OGH schließt sich diesen Ausführungen an. Im Ergebnis entspricht die Auffassung Höllwerths auch der ständigen, nicht iZm Verschleppungsabsicht ergangenen oberstgerichtlichen Rsp zu Ergänzungsaufträgen des Rekursgerichts: Auch im Außerstreitverfahren ist der OGH nur Rechts- und nicht Tatsacheninstanz; er kann daher Ergänzungsaufträgen des Rekursgerichts nicht entgegenreten (RIS-Justiz RS0006737 [insb T17]).

3.7 Aus dieser Rechtslage ergibt sich, dass der OGH selbst im Fall, dass Verschleppungsabsicht oder Rechtsmissbrauch vorläge, dies wegen des Ergänzungsauftrags des Rekursgerichts nicht mehr aufgreifen könnte.

§§ 7, 8a, 81a IO; §§ 25 f AußStrG

iFamZ 2017/76

### Unterbrechung des Verlassenschaftsverfahrens bei Insolvenz der Verlassenschaft

OGH 19. 12. 2016, 2 Ob 200/16z

**1. Das Verlassenschaftsverfahren wird durch Eröffnung des Verlassenschaftskonkurses grundsätzlich unterbrochen.**

**2. Ein anhängiges Verfahren zur Ergreifung von Vollstreckungsmaßnahmen für die Durchsetzung auftragener Bankauskünfte ist kein Grund für eine teilweise Verfahrensfortsetzung gem § 26 Abs 3 AußStrG. Durch den Verfahrenszweck geschützte Belange einer Partei oder der Allgemeinheit bleiben von der Insolvenz unberührt, weil es auch Aufgabe des Insolvenzverwalters ist, den Massestand zu ermitteln sowie Aktiven sicherzustellen und einzubringen. Dazu gehört in der Verlassenschaftsinsolvenz die Klärung der Frage des Bestehens von nachlasszugehörigen Wertpapierdepots, Sparbüchern etc.**

Im vorliegenden Verlassenschaftsverfahren stellte die pflichtteilsberechtigten Rechtsmittelwerberin Anträge, gegen eine Bank Vollstreckungsmaßnahmen nach § 79 AußStrG zu ergreifen und von dieser daneben weitere Auskünfte einzuholen.

Das Erstgericht wies (ua) diese Anträge ab, das nur insoweit angerufene Rekursgericht bestätigte diese Entscheidung.

Dagegen richtet sich der außerordentliche Revisionsrekurs.

Nach Vorlage des Akts wurde am 4. 11. 2016 über das Vermögen der Verlassenschaft der Konkurs eröffnet (5 S 139/16z Handelsgericht Wien).

Gem § 8a IO idF GIN 2006, BGBl I 2006/8, gelten die Bestimmungen betreffend Rechtsstreitigkeiten iSd IO sinngemäß auch für Außerstreitverfahren.

Dazu ergingen bislang in erster Linie Entscheidungen des OGH zu außerstreitigen Bestandsverfahren und in Unterhaltsvorschussangelegenheiten (RIS-Justiz RS0105681). Zum Verlassenschafts-

verfahren besteht Judikatur für den Fall des Konkurses des einzigen erbantrittserklärten Erben (RIS-Justiz RS0123119). In 8 Ob 75/07y war die ausgesprochene Unterbrechung des Verlassenschaftsverfahrens durch Konkurseröffnung vom dortigen Revisionsrekurswerber nicht bekämpft worden.

In der Lehre wird bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über die Verlassenschaft selbst vertreten, dass auch in diesem Fall grundsätzlich das Verlassenschaftsverfahren unterbrochen wird (*Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG, § 25 Rz 34 ua mit Verweis auf *Nunner-Krautgasser in Fucik/Konecny/Lovrek/Oberhammer* [Hrsg], Zivilverfahrensrecht. Jahrbuch 2009 [2009] 129; *Konecny in Konecny* [Hrsg], Insolvenz-Forum 2005 [2006] 215 [226]; *Schneider*, Außerstreitverfahren und Konkurs – zum neuen § 8a KO, ZIK 2006/41, 38). Allerdings ist demnach das Verlassenschaftsverfahren nicht einheitlich, sondern besteht aus mehreren Teilverfahren. Daher können ungeachtet eines parallelen Insolvenz-(Konkurs-)Verfahrens gem § 26 Abs 3 Satz 2 AußStrG im Verlassenschaftsverfahren bei Gefährdung von „Belangen einer Partei“ die entsprechend notwendigen Handlungen vorgenommen werden, wie die Bestellung eines Verlassenschaftskurators oder die Entgegennahme von Erbantrittserklärungen (*Konecny in Konecny*, Insolvenz-Forum 2005, 215 [227]; *Schneider*, ZIK 2006/41, 38 [39]).

Ein solcher Ausnahmefall besteht hier aber nicht:

Dem Insolvenzverwalter sind nämlich nach § 81a Abs 2 IO ua die Ermittlung des Standes der Masse und die Einbringung und Sicherstellung der Aktiven vorbehalten. Dazu gehört in der Verlassenschaftsinsolvenz aber auch die Klärung der Frage des Bestehens von nachlasszugehörigen Wertpapierdepots, Sparbüchern etc.

In diesem Umfang, in den auch die hier im Revisionsrekursverfahren relevanten Fragen fallen, ist daher das Verlassenschaftsverfahren durch die Konkurseröffnung gem § 8a (iVm § 7 Abs 1) IO jedenfalls unterbrochen.

Die Akten sind daher dem Erstgericht ohne inhaltliche Entscheidung über das vorgelegte Rechtsmittel zurückzustellen (RIS-Justiz RS0036752; RS0037039).

#### Anmerkung

Dass das Verlassenschaftsverfahren durch die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über die Verlassenschaft unterbrochen wird, ist hL (*Schneider*, ZIK 2006/41, 38 [40]; *Schilchegger/Kieber*, Österreichisches Verlassenschaftsverfahren<sup>2</sup> [2015] 99). Aus § 8a IO iVm § 25 Abs 1 Z 4 AußStrG lässt sich das freilich nicht ableiten. Die Verlassenschaft ist Gegenstand des außerstreitigen Fürsorgeverfahrens und nicht dessen Partei. Der eigentliche Sinn der Unterbrechung, die Prüfung streitgegenständlicher Ansprüche beim Insolvenzverwalter zu konzentrieren, kann sich hier nicht erfüllen. Daher muss einzelfallbezogen geprüft werden, welche Verfahrensschritte parallel zum Insolvenzverfahren weiterhin zulässig bleiben, um verfahrensrelevante Interessen einer Partei oder der Allgemeinheit zu schützen (§ 26 Abs 3 AußStrG). ME hätte das Vollstreckungsverfahren gegen die mit einer Auskunft säumige Bank, das im vorliegenden Fall von einem pflichtteilsberechtigten initiiert worden war, nicht abgebrochen werden dürfen. Die fortgesetzte Vollstreckung hätte die Befugnisse des Insolvenzverwalters nicht beschnitten. Die Unterbrechung führt nur dazu, dass der Insolvenzverwalter den bereits titulierten Auskunftsauftrag des Außerstreitgerichts im streitigen Verfahren neuerlich erwirken muss und dadurch weitere Massekosten anfallen.

Alexander Hofmann

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

# IFAMZ-JAHRESABO

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



## BESTELLEN SIE JETZT IHR JAHRESABO

Ja, ich bestelle  Exemplare

**iFamZ-Jahresabo 2018 inkl. Onlinezugang und App**

(13. Jahrgang 2018, Heft 1-6)

**EUR 123,-**

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

Name/Firma  Kundennummer

Straße/Hausnummer

PLZ/Ort  E-Mail

Telefon (Fax)  Newsletter:  ja  nein

Datum/Unterschrift

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

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