

klärung über den Wert der Verlassenschaft hinaus haftet (OGH 28. 6. 1988, 1 Ob 21/88). Darüber hinaus hätte der Notar wohl auch die Alternative der bedingten Erbantrittserklärung erklären sollen und diese im Verfahren empfehlen müssen (siehe auch *Völk/Völk*, Beraterhaftung² (2014) Rz 7/253).

3. Fraglich ist, wie weit die Haftung des Notars reichen kann. Der Notar schuldet jedenfalls eine umfassende Rechtsbelehrung, die auch steuerrechtliche Fragen sowie wirtschaftliche Auswirkungen umfasst (Godl, Notarhaftung im Vergleich [2001] 30; OGH 11. 6. 1969, 5 Ob 139/69). Grenzen der Rechtsbelehrung finden sich insb in der Verpflichtung der unabhängigen und unparteiischen Amtsausübung. Es besteht somit keine Berechtigung oder gar Pflicht, auf Willensentschlüsse oder Willensänderungen der Parteien einzuwirken (Godl, Notarhaftung im Vergleich [2001] 32).

4. Eine schriftliche vom Mandanten zu unterzeichnende Ausfertigung der Rechtsbelehrung hinsichtlich der Haftungsfragen bei bedingter und unbedingter Erbantrittserklärung ist ratsam, um einerseits dem Erben die Bedeutung seiner Erbantrittserklärung vor Augen zu führen und andererseits den Notar vor Haftungsansprüchen zu sichern. Im Rahmen der Rechtsbelehrung sollte zum einen die Haftung der Erben für die Erblasser-, Erbfall- und Erbgangsschulden erläutert werden. Zum anderen sollten die verschiedenen Folgen einer bedingten und unbedingten Erbantrittserklärung, der Nichtbeteiligungserklärung und der Erbsausschlagung erläutert werden.

Lukas Till

NZ 2015/85

§§ 810, 816 ABGB

Widerruf der Befugnisse des verwaltenden Testamentsvollstreckers

Die einem Testamentsvollstrecker testamentarisch eingeräumten Verwaltungsbefugnisse können von den Erben gemeinschaftlich frei widerrufen werden.

OGH 23. 12. 2014, 1 Ob 233/14 t (LGZ 29. 9. 2014, 45 R /14 z; BG Innere Stadt Wien 16. 1. 2014, 84 A 28/10 i)

Zurückweisung ao Revisionsrekurs

Sachverhalt:

Die Erblasserin setzte in ihrem Testament vier Verwandte (Nichten und Neffen) zu unterschiedlichen Anteilen zu Erben ihres – vor allem aus Liegenschaften und Liegenschaftsanteilen bestehenden – Vermögens ein, erteilte diesen bestimmte Auflagen und verteilte weiteres Vermögen in Form von Legaten. Abgesehen von den im Testament im Einzelnen bezeichneten Vermögenswerten erklärte sie in Punkt XIII ihr „restliches

Vermögen“ drei Erben zusätzlich zu ihren Erbteilen zu gleichen Teilen mit der Auflage zu vermachen, dieses Vermögen für die Erhaltung der Gebäude auf einer bestimmten Liegenschaft zu verwenden, an denen diesen Erben Anteile zufallen sollten. In diesem Zusammenhang verfügte sie weiters: *„Die Geldmittel sind fruchtbringend anzulegen. Dies und ihre Verwahrung steht ausschließlich dem Testamentsvollstrecker und seinen Nachfolgern zu. Die widmungsgemäße Verwendung hat der Testamentsvollstrecker als weitere Aufgabe auch nach Ende seines Amtes zu überwachen und nach ihm seine Nachfolger.“* Schließlich ordnete sie an, dass *„die Nichterfüllung dieser Auflage“* bewirke, dass die Auflageverpflichteten der Zuwendung dieses einer kirchlichen Institution zufallen solle. In Punkt XV der letztwilligen Verfügung berief die Erblasserin den nunmehrigen AntrG zum Testamentsvollstrecker und ordnete im Einzelnen Folgendes an: *„Zusätzlich zu den gesetzlichen Aufgaben kommen ihm die in diesem Testament erweiterten Aufgaben und Rechte zu und zwar auch über die Einantwortung hinaus. Der Testamentsvollstrecker und seine Rechtsnachfolger sind insbesondere berechtigt und verpflichtet, die Einhaltung aller Auflagen und sonstigen Verpflichtungen [...] zu überwachen. Die Bestellung [...] zum Testamentsvollstrecker [...] wird durch eine allfällige Niederlegung seiner Rechtsanwaltschaft nicht berührt. Er ist ausdrücklich ermächtigt, an seiner Stelle einen Nachfolger als Testamentsvollstrecker zu benennen [...]“*

Im Zuge des Verlassenschaftsverfahrens beantragten alle vier Erben übereinstimmend, dem Antragsgegner das zur Verwaltung übergebene „restliche Vermögen“ zu entziehen und seine Bestellung für unwirksam zu erklären oder ihn mit sofortiger Wirkung zu entheben.

Das ErstG sprach aus, dass der AntrG als Testamentsvollstrecker von seinen Verwaltungsaufgaben enthoben werde, und verwies darauf, dass ein Testamentsvollstrecker nicht nur aus wichtigen Gründen gerichtlich abberufen, sondern unabhängig davon auch von den gemeinsam agierenden Erben von seinen Verwaltungsfunktionen enthoben werden könne.

Das RekG bestätigte diese Entscheidung mit der Maßgabe, dass festgestellt werde, dass der Testamentsvollstrecker von den ihm nach der letztwilligen Verfügung zukommenden Verwaltungsbefugnissen zufolge Widerrufs aller erbantrittserklärten Erben enthoben sei; es erklärte den oRevRek für zulässig. Es sei zwar richtig, dass einer freien Widerrufbarkeit der Stellung des verwaltenden Testamentsvollstreckers in der Fachliteratur entgegengetreten werde. Der OGH sei aber auch im gegenständlichen Verfahren der mit der E 2 Ob 1/08y eröffneten Judikaturlinie gefolgt, wonach die Erben die dem Testamentsvollstrecker nach dem Willen des Erblassers zukommenden Verwaltungsfunktionen – nicht aber sein Amt schlechthin – entziehen könnten. Er könne daher von – wie hier – gemeinsam agierenden

Miterben von seinen Verwaltungsaufgaben enthoben werden, wenn der Erblasser in seiner letztwilligen Verfügung hierzu nichts Gegenteiliges angeordnet habe. Dem Testament sei nicht zu entnehmen, dass die Erblasserin gegenüber den Erbeingesetzten angeordnet hätte, auf das Widerspruchsrecht (richtig wohl: Widerrufsrecht) gegenüber dem Testamentsvollstrecker zu verzichten bzw von diesem Recht auf keinen Fall Gebrauch zu machen. Vielmehr sei die Nichterfüllung der erteilten Auflagen lediglich unter der Sanktion des Verlusts des „restlichen Vermögens“ laut Punkt XIII der letztwilligen Verfügung gestanden. IS der in diesem Verfahren ergangenen hg Entscheidung wirke daher der den bisherigen übereinstimmenden Antragsbegehren aller Miterben inhaltlich zu entnehmende Widerruf der Verwaltungsvollmacht des Testamentsvollstreckers konstitutiv. Da eine Enthebung durch das Verlassenschaftsgericht in diesen Fällen nicht stattzufinden habe, sei eine deklarative Beschlussfassung vorzunehmen, weshalb der angefochtene Beschluss mit einer entsprechenden Maßgabe zu bestätigen sei. oRevRek sei gem § 62 Abs 1 AußStrG zulässig, weil die Frage der Zulässigkeit der Nachlassverwaltung durch den letztwillig eingesetzten Testamentsvollstrecker gegen den Willen der Erben insbesondere im Hinblick auf die überwiegend gegenteiligen Literaturstimmen nach der E 2 Ob 1/08 y weiterhin umstritten sei.

Der dagegen erhobene aoRevRek ist entgegen dem den OGH nicht bindenden Zulässigkeitsanspruch des RekG mangels der Voraussetzungen des § 62 Abs 1 AußStrG nicht zulässig.

Entscheidungsgründe:

Der OGH hat sich schon wiederholt mit der Frage befasst, in welchem Verhältnis die Verwaltungsbefugnis eines (auch) zu diesem Zweck eingesetzten Testamentsvollstreckers nach § 816 ABGB zum Recht der (erbantrittserklärten) Erben steht, das Verlassenschaftsvermögen gem § 810 Abs 1 ABGB zu verwalten und die Verlassenschaft zu vertreten. Zu 2 Ob 1/08 y SZ 2008/25 setzte sich der OGH mit den dazu vertretenen unterschiedlichen Lehrmeinungen auseinander und schloss sich schließlich dem Ansatz von *F. Bydlinski* (Letztwillige Verwaltungsanordnungen, JBI 1981, 72 ff) an, wogegen er die gegenteilige – und nunmehr vom RevRekWerber vertretene – Auffassung von *Zankl* (Vertretungs- und schadenersatzrechtliche Aspekte der Testamentsvollstreckung, JBI 1998, 293 ff; Testamentsvollstreckung und Nachlassverwaltung, Besprechung der E 10 Ob 507/95 NZ 1998, 72 f) ablehnte. Der Sen gelangte zum Ergebnis, dass ein (verwaltender) Testamentsvollstrecker von gemeinsam agierenden Miterben – jedenfalls dann, wenn der Erblasser in einer gültigen letztwilligen Verfügung hierzu nichts Gegenteiliges angeordnet hat – von seinen Verwaltungsaufgaben enthoben werden könne. Dieser Auffassung ist der erkSen in die-

sem Verfahren zu 1 Ob 3/13 t beigetreten und hat unter Hinweis auf die dargelegte Vorjudikatur vom Widerruf der dem Testamentsvollstrecker vom Erblasser eingeräumten Verwaltungsbefugnis als gemeinschaftlichem Recht aller erbantrittserklärten Erben bzw vom konstitutiv wirkenden Widerruf der Verwaltungsvollmacht des Testamentsvollstreckers durch die Erben gesprochen.

Entgegen der Auffassung des RekG haben die von diesem genannten Autoren keine gegenteilige Auffassung zu den erwähnten Entscheidungen zum Ausdruck gebracht. Vielmehr weist *Tschugguel* zu 1 Ob 3/13 t (iFamZ 2013/196) lediglich darauf hin, dass es sich um eine „gleichbleibende Rechtsprechung des OGH“ handle: Zu 2 Ob 1/08 y führte er aus, ausgehend von den gegenteiligen Meinungen *Zankls* und *Welsers* dürfe man den literarischen Äußerungen zur vorliegenden Entscheidung des OGH gespannt entgegensehen (iFamZ 2008/109). *Model* äußert sich zwar auch inhaltlich zu 2 Ob 1/08 y (NZ 2008/70), nimmt aber nicht abschließend Stellung; er bringt vor allem sein Bedauern darüber zum Ausdruck, dass sich der OGH mit der Thematik und den Argumenten *Zankls* nicht näher auseinandergesetzt habe; das Verhältnis von § 810 zu § 816 ABGB sei noch nicht abschließend geklärt.

Da sich der OGH in seinen beiden Entscheidungen zur auch hier zu beurteilenden Thematik mit den bisherigen Literaturstimmen auseinandergesetzt hat und weder die nachfolgende Literatur noch der RevRekWerber zusätzliche Argumente ins Treffen geführt hat, kann von einer ausreichend gesicherten Rsp ausgegangen werden, womit eine iSd § 62 Abs 1 AußStrG erhebliche Rechtsfrage nicht zu lösen ist (vgl nur RIS-Justiz RS0103384 [insb T 3, T 4]).

Soweit der RevRekWerber – unter Hinweis auf die dargestellte Einschränkung in der Entscheidungsbegründung zu 2 Ob 1/08 y – die Auffassung vertritt, es ergebe sich aus dem Wortlaut der letztwilligen Verfügung, dass die Erblasserin eigenes Verwaltungshandeln der Erben deutlich ausgeschlossen habe, wird nicht klar, aus welchen Formulierungen Derartiges abgeleitet werden sollte. Wenn das RekG in diesem Zusammenhang die Auffassung vertreten hat, es sei dem Testament nicht zu entnehmen, dass die Erblasserin gegenüber den Erbeingesetzten angeordnet hätte, sie müssten auf das Widerspruchsrecht gegenüber dem Testamentsvollstrecker verzichten bzw von diesem Recht auf keinen Fall Gebrauch machen, kann darin keine bedenkliche Fehlinterpretation vom Gewicht einer erheblichen Rechtsfrage gem § 62 Abs 1 AußStrG gesehen werden. Das RekG hat etwa darauf hingewiesen, dass die Nichterfüllung der erteilten Auflagen „lediglich“ unter der Sanktion des Verlusts des „restlichen Vermögens“ stehe. Wenn die Erblasserin in Punkt XIII.2 letzter Satz ihrer letztwilligen Verfügung angeordnet hat, der Testamentsvollstrecker habe die widmungsgemäße Verwendung als weitere Aufgabe „auch nach Ende seines Am-

tes“ zu überwachen (und nach ihm seine Nachfolger), geht sie offenbar selbst davon aus, dass seine Verwaltungsbefugnis zu einem früheren Zeitpunkt wegfallen kann als seine (weiterbestehende) Überwachungsfunktion. Wenn der RevRekWerber in diesem Zusammenhang ausführt, die Anordnung, dass das Geld in Händen des Testamentsvollstreckers zu verbleiben hat, solle gerade verhindern, dass es in die Verfügung der Erben komme, weil es sonst für einen anderen als den angeordneten Zweck verwendet werden könnte, lässt er außer Acht, dass seine überwachende Funktion auch bei einem Widerruf der Verwaltungsaufgabe aufrechtbleibt und er damit weiter in der Lage ist, die den Erben bei einem Verstoß angedrohten Nachteile herbeizuführen.

Anmerkung I:

Zu Recht hat der OGH den RevRek nicht zugelassen. Die Entscheidung des RekG, wonach alle erbantrittserklärten Erben als gemeinschaftliches Recht dem Testamentsvollstrecker eine vom Erblasser eingeräumte Verwaltungsbefugnis entziehen können, basiert auf einer gleichbleibenden und gesicherten Rsp des OGH, die auf 10 Ob 507/95 zurückgeht. Nach den E 2 Ob 1/08y und 1 Ob 3/13t ist im Schrifttum an dieser Judikatur keine substantielle Kritik mehr geübt worden. Im jüngeren Schrifttum haben sich auch *Schilchegger/Gruber* (Österreichisches Verlassenschaftsverfahren [2012] 47) und *Verweijen* (Verlassenschaftsverfahren [2014] 8) in ihren Darstellungen des Verlassenschaftsverfahrens dieser Ansicht angeschlossen.

Gesetzgeber und Judikatur begegnen Beschränkungen der privatautONOMEN Entscheidungsfreiheit eines Erben und übergebühRlichen Beschränkungen des Rechtsverkehrs mit Skepsis und wollen solche nur in engen Grenzen bzw in den gesetzlich ausdrücklich genannten Fällen zulassen. Dies ist aus ähnlichen Überlegungen gerechtfertigt, aus denen sich schon in der E 10 Ob 507/95 der Erblasserwille dem Ziel einer gedeihlichen Verwaltung des Nachlasses unterzuordnen hatte. Ein gestörtes Vertrauensverhältnis oder auch nur eine Ablehnung der Erben gegenüber einem Vertreter des Nachlasses schadet in der Regel mehr als ein Abgehen von den Wünschen, die der Erblasser in Bezug auf die Verwaltung des Vermögens geäußert hat. Zu berücksichtigen ist auch, dass das persönliche Vertrauensverhältnis, das zwischen dem Erblasser und einem von ihm in Aussicht genommenen verwaltenden Testamentsvollstrecker bestanden hat, im Verhältnis zu den Erben nicht notwendigerweise fortwirkt. Nachteile und Kosten, die aus Spannungen und deren gerichtlicher Austragung erwachsen, wiegen schwerer als ein Abgehen vom Erblasserwillen. Es kann dem Gesetzgeber nicht zugesonnen werden, er habe ein beeinträchtigt Vertrauensverhältnis zwischen einem Testamentsvollstrecker und den Erben mit allen sei-

nen Auswirkungen und Konsequenzen auf das Verfahren und das rechtliche Schicksal des hinterlassenen Vermögens bedacht und in Kauf genommen.

Die Argumente, die von *Zankl* (Testamentsvollstreckung und Nachlassverwaltung, Besprechung der E 10 Ob 507/95, NZ 1998, 72f) dagegen vorgebracht wurden, vermögen nicht zu überzeugen. Sie erschöpfen sich in allgemeinen Verweisen auf einen dem Erbrecht immanenten Grundsatz der Testierfreiheit sowie darauf, dass der Erblasser auch durch die Anordnung einer fideikommissarischen Substitution oder durch die Verfügung eines Veräußerungs- und Belastungsverbots nach § 364c ABGB dem Erben Beschränkungen auferlegen könne, die dieser zu akzeptieren habe. Der Versuch *Zankls*, die Testierfreiheit gegen die Grundsätze des Geschäftsbesorgungs- und Machthaberrechts (§§ 1002 ff, 1020 ABGB) auszuspielen, muss aber zum einen daran scheitern, dass § 816 ABGB selbst auf diese Regelungsgrundsätze verweist; außerdem übersieht er, dass die zulässigen und möglichen Beschränkungen eines Erben aus der Anordnung einer fideikommissarischen Substitution oder eines Belastungs- und Veräußerungsverbots ihren Grund in ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigungen haben (§§ 364c, 608 ABGB). Nun zeugen aber gerade diese Bestimmungen, auf die *Zankl* zu rekurrieren versucht, von der Skepsis der Autoren des ABGB gegenüber der Möglichkeit, dem Rechtsverkehr generationenübergreifende Beschränkungen aufzuerlegen. Um übermäßige Bindungen zu verhindern, sieht das Gesetz für Nacherbeinsetzungen diverse Begrenzungen vor. So kann der Erblasser zwar beliebig viele Zeitgenossen zu Nacherben einsetzen (§ 611 ABGB); soweit Geld oder sonstiges bewegliches Vermögen zugewendet werden soll, ist die Verfügung einer Nacherbschaft auf Nichtzeitgenossen bis zu zwei Graden beschränkt; in Bezug auf unbewegliches Vermögen auf einen Grad von Nichtzeitgenossen (§ 612 ABGB – s dazu *Fritsch* in *Ferrari/Likar-Peer* [Hrsg], Erbrecht 212f). Mit einem letztwilligen Veräußerungs- oder Belastungsverbot kann der Erblasser nur den ersten Eigentümer, nicht aber dessen Erben oder sonstige Rechtsnachfolger beschweren (§ 364c ABGB). Es ist daher methodisch falsch, diese Regelungen als Argument für eine teleologische Reduktion des § 816 ABGB, der ausdrücklich auf das Machthaberrecht verweist, zu bemühen. Dies kann weder aus den Gesamtwertungen des Erbrechts und schon gar nicht aus dem Wortlaut des § 816 ABGB herausgelesen werden. Aus dem Grundsatz der Testierfreiheit lässt sich für eine dem Erben gegen seinen Willen aufgezwungene Verwalterstellung des Testamentsvollstreckers daher nichts gewinnen, weil das Gesetz der Testierfreiheit überzogenen Bindungen, die über das Ableben des Erblassers fortwirken sollen, Grenzen setzt.

Dass § 816 ABGB, der zu den Grundlagen einer verwaltenden Tätigkeit des Testamentsvollstreckers nur dürftige Andeutungen enthält, § 810 ABGB, der die Vertretung des Nachlasses regelt, als dispositive Norm einschränken würde, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. Vielmehr ist die Rsp richtigerweise mit *Bydlinski* (Letztwillige Verwaltungsanordnungen, JBl 1981, 72f) der Ansicht gefolgt, dass § 816 ABGB in Verbindung mit den Bestimmungen über das Geschäftsbesorgungs- und Vollmachtsrecht ergänzend zu verstehen und auszulegen ist. Die Regelung des § 810 ABGB über die Vertretung des Nachlasses durch die Erben enthält keinen Vorbehalt in Bezug auf § 816 ABGB, sodass jener Bestimmung der Vorrang gegenüber § 816 ABGB zukommt (*Sprung/Fink*, Letztwillig angeordnete Nachlassverwaltung im österreichischen Recht, JBl 1996, 205). Mit dem neuen AußStrG, in dessen Zuge § 810 ABGB durchgreifend neu gefasst wurde, hat sich daran nichts geändert. Im Gegenteil: Hätte der Gesetzgeber die Überlegungen *Zankls* aufgreifen und allfällige besondere Befugnisse eines Testamentsvollstreckers auf Grund letztwilliger Verfügungen regeln wollen, so hätte er dies bei der Neufassung des § 810 ABGB berücksichtigen können. Dies ist jedoch nicht geschehen. Im neuen AußStrG ist das Institut des Testamentsvollstreckers gar nicht mehr vorgesehen (*Fucik*, Das neue Verlassenschaftsverfahren Rz 102; vgl jedoch § 816 ABGB Entwurf ErbRÄG 2015). Sind einem sogenannten Testamentsvollstrecker durch Anordnung des Erblassers verwaltende Tätigkeiten zugedacht, so kann dies nur in der Form der Bestellung eines Verlassenschaftskurators umgesetzt werden (§ 156 Abs 2 AußStrG; *Fucik*, Das neue Verlassenschaftsverfahren Rz 102). Im Übrigen stehen auch die Überwachungsbefugnisse, die einem Testamentsvollstrecker nach der Rsp (unwiderruflich) zugedacht werden können, rechtlich auf schwachen Beinen. Parteistellung und Rekursrechte werden nur im Rahmen von Überwachungsaufgaben zuerkannt. Der Klageweg zur Einhaltung von Auflagen kann nur im Rahmen einer Auflagenberechtigung besprochen werden (*Fritsch in Ferrari/Likar-Peer* [Hrsg], Erbrecht 243).

Mondel (NZ 2008, 271) hat in seiner Anm zur E 2 Ob 1/08y die fundierte Begründung der Ergebnisse von *Bydlinski* (Letztwillige Verwaltungsanordnungen, JBl 1981, 71), wonach für den verwaltenden Testamentsvollstrecker die Bestimmungen des Vollmachtrecht zur Anwendung zu kommen haben und denen der OGH gefolgt ist, zugestanden. *Zankl* selbst räumt ein, dass die Argumente *Bydlinskis* „nicht von der Hand zu weisen“ (NZ 1998, 72) seien. *Welser*, der in der Lit als angeblich kritische Stimme zur OGH-Judikatur genannt wird (so *Tschugguel*, iFamZ 2008, 217), ist der Ansicht, dass dem verwaltenden Testamentsvollstrecker keinesfalls eine Befugnis zur persönlichen Vertretung der Erben zukommen kann und nachlassbezogene Verwaltungstätigkeiten des Testamentsvollstreckers jedenfalls mit der Einantwortung zu enden haben (in *Rummel*, ABGB³ § 816 Rz 13, 15). Unter Hinweis auf diese Literaturstelle *Welsers* hat der OGH in 10 Ob 507/95 zu Recht erkannt, dass der Testamentsvollstrecker immer nur als Vertreter des Erblassers und nicht des Erben betrachtet und dem Erben daher nur über den Umweg einer Auflage nahegelegt werden könne.

Missverständlich ist die Entscheidung allerdings insofern, als sie sich dahingehend deuten ließe, dass die Einräumung von Verwaltungsbefugnissen für einen letztwillig eingesetzten Testamentsvollstrecker durch einen ausdrücklichen Ausschluss der Erben von der Verwaltung „widerrufsfest“ ausgestaltet werden könne. Die entsprechende Formulierung in der LeitE 2 Ob 1/08y, aus der der OGH eine Einschränkung seines Rechtssatzes zu übernehmen schien, hat sich auf die Ausführungen *Bydlinskis* (Letztwillige Verwaltungsanordnungen, JBl 1981, 78f) bezogen, wonach der Erblasser nur über den Umweg einer Auflage oder Resolutivbedingung versuchen könne, der Verwaltungsanordnung beim Erben Akzeptanz zu verschaffen. Damit ist aber nur die Möglichkeit angesprochen, dass der Erbe der Zuwendung verlustig gehen kann, wenn die Anordnung als Auflage formuliert ist und ignoriert wird; nicht jedoch die Möglichkeit einer direkte Einschränkung des freien Rechts, dem Testamentsvollstrecker die Befugnis zur Verwaltung des Nachlasses zu entziehen.

Alexander Hofmann
(am Verfahren beteiligt)

Anmerkung II:

Der Zurückweisung des RevRek wird man zustimmen müssen.

Eine andere Frage ist allerdings, ob man dieser vom OGH im Anschluss an *F. Bydlinski* (JBl 1981, 72) vertretenen Auffassung folgen soll oder ob – wie dies die Gegenmeinung vertritt – die Bestellung eines Nachlassverwalters das Verwaltungsrecht der Erben gem § 810 ABGB ausschließt und die Erben die vom Erblasser eingeräumte Vertretungsmacht nicht ohne Weiteres widerrufen können. Die ältere Auffassung ging eher dahin, dass sich ein Erbe, soweit sein Pflichtteilsrecht nicht berührt wird, die Ausschließung von der ihm sonst gem § 810 ABGB gebührenden Verwaltung gefallen lassen muss (*Ehrenzweig II/2*, 479). Der Erbe habe zwar ein Recht auf die Verwaltung, den Erblasser könne aber dieses Recht nicht binden, da ihm gegenüber der Erbe gar kein Recht habe. Er müsse nehmen, was und wie es ihm gegeben werde. Ich selbst habe schon mehrmals diesen Standpunkt überzeugend gefunden (*Welser* in

Rummeß³ Rz 12, in Rummeß⁴ Rz 12; Koziol/Welser II¹³ 514). Die Annahme, dass die Erben die Anordnung des Erblassers ohne Weiteres widerrufen können, überzeugt nicht recht, weil der Erblasser seinen Erben ganz allgemein weitgehende Beschränkungen auferlegen kann, zB durch Teilungsanordnungen, Aufgriffsrechte, fideikommissarische Substitutionen, Veräußerungs- und Belastungsverbote (Koziol/Welser II¹³ 514). Zankl hat in mehreren Arbeiten diesen Standpunkt bestätigt und ausführlich begründet (NZ 1998, 71; JBl 1998, 293). Man kann dem kaum etwas hinzufügen.

F. Bydlinski hat – offenbar unter dem Eindruck eines bestimmten Sachverhalts – die Ansicht vertreten, dass die Erben die Vertretungsanordnung des Erblassers ohne Weiteres widerrufen können und sich hierbei auf das Vollmachtsrecht berufen (F. Bydlinski, JBl 1981, 72). Diese Auffassung würdigt aber nicht genug, dass es nicht nur um die Interpretation einer gesetzlichen Wendung („als ein Machthaber“ in § 816 ABGB), sondern um viel mehr geht, nämlich um das Verhältnis eines nach den Regeln für Rechtsgeschäfte unter Lebenden eingeräumten Vertretungsrechts (Verwaltungsrechts) zu jenem durch den Erblasser angeordneten. Und in der Tat hat diesbezüglich – worauf Zankl richtig hinweist – der Erblasser freie Hand: Er kann gar nichts zuwenden, wenig zuwenden oder mit Beschränkungen zuwenden. Das Gesetz hat keinerlei Anlass, dem Willen und den Interessen der Erben vor jenen des Erblassers den Vorzug zu geben. Selbst unter Lebenden sind ja unwiderrufliche Vollmachten grundsätzlich gültig. Warum das von Todes wegen ohne besondere Notwendigkeit anders sein sollte, leuchtet nicht ein, solange das Verlassenschaftsgericht die Oberhoheit behält.

Zusammenfassend ist zu sagen: Zankl hat anschaulich dargestellt, dass das Recht der Erben, das Verwaltungsrecht jederzeit zu entziehen, zu Wertungswidersprüchen führen müsste, weil sich ja die Erben viel einschneidendere Anordnungen des Erblassers gefallen lassen müssen und der Erblasser an einem Ausschluss der Verwaltung ein erhebliches Interesse haben kann, vor welchem jenes der Erben an freiem Handeln keineswegs ohne Weiteres der Vorzug gebührt.

Die vom OGH übernommene Auffassung Bydlinskis sieht ein Hintertürchen darin, dass der Erblasser das Verwaltungsrecht durch ein Vermächtnis oder durch eine Auflage begründen könne (OGH 14. 2. 2008, 2 Ob 1/08y; F. Bydlinski, JBl 1981, 72). Das überzeugt nicht ohne Weiteres. Ist man nämlich der Meinung, dass aus dem Vollmachtsrecht die jederzeitige Widerruflichkeit folgt und dass überhaupt dem Interesse des Erben vor jenem des Erblassers der Vorrang gebührt, so ist nicht einzusehen, dass sich diese Rechtslage in ihr Gegenteil verkehrt, wenn der Erb-

lasser über die Verwaltungsanordnung „Auflage“ oder „Vermächtnis“ schreibt.

In Wirklichkeit wird man noch einen Schritt weiter gehen müssen: Die Anordnung einer Verwaltung wird immer entweder ein unverbindlicher Wunsch (§ 712 ABGB) oder eine verbindliche Auflage sein. Tertium non datur. Bei Unverbindlichkeit stellt sich natürlich die Widerruflichkeitsfrage nicht. Bei Verbindlichkeit wird es aber nicht zulässig sein, dass die Erben die letztwilligen Anordnungen des Erblassers unter Berufung auf das Recht der Vertretung unter Lebenden aufheben. Gegen überlange Bindungen gibt es Abhilfe bei den allgemeinen Grundsätzen wie § 879 ABGB oder eine analoge Anwendung der Regeln über die fideikommissarische Substitution.

Rudolf Welsch

NZ 2015/86

§ 812 ABGB Nachlassseparation

1. Die Nachlassseparation ist nicht an strenge Bedingungen zu knüpfen.

2. Die abstrakte Möglichkeit, die Testamentserben könnten Verfügungen über den Nachlass treffen, ist in jedem Falle gegeben und kann daher für sich allein noch nicht die Absonderung der Verlassenschaft von dem Vermögen der Erben rechtfertigen.

OGH 7. 3. 2013, 1 Ob 1/13y (LG Klagenfurt 16. 11. 2012, 1 R 296/12t; BG Klagenfurt 29. 8. 2012, 3 A 108/12d)

Zulassung o Revisionsrekurs

Aus der Begründung:

Auch wenn es zutrifft, dass nach der Rsp des OGH an die von § 812 ABGB für die Nachlassseparation geforderte subjektive Besorgnis von Gläubigern des Erblassers, ihre Befriedigung könnte durch Maßnahmen der Erben geschmälert werden, kein strenger Maßstab anzulegen ist (RIS-Justiz RS0013070), wurde auch ausgesprochen, dass die abstrakte Möglichkeit von nachteiligen Verfügungen durch die Erben in jedem Fall gegeben ist und daher für sich allein noch nicht die Absonderung der Verlassenschaft von dem Vermögen der Erben rechtfertigen kann (RIS-Justiz RS0013072); die früher teilweise vertretene gegenteilige Auffassung (RIS-Justiz RS0013069) wurde in jüngerer Zeit nicht aufrechterhalten. Nachvollziehbare Anhaltspunkte dafür, die Erben könnten etwa das Nachlassvermögen zur Tilgung eigener Schulden heranziehen (vgl etwa 7 Ob 164/01 w), legen die antragstellenden Gläubiger nicht dar. Die kurze Zeit nach dem Tod ihres Sohnes gegenüber dem Gerichtskommissär abgegebenen Erklärungen, sie wollten „heute“ keine