

# TE OGH 2022/10/25 2Ob157/22k

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 25.10.2022

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Senatspräsidentin Dr. Grohmann als Vorsitzende sowie die Hofräte Dr. Nowotny, Hon.-Prof. PD Dr. Rassi, MMag. Sloboda und Dr. Kikinger als weitere Richter in der Verlassenschaftssache nach dem am \* 2018 verstorbenen J\*, wegen Feststellung des Erbrechts zwischen 1. M\*, vertreten durch WAGNER VIRTBAUER Rechtsanwälte GmbH in Schärding, und 2. A\*, vertreten durch KSPP Sparlinek Piermayr Prossliner Rechtsanwälte OG in Linz, über den außerordentlichen Revisionsrekurs der Zweitantragstellerin gegen den Beschluss des Landesgerichts Ried im Innkreis als Rekursgericht vom 6. Juli 2022, GZ 18 R 14/22x-115, mit dem ihr Rekurs gegen den Beschluss des Bezirksgerichts Schärding vom 10. Februar 2022, GZ 1 A 55/19b-95, zurückgewiesen wurde, den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Die angefochtene Entscheidung wird dahin abgeändert, dass die Anträge der Erstantragstellerin auf Feststellung ihres rechtlichen Interesses an bestimmten Urkunden abgewiesen werden.

Im Übrigen werden die Entscheidungen der Vorinstanzen aufgehoben. Dem Erstgericht wird insoweit eine neue Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufgetragen.

Die Kosten des Revisionsrekursverfahrens bilden weitere Verfahrenskosten.

## Text

Begründung:

[1] Im Verfahren über das Erbrecht des 2018 verstorbenen Erblassers ist zwischen den Antragstellerinnen, den Schwestern des Erblassers, die Echtheit seiner Unterschrift auf einem handschriftlich verfassten Testament, das eine Einsetzung der Zweitantragstellerin zur Alleinerbin enthält, strittig.

[2] Am 8. 2. 2022 beantragte die Erstantragstellerin (1.) festzustellen, dass sie ein rechtliches Interesse an näher genannten Urkunden habe, die sich bei bestimmten Kreditinstituten, der SVS, sowie Behörden im In- und Ausland befänden, und (2.) festzulegen, dass diese verpflichtet seien, die Originalurkunden binnen 14 Tagen dem Erstgericht zur Verfügung zu stellen. Diese Urkunden seien zur Beurteilung der Echtheit des Testaments erforderlich.

[3] Das Erstgericht stellte – ohne die Zweitantragstellerin oder die (behaupteten) Urkundeninhaber einzuvernehmen – fest, die Erstantragstellerin habe ein rechtliches Interesse an den genannten Urkunden, diese seien ihr von den jeweiligen Institutionen binnen 14 Tagen zur Verfügung zu stellen. Rechtlich führte es aus, im

Verlassenschaftsverfahren sei die Echtheit der Unterschrift des Erblassers entscheidungswesentlich. Die genannten Institutionen würden daher ersucht bzw aufgefordert, die Urkunden der Erstantragstellerin binnen 14 Tagen im Original auszufolgen.

[4] Das Rekursgericht wies einen Rekurs der Zweitantragstellerin zurück und sprach aus, der Revisionsrekurs sei nicht zulässig. Soweit der angefochtene Beschluss eine Urkundenvorlage von Behörden (§ 301 ZPO) betreffe, sei dieser gemäß § 35 AußStrG iVm § 319 Abs 1 ZPO nicht anfechtbar. Ein anfechtbarer Beschluss nach § 308 ZPO iVm § 35 AußStrG liege mangels Auftrags an die Urkundeninhaber, die Urkunden vorzulegen, nicht vor. Die „Feststellung eines rechtlichen Interesses“ an bestimmten Urkunden sei zwar nicht Gegenstand einer gesonderten Beschlussfassung. Allerdings liege keine anfechtbare Entscheidung über die Sache iSd § 45 AußStrG vor.

[5] Gegen diese Entscheidung richtet sich der außerordentliche Revisionsrekurs der Zweitantragstellerin mit dem Antrag, den Beschluss des Rekursgerichts aufzuheben und diesem eine Entscheidung in der Sache unter Abstandnahme vom gebrauchten Zurückweisungsgrund aufzutragen, in eventu ihn im Sinne einer Abweisung der Anträge der Erstantragstellerin oder einer Aufhebung der Entscheidung des Erstgerichts und Zurückverweisung zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung abzuändern.

[6] Der Revisionsrekurs ist zulässig, weil dem Rekursgericht bei Beurteilung der Anfechtbarkeit des Beschlusses des Erstgerichts eine aufzugreifende Fehlbeurteilung unterlaufen ist. Er ist auch im Sinne einer teilweisen Abänderung und teilweisen Aufhebung berechtigt.

[7] Die Zweitantragstellerin argumentiert ein „Zwischenfeststellungsbeschluss“ über das rechtliche Interesse an bestimmten Urkunden sei nicht bloß verfahrensleitend und überdies im Gesetz nicht vorgesehen. Der angefochtene Beschluss des Erstgerichts enthalte darüber hinaus auch einen Leistungsbefehl an Dritte und verpflichte diese zur Urkundenausfolgung an die Erstantragstellerin und nicht – wie gesetzlich vorgesehen – an das Gericht. Es werde daher sowohl in ihre Rechtsstellung als Verfahrenspartei als auch die Rechtssphäre der Urkundeninhaber eingegriffen. Der Beschluss des Erstgerichts lasse die materiellen und formellen Voraussetzungen nach § 308 ZPO iVm § 35 AußStrG gänzlich außer Acht und sei nichtig, weil er keine tragfähige Begründung enthalte und sie nicht gehört worden sei.

Dazu hat der erkennende Fachsenat erwogen:

### **Rechtliche Beurteilung**

[8] 1. Eine Rückleitung zur Nachholung des gemäß § 59 Abs 1 und Abs 2 AußStrG auch in Verlassenschaftsverfahren grundsätzlich vorzunehmenden, aber unterbliebenen Bewertungsausspruchs (vgl RS0122922) ist aufgrund des Vorhandenseins von 30.000 EUR eindeutig übersteigenden Aktiva entbehrlich (vgl RS0007073 [T10]).

[9] 2. Der Beschluss des Erstgerichts stellt einerseits das rechtliche Interesse der Erstantragstellerin an bestimmten Urkunden und andererseits fest, diese seien ihr binnen 14 Tagen von den jeweiligen Urkundeninhabern im Original auszufolgen.

### **3. Anfechtbarkeit**

[10] 3.1 Gemäß § 45 Satz 2 AußStrG sind verfahrensleitende Beschlüsse, soweit nicht ihre selbstständige Anfechtbarkeit angeordnet ist, nur mit Rekurs gegen die Entscheidung über die Sache anfechtbar. Solche Beschlüsse sind der Stoffsammlung dienende Verfügungen und sonstige den Verfahrensablauf betreffende Maßnahmen. Sie dienen der zweckmäßigen Gestaltung des Verfahrens und haben kein vom Verfahren losgelöstes Eigenleben; das Gericht ist jederzeit in der Lage, sie abzuändern und einer geänderten Situation anzupassen (2 Ob 160/20y Rz 12 mwN). Der Grund für den Ausschluss der selbstständigen Anfechtbarkeit liegt darin, dass sie (noch) nicht in die Rechtsstellung der Parteien eingreifen (RS0129692).

### **3.2 Feststellung des rechtlichen Interesses an bestimmten Urkunden**

[11] Es ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass es im Verlassenschaftsverfahren auch vor der Einantwortung selbstständig anfechtbare Beschlüsse gibt (vgl 2 Ob 160/20y Rz 11 mwN). Allein der Umstand, dass kein Beschluss „über die Sache“ vorliegt, führt daher noch nicht zum Anfechtungsausschluss. Maßgeblich ist, ob in die Rechtsstellung

der Parteien eingegriffen wird. Die selbstständige, spruchmäßige Feststellung, die Erstantragstellerin habe ein rechtliches Interesse an bestimmten Urkunden, berührt die Rechtsstellung der Zweitantragstellerin, weil diese an diesen Ausspruch gebunden wäre.

### 3.3 Urkundenausfolgung

[12] Entgegen der Ansicht des Rekursgerichts ergibt sich – insbesondere unter Berücksichtigung der Begründung – aus dem Spruch des erstgerichtlichen Beschlusses nicht bloß die „Feststellung“ einer Herausgabepflicht. Der erkennbare Entscheidungswille des Erstgerichts war vielmehr darauf gerichtet, den Urkundeninhabern aufzutragen, die Urkunden an die Erstantragstellerin auszufolgen. Dies wird vor allem durch die Aufnahme einer Leistungsfrist deutlich, die bei einer bloßen „Feststellung“ entbehrlich wäre.

[13] Zwar sind Entscheidungen über Beweisanträge grundsätzlich als verfahrensleitend anzusehen (RS0120910). Allerdings sind gemäß § 35 AußStrG die §§ 301, 308, 319 ZPO und die darin enthaltenen Sondervorschriften, auch über die Anfechtbarkeit von Beschlüssen im Zusammenhang mit dem Urkundenbeweis anwendbar (vgl. Höllwerth in Gitschthaler/Höllwerth AußStrG I<sup>2</sup> § 35 Rz 6).

[14] Der Beschluss des Erstgerichts betrifft nun einerseits Urkunden bei öffentlichen Behörden und andererseits solche, die sich in der Hand Dritter (Kreditinstitute) befinden.

[15] Beschlüsse, mit denen Dritte zur Urkundenvorlage verpflichtet werden, sind § 308 ZPO zu unterstellen und daher jedenfalls selbstständig anfechtbar (§ 319 ZPO e contrario: Kodek in Fasching/Konecny<sup>3</sup> III/1 § 308 ZPO Rz 15).

[16] Zwar ist gegen einen Beschluss nach § 301 ZPO ein Rechtsmittel unzulässig (§ 319 Abs 1 ZPO). Ein solcher Beschluss liegt aber auch in Bezug auf jene Urkunden, die sich bei Behörden befinden nicht vor, weil – entgegen § 301 ZPO (vgl. Wilfinger in Spitzer/Wilfinger, Beweisrecht § 301 ZPO Rz 6) – einerseits ein Leistungsbefehl erlassen und andererseits eine Ausfolgung an die Erstantragstellerin und nicht an das Gericht angeordnet wird.

[17] 3.4 Zusammengefasst ist daher dem Revisionsrekurs zuzustimmen, dass insgesamt ein anfechtbarer Beschluss des Erstgerichts vorliegt und die Zurückweisung des Rekurses durch das Rekursgericht verfehlt war.

[18] 4. Hat das Rekursgericht einen Rekurs als unzulässig zurückgewiesen, ist es dem Obersten Gerichtshof verwehrt, anlässlich der Entscheidung über diesen – seiner Ansicht nach verfehlten – Zurückweisungsbeschluss gleich in der Sache selbst zu erkennen (vgl. RS0007037). Dies gilt auch im Außerstreitverfahren (RS0007037 [T17]). Nimmt das Gericht jedoch eine Sachprüfung vor, obgleich es zunächst seine Entscheidungsbefugnis verneint, so ist ein solcher Beschluss als Sachentscheidung anzusehen; der formale Teil ist dann unbeachtlich (RS0044232). Der Oberste Gerichtshof ist in einem solchen Fall befugt, den Revisionsrekurs in der Sache zu prüfen (2 Ob 53/19m Pkt 2.8.).

[19] Das Rekursgericht hat zwar den Rekurs der Zweitantragstellerin zurückgewiesen, sich aber auch inhaltlich mit den Rekursargumenten auseinandergesetzt, sodass eine meritorische Behandlung des Revisionsrekurses geboten ist.

### 5. Feststellung des rechtlichen Interesses an bestimmten Urkunden

[20] 5.1 Zwar handelt es sich beim Antrag der Erstantragstellerin insoweit nicht um einen im Außerstreitverfahren – abgesehen von § 37 Abs 3 Z 11 MRG – nicht vorgesehenen Zwischenantrag auf Feststellung (vgl. RS0124917 [T1]), weil es bei einem solchen um die gesonderte Feststellung eines für die Hauptfrage präjudiziellen Rechts oder Rechtsverhältnisses geht. Der vorliegende Antrag betrifft aber nur Beweisfragen und nicht ein für die Hauptfrage präjudizielles Recht oder Rechtsverhältnis. Der „Feststellungsbeschluss“ ist daher nicht schon deshalb unzulässig, weil im AußStrG kein „Zwischenfeststellungsbeschluss“ iSd § 236 ZPO vorgesehen ist.

[21] Ein (selbstständiges) Feststellungsbegehren ist im Außerstreitverfahren aber nur möglich, wenn dies „in der materiellen Rechtslage angelegt ist“ (RS0131000). Dies trifft auf einen verfahrensrechtlichen Antrag im Zuge des Beweisverfahrens, das rechtliche Interesse an bestimmten Urkunden festzustellen, nicht zu.

[22] Der Beschluss des Rekursgerichts war daher in Stattgebung des Revisionsrekurses dahin abzuändern, dass die Anträge der Erstantragstellerin, ihr rechtliches Interesse an bestimmten Urkunden festzustellen, mangels Rechtsgrundlage abgewiesen werden.

### 6. Urkundenvorlage

[23] 6.1 Urkunden, die sich bei einer öffentlichen Behörde befinden, und die der Beweisführer selbst nicht vorzulegen vermag, können vom Gericht auf Antrag nach § 301 ZPO beigeschafft werden. Die Beischaffung einer solchen Urkunde ist vorrangig von der beweisführenden Partei zu veranlassen. Die Beischaffung durch das Gericht kommt – mangels Geltung des Untersuchungsgrundsatzes im Verfahren über das Erbrecht (vgl 2 Ob 219/20z) – nur dann in Frage, wenn sie sich die beweisführende Partei „nach den bestehenden gesetzlichen Vorschriften ohne Mitwirkung des Gerichts nicht zu verschaffen vermag, oder wenn ihr deren Ausfolgung von der Behörde oder dem Notar in ungerechtfertigter Weise verweigert wurde“. Diese Voraussetzungen hat der Beweisführer in einem auf § 301 gestützten Antrag zu behaupten und zu bescheinigen (Höllwerth aaO § 31 Rz 41; Rechberger/Klicka in Rechberger/Klicka, ZPO 5 § 301 ZPO Rz 1 ff; Wilfinger in Spitzer/Wilfinger, Beweisrecht § 301 ZPO Rz 2). Behörden dürfen daher lediglich um Übermittlung an das Gericht ersucht werden, wenn die Partei die unmittelbare Ausfolgung nicht erreicht. Ein Leistungsbefehl darf aber nicht geschaffen werden (Kodek in Fasching/Konecny<sup>3</sup> III/1 § 301 ZPO Rz 2, 4). Eine vorangehende Einvernahme der Parteien ist nicht zwingend (Kodek aaO Rz 21).

[24] 6.2 Gemäß § 308 Abs 1 ZPO kann, wenn sich eine zur Beweisführung notwendige Urkunde in der Hand eines Dritten befindet, welcher nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes oder deshalb zur Herausgabe und Vorlage der Urkunde verpflichtet ist, weil dieselbe ihrem Inhalt nach eine für den Beweisführer und den Dritten gemeinschaftliche Urkunde ist (§ 304 ZPO), letzterem auf Antrag des Beweisführers vom Prozessgericht durch Beschluss aufgetragen werden, die Urkunde innerhalb einer ihm zugleich zu bestimmenden Frist auf Kosten des Beweisführers beim Prozessgericht zum Zweck der Verwendung in der mündlichen Verhandlung vorzulegen.

[25] Dritte trifft nur dann eine Vorlagepflicht, wenn der Dritte nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zur Vorlage verpflichtet ist oder wenn die Urkunde ihrem Inhalt nach für den Beweisführer und den Dritten eine gemeinschaftliche ist.

[26] Nach § 304 Abs 2 ZPO gilt eine Urkunde als gemeinschaftlich insbesondere für jene Personen, in deren Interesse sie errichtet ist oder deren gegenseitige Rechtsverhältnisse darin beurkundet sind. Nach der ersten Alternative muss die Urkunde jedenfalls auch im Interesse des deren Vorlage Verlangenden geschaffen worden sein. Ausschlaggebend dafür ist, ob die Urkunde dem ihre Vorlage Begehrenden als Beweismittel dienen oder seine rechtlichen Beziehungen auf andere Weise sichern, klären oder auf sie fördernd einwirken soll. Ob sie diese Funktion erfüllt, hängt vom Zweck der Urkundenerrichtung ab (RS0035021). Liegt nicht dieser Regelfall vor, in dem der Anspruchsteller und der Urkundenbesitzer durch das beurkundete Rechtsverhältnis verbunden sind, kommt es nach der zweiten Alternative des § 304 Abs 2 ZPO für die Beurteilung der Gemeinschaftlichkeit einer Urkunde nicht auf deren Zweck, sondern allein auf deren Inhalt an (RS0035021 [T4]). In solchen Fällen genügt es, wenn der beurkundete Vorgang mit dem Rechtsverhältnis, an dem der die Vorlage Begehrende beteiligt ist, – objektiv betrachtet – in einer unmittelbaren rechtlichen Beziehung steht. Bei Fehlen einer Verbindung des Anspruchstellers und des Urkundenbesitzers durch ein ihnen gemeinsames Rechtsverhältnis ist somit die Frage nach der Gemeinschaftlichkeit einer Urkunde nach deren Inhalt zu lösen. Dazu reicht es aus, dass die Urkunde eine objektive und unmittelbare Beziehung zu dem Rechtsverhältnis aufweist, an dem der die Vorlegung Begehrende beteiligt ist (5 Ob 225/08m Pkt 2. mwN).

[27] Der Gegner und der Dritte sind jedenfalls zu hören (Wilfinger aaO § 308 ZPO Rz 3).

[28] Voraussetzung für die Erlassung eines Vorlageauftrags ist daher zusammengefasst, dass das Bestehen einer materiellen Vorlagepflicht oder das Vorliegen einer gemeinschaftlichen Urkunde sowie die Gewahrsame des Gegners an der Urkunde bescheinigt sind (Kodek aaO § 308 ZPO Rz 13).

[29] 6.3 Zwar hatte die Zweitantragstellerin ohnehin Gelegenheit, ihren Rechtsstandpunkt und damit die Relevanz der Verletzung ihres rechtlichen Gehörs im Rahmen des Verfahrens nach § 308 ZPO iVm § 35 AußStrG im Rechtsmittelverfahren darzulegen (RS0006057 [T11]; RS0123810), sodass eine Sacherledigung möglich wäre. Auch die Verletzung des rechtlichen Gehörs der bisher nicht ins Verfahren eingebundenen Urkundeninhaber iSd § 308 ZPO wäre saniert, wenn sie kein Rechtsmittel ergreifen (RS0123810 [T1]). Eine Zustellung des Beschlusses des Erstgerichts an diese ist aber in der vorliegenden Konstellation entbehrlich, weil die Erstantragstellerin bisher kein ausreichendes Vorbringen zu den oben dargelegten Voraussetzungen der Urkundenvorlage nach §§ 301, 308 ZPO erstattet hat und ihr daher zur Vermeidung einer Überraschungsentscheidung Gelegenheit zu bieten ist, ihr Vorbringen zu verbessern (vgl 2 Ob 174/19f Pkt 2.1. mwN). Die Entscheidungen der Vorinstanzen sind daher schon deshalb aufzuheben (vgl RS0037300 [T21, T55]).

[30] 6.4 Abschließend wird darauf hingewiesen, dass im Verfahren über das Erbrecht der Untersuchungsgrundsatz zwar nicht gilt, sondern das Abhandlungsgericht im Rahmen des Vorbringens der Parteien und ihrer Beweisanbote zu entscheiden hat (2 Ob 219/20z), sodass das aus dem Untersuchungsgrundsatz abgeleitete Beweisaufnahmeermessen des § 31 Abs 2 AußStrG (RS0006319) nicht (uneingeschränkt) gilt. Dennoch hat das Erstgericht – wie im insoweit vergleichbaren Zivilprozess – auch die Möglichkeit, von Amts wegen von den Parteien als relevant erachtete Urkunden in den Grenzen der §§ 301, 308 ZPO beizuschaffen (vgl Rassi in Fasching/Konecny<sup>3</sup> II/3 § 183 ZPO Rz 13).

[31] 7. Der Kostenvorbehalt betreffend den vorliegenden Zwischenstreit (vgl in Bezug auf§ 308 ZPO: Rechberger/Klicka in Rechberger/Klicka, ZPO5 § 308 Rz 5) stützt sich auf § 78 Abs 1 zweiter Satz iVm § 185 AußStrG.

**Textnummer**

E136644

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2022:0020OB00157.22K.1025.000

**Im RIS seit**

01.12.2022

**Zuletzt aktualisiert am**

01.12.2022

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

© 2026 JUSLINE

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

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