

# TE OGH 1998/5/22 20b105/98z

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.05.1998

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr.Angst als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Niederreiter, Dr.Schinko, Dr.Rohrer und Dr.Baumann als weitere Richter in der Verlassenschaftssache des am 30. September 1994 verstorbenen Dipl.Ing.Hans A\*\*\*\*\*, infolge Revisionsrekurses des Miterben Dkfm.Fritz A\*\*\*\*\*, vertreten durch Mag.Georg Derntl und Mag.Josef Koller-Mitterweissacher, Rechtsanwälte in Perg, gegen den Beschluß des Landesgerichtes Wels als Rekursgerichtes vom 28.Jänner 1998, GZ 23 R 153/97g-43, womit der Beschluß des Bezirksgerichtes Schwanenstadt vom 8.Oktober 1997, GZ 1 A 169/94m-34, bestätigt wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden aufgehoben. Dem Erstgericht wird aufgetragen, über den Antrag des Revisionrekurswerbers auf Enthebung des Testamentsvollstreckers Dr.S\*\*\*\*\* unabhängig vom gebrauchten Zurückweisungsgrund zu entscheiden.

## Text

Begründung:

Der Erblasser Dipl.Ing.Hans A\*\*\*\*\* hat am 28.6.1988 eine fremdhändige letztwillige Verfügung erlassen, in der unter Widerruf aller bisherigen letztwilligen Verfügungen seine Ehefrau und die Kinder Fritz und Dieter A\*\*\*\*\* und Annemarie T\*\*\*\*\* zu Erben einsetzte.

Punkt 12.) dieser letztwilligen Anordnung lautet wie folgt:

"12.) Zum Testamentsvollstrecker bestimme ich Dr.Walter G\*\*\*\*\*. Ich ermächtige ihn hiemit ausdrücklich, und zwar auch schon vor Antritt seines Amtes, seinen Nachfolger zu ernennen. Sollte diese Befugnis nach österreichischem Recht unwirksam sein, ermächtige ich ihn jedenfalls, zu seinem Nachfolger in diesem Amte entweder Herrn Dr.Josef S\*\*\*\*\*, oder Herrn Dkfm.Dr.Hans Dieter B\*\*\*\*\*, zu ernennen. Der Testamentsvollstrecker ist in der Eingehung von Verbindlichkeiten für meinen Nachlaß nicht beschränkt. Er hat die Rechtsstellung eines executor universalis und Anspruch auf angemessene Vergütung. Er ist berechtigt, jederzeit ohne Angabe von Gründen sein Amt zurückzulegen. Ich mache meinen Erben in Bezug auf meinen Kommanditanteil an der Firma \*\*\*\*\*W.A\*\*\*\*\* GmbH & Co KG und in Bezug auf meinen Gesellschaftsanteil an der Firma A\*\*\*\*\* & Co zur Pflicht, dem jeweiligen Testamentsvollstrecker Vollmacht zur Ausübung der Rechte aus diesem Kommandit- bzw. Gesellschaftsanteil zu erteilen. Der Testamentsvollstrecker kann auch verlangen, daß ihm die Gesellschaftsanteile der genannten Gesellschaften

treuhändig übertragen werden. Bei Beendigung der Ausübung seines Amtes als Testamentsvollstrecker hat er diese Gesellschaftsanteile an die Erben zurückzuübertragen. Sollte eine Nachfolge im Amt des Testamentsvollstreckers Platz greifen, hat der bisherige Testamentsvollstrecker diese Gesellschaftsanteile mit derselben Maßgabe an den neuen Testamentsvollstrecker zu übertragen.

Ich erteile dem Testamentsvollstrecker folgende Weisungen:

12.1.) Im Hinblick auf die gemäß Punkt 6.1.2) meiner Ehefrau Irmgard A\*\*\*\*\* zukommenden Versorgungsansprüche und auf den allfälligen Ergänzungsanspruch gemäß Punkt 6.1.3) erlischt das Amt des Testamentsvollstreckers frühestens mit dem Ableben meiner Ehefrau, damit sichergestellt ist, daß bei der Verwirklichung ihrer Versorgungsansprüche keine Schwierigkeiten auftreten;

12.2.) er hat die Aufteilung des Nachlasses (Auseinandersetzung), so weit dieser nicht aus Kommanditanteilen an der Firma \*\*\*\*\*W.A\*\*\*\*\* GmbH & Co KG und Gesellschaftsanteilen an der Firma A\*\*\*\*\* & Co gemäß Punkt 6.2.) besteht, nach bestem Wissen und Gewissen, im übrigen ausschließlich nach seinem eigenem Ermessen vorzunehmen. Da es möglich ist, daß aus irgenwelchen Gründen, insbesondere zur Befriedigung von Verbindlichkeiten, zur Sicherstellung der Versorgungsansprüche meiner Ehefrau, zur Vornahme der Aufteilung (Auseinandersetzung) die zur Verfügung stehenden leicht flüssig zu machenden Mittel nicht ausreichen, ordne ich an, daß der Testamentsvollstrecker notwendige Verbindlichkeiten in erster Linie zu Lasten meines in den Nachlaß fallenden Anteiles an der Kollektivgesellschaft A\*\*\*\*\* & Co eingeht. Den Besitz an den Nachlaßgegenständen hat der Testamentsvollstrecker an meine in dieser letztwilligen Verfügung eingesetzten Erben, so weit nicht im Text der letztwilligen Verfügung gegenteilige Anweisungen enthalten sind, erst dann zu übertragen, wenn meine Ehefrau verstorben sein wird. Bis dahin verwaltet der Testamentsvollstrecker die Nachlaßgegenstände.

12.3.) So lange der Testamentsvollstrecker sein Amt ausübt, und zwar auch dann, wenn er den Besitz der Nachlaßgegenstände im Zuge der Auseinandersetzung bereits an meine Erben übertragen haben wird, ist er berechtigt, gegen Maßnahmen, welche nicht im Sinne der Vorschriften gemäß Punkt 7.) liegen, Einspruch zu erheben mit der Wirkung, daß derartige Maßnahmen unterbleiben müssen.

12.4) Ich wünsche, daß nach Vornahme der Aufteilung meine Kinder, die Erben sind, bei der Bestellung von Organen jener Firmen, an denen sie im Ergebnis dieser letztwilligen Verfügung beteiligt sein werden, vorher die Stellungnahme des Testamentsvollstreckers einholen und diese bei ihren Entscheidungen berücksichtigen, falls sie nicht wichtige Argumente dartun können, welche dagegen sprechen. In gleicher Weise sollen sie vorgehen, wenn Gesellschaftsverträge dieser Firmen errichtet oder abgeändert werden sollen."

Mit Eingabe vom 9.12.1994 teilte Dkfm.Dr.Josef S\*\*\*\*\* mit der Behauptung, Dr.G\*\*\*\*\* habe am 13.8.1988 erklärt, sein Amt nicht anzutreten, mit, daß er dieses Amt zu übernehmen habe. Angeschlossen ist eine schriftliche Erklärung Dris G\*\*\*\*\*, unter Berufung auf Pkt 12 des Testamentes für den Fall seines Vorversterbens und den Fall seines Todes vor Beendigung des Amtes als Testamentsvollstrecker und jeden anderen Fall der Beendigung des Amtes als Testamentsvollstrecker, der nicht auf dem Willen des Erblassers beruht, zu seinem Nachfolger Dr.S\*\*\*\*\* zu bestimmen.

Daraufhin bevollmächtigten die Erben Dr.Josef S\*\*\*\*\* schriftlich, eine bedingte Erbserklärung abzugeben, die Verwaltung des Nachlaßvermögens zu übernehmen, insbesondere die Verlassenschaft in der Generalversammlung der Firma "U\*\*\*\*\* Beteiligungsgesellschaft mbH" zu vertreten und dort für die Verlassenschaft für eine Kapitalerhöhung und die Übernahme des Kapitalerhöhungsbetrages durch eine Schweizer Aktiengesellschaft zu stimmen und den Verkaufserlös aus dem Kaufvertrag bezüglich einer Liegenschaft in Deutschland als Gesellschaftereinlage der Firma U\*\*\*\*\* Beteiligungsgesellschaft mbH zuzuwenden. Die Vollmacht soll bis zur rechtskräftigen Einantwortung gelten und aus wichtigen Gründen widerrufen werden können.

Am 2.1.1995 gab Dr.Josef S\*\*\*\*\* als Bevollmächtigter der Testamentserben bedingte Erbserklärungen ab und beantragte unter anderem, ihm die Besorgung und Verwaltung des Nachlasses einzuräumen.

Mit Beschluß vom 3.Jänner 1995 hat das Erstgericht die vorgelegten Vollmachten der Erben zur Kenntnis genommen, die von den Erben bedingt abgegebenen Erbserklärungen angenommen und Dr.Josef S\*\*\*\*\* "im Sinne der vorgelegten Vollmachten" die Verwaltung des Nachlaßvermögens eingeräumt und ihm die Ermächtigung erteilt, in der

Generalversammlung der Firma U\*\*\*\*\* Beteiligungsgesellschaft mbH die Verlassenschaft zu vertreten und dort für eine Kapitalerhöhung und für die Zulassung der Übernahme des Kapitalerhöhungsbetrages durch die Schweizer Aktiengesellschaft zu stimmen.

Mit Eingabe vom 26.8.1997 beantragte der Miterbe Dkfm.Fritz A\*\*\*\*\* unter Darstellung von 14 Beschwerdepunkten, Dr.Josef S\*\*\*\*\* von Amts wegen vom Amt des Testamentsvollstreckers zu entheben. Dem Testamentsvollstrecker werden überwiegend Versäumnisse, Fehlentscheidungen, Parteilichkeit und Benachteiligung des Antragstellers vorgeworfen. Die als Miterbin eingesetzte Ehefrau des Erblassers stimmte in ihrer auf einem Briefpapier des Dkfm.Fritz A\*\*\*\*\* fremdhändig verfaßten, jedoch offensichtlich eigenhändig unterfertigten Eingabe der Enthebung zu. Annemarie S\*\*\*\*\* und Dkfm.Dieter A\*\*\*\*\* sprachen sich gegen die Enthebung des Testamentsvollstreckers aus.

Das Erstgericht wies den Enthebungsantrag mit der Begründung zurück, es seien dem Testamentsvollstrecker vom Erblasser auch Verwaltungsaufgaben übertragen worden. Die Frage der Beendigung der Funktion als verwaltender Testamentsvollstrecker werde uneinheitlich gelöst. Die Rechtsprechung lehne eine Enthebung durch das Abhandlungsgericht ab, weil dieses genau so wie die Erben an den letzten Willen des Erblassers gebunden sei. Wollten die Erben den Verwalter aus wichtigen Gründen entheben, so stehe ihnen der streitige Rechtsweg offen. Nach der Ansicht von F.Bydlinski (JBl 1981, 77), wonach auf den verwaltenden Testamentsvollstrecker die Regeln des Bevollmächtigungsvertrages anzuwenden seien, könnten die Erben vor Einantwortung des Nachlasses gemeinschaftlich die Bevollmächtigung des Testamentsvollstreckers widerrufen, nach der Einantwortung könne jeder Erbe unabhängig von den anderen die Bevollmächtigung für seinen Erbteil widerrufen. Nach herrschender Meinung sei eine Enthebung eines verwaltenden Testamentsvollstreckers durch Beschluß des Abhandlungsgerichtes daher nicht möglich. Die im Enthebungsantrag geltend gemachten Gründe betreffen alle die verwaltende Funktion des Testamentsvollstreckers; ob sie wichtig genug für eine Enthebung seien, wäre allenfalls im streitigen Rechtsweg geltend zu machen.

Das vom Antragsteller angerufene Rekursgericht bestätigte diese Entscheidung; es bewertete den Entscheidungsgegenstand mit über 260.000 S und sprach aus, der ordentliche Revisionsrekurs sei zulässig.

Das Rekursgericht wies darauf hin, daß der Erblasser den Testamentsvollstrecker nicht nur mit Überwachungsfunktionen betraute, sondern ihm außerordentlich weitreichende Befugnisse einräumte, die nicht nur die wesentliche Einflüsse auf die angeführten Unternehmen umfassen, sondern darüber hinaus etwa auch das Recht, von den Kindern als Mitgesellschafter jener Firmen die treuhändige Übertragung von deren Anteilen zu verlangen und sie nach Beendigung seiner Tätigkeit wieder rückzuübertragen. Wenngleich es nicht ungewöhnlich sei, daß die Tätigkeit des Testamentsvollstreckers über die Einantwortung hinaus bestehe, gehe die vorliegende Bestellung des Testamentsvollstreckers weit über das übliche Ausmaß hinaus, weshalb Dr.S\*\*\*\*\* als "verwaltender" Testamentsvollstrecker anzusehen sei. Zu dessen Abberufung bzw Enthebung sei in einigen Entscheidungen die Meinung vertreten worden, diese sei aus wichtigen Gründen möglich (SZ 13/112; 1 Ob 666/87, worin die Abberufung infolge Interessenkollision befürwortet worden sei). Hingegen seien Kralik, Erbrecht 289 (gemeint wahrscheinlich: 272, 276), Eccher in Schwimann\*\*2 Rz 6 zu § 810 und der Oberste Gerichtshof in NZ 1918, 17 und NZ 1933, 114 der überzeugenden Ansicht, daß über eine derartige Abberufung nicht das Abhandlungsgericht zu entscheiden habe, sondern der Prozeßweg vorgesehen sei. Die vom Erstgericht vertretene verfahrensrechtliche Lösung sei richtig. Das außerstreitige Verfahren erscheine auch zu einer den rechtsstaatlichen Anforderungen entsprechenden Überprüfung der vielen Beschwerdepunkte nicht geeignet. Das Rekursgericht wies darauf hin, daß der Erblasser den Testamentsvollstrecker nicht nur mit Überwachungsfunktionen betraute, sondern ihm außerordentlich weitreichende Befugnisse einräumte, die nicht nur die wesentliche Einflüsse auf die angeführten Unternehmen umfassen, sondern darüber hinaus etwa auch das Recht, von den Kindern als Mitgesellschafter jener Firmen die treuhändige Übertragung von deren Anteilen zu verlangen und sie nach Beendigung seiner Tätigkeit wieder rückzuübertragen. Wenngleich es nicht ungewöhnlich sei, daß die Tätigkeit des Testamentsvollstreckers über die Einantwortung hinaus bestehe, gehe die vorliegende Bestellung des Testamentsvollstreckers weit über das übliche Ausmaß hinaus, weshalb Dr.S\*\*\*\*\* als "verwaltender" Testamentsvollstrecker anzusehen sei. Zu dessen Abberufung bzw Enthebung sei in einigen Entscheidungen die Meinung vertreten worden, diese sei aus wichtigen Gründen möglich (SZ 13/112; 1 Ob 666/87, worin die Abberufung infolge Interessenkollision befürwortet worden sei). Hingegen seien Kralik, Erbrecht 289 (gemeint wahrscheinlich: 272, 276), Eccher in Schwimann\*\*2 Rz 6 zu Paragraph 810 und der Oberste Gerichtshof in NZ 1918, 17 und NZ 1933, 114 der überzeugenden Ansicht, daß über eine derartige Abberufung nicht das

Abhandlungsgericht zu entscheiden habe, sondern der Prozeßweg vorgesehen sei. Die vom Erstgericht vertretene verfahrensrechtliche Lösung sei richtig. Das außerstreitige Verfahren erscheine auch zu einer den rechtsstaatlichen Anforderungen entsprechenden Überprüfung der vielen Beschwerdepunkte nicht geeignet.

Den ordentlichen Revisionsrekurs erachtete das Rekursgericht für zulässig, weil zu den vorliegenden verfahrensrechtlichen Fragen keine zweifelsfrei anwendbare jüngere höchstgerichtliche Judikatur vorliege.

Dagegen richtet sich der Revisionsrekurs des Erben Dkfm.Fritz A\*\*\*\*\* mit dem Antrag, die Beschlüsse der Vorinstanzen aufzuheben und dem Erstgericht eine neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufzutragen; hilfsweise wird beantragt, den angefochtenen Beschluß dahin abzuändern, daß der Testamentsvollstrecker seines Amtes enthoben werde.

Der Revisionsrekurs ist berechtigt.

Der Erbe macht in seinem Rechtsmittel geltend, es sei ihm im Testament die Pflicht auferlegt worden, dem Testamentsvollstrecker Vollmacht zur Ausübung der Rechte zu erteilen. Diese Bestimmung sei als Auflage zu werten. Er habe daher entsprechend der Auflage handeln müssen, um durch Erfüllung der Auflage die im Testament beabsichtigte Erbfolge herbeizuführen. Die Ansicht der Unterinstanzen, es seien die Regeln des Bevollmächtigungsvertrages anzuwenden, sei verfehlt, weil die Bevollmächtigung Dris S\*\*\*\*\* nicht aus freiem Willen erfolgt sei, sondern lediglich in Erfüllung der vom Erblasser auferlegten Pflicht. Gerade weil in der Bevollmächtigung des Testamentsvollstreckers dem Willen des Erblassers entsprochen worden sei, sei das Verlassenschaftsgericht zur umfassenden Kontrolle des Testamentsvollstreckers angehalten. Schließlich sei nicht einzusehen, daß das Verlassenschaftsgericht Dr.S\*\*\*\*\* die Verwaltung des Nachlasses einräume und ihm insbesondere verschiedene Ermächtigungen erteile (Beschluß vom 3.1.1997), sich in weiterer Folge aber zur Enthebung des eingesetzten Verwalters nicht zuständig erachte. Der bloße Widerruf der Vollmacht führe zu keinem für ihn positiven Ergebnis, weil der Testamentsvollstrecker seine Interessen ohnehin keinesfalls berücksichtige und darüber hinaus der Beschluß des Verlassenschaftsgerichtes vom 3.1.1997 dadurch nicht geändert werde. Weiters sei nicht einzusehen, weshalb in analoger Anwendung der §§ 834 ff ABGB nicht der Außerstreitrichter zur Enthebung des Testamentsvollstreckers zuständig sein solle. Es bedürfte daher ergänzender Feststellungen über die gegen den Testamentsvollstrecker erhobenen Vorwürfe. Der Erbe macht in seinem Rechtsmittel geltend, es sei ihm im Testament die Pflicht auferlegt worden, dem Testamentsvollstrecker Vollmacht zur Ausübung der Rechte zu erteilen. Diese Bestimmung sei als Auflage zu werten. Er habe daher entsprechend der Auflage handeln müssen, um durch Erfüllung der Auflage die im Testament beabsichtigte Erbfolge herbeizuführen. Die Ansicht der Unterinstanzen, es seien die Regeln des Bevollmächtigungsvertrages anzuwenden, sei verfehlt, weil die Bevollmächtigung Dris S\*\*\*\*\* nicht aus freiem Willen erfolgt sei, sondern lediglich in Erfüllung der vom Erblasser auferlegten Pflicht. Gerade weil in der Bevollmächtigung des Testamentsvollstreckers dem Willen des Erblassers entsprochen worden sei, sei das Verlassenschaftsgericht zur umfassenden Kontrolle des Testamentsvollstreckers angehalten. Schließlich sei nicht einzusehen, daß das Verlassenschaftsgericht Dr.S\*\*\*\*\* die Verwaltung des Nachlasses einräume und ihm insbesondere verschiedene Ermächtigungen erteile (Beschluß vom 3.1.1997), sich in weiterer Folge aber zur Enthebung des eingesetzten Verwalters nicht zuständig erachte. Der bloße Widerruf der Vollmacht führe zu keinem für ihn positiven Ergebnis, weil der Testamentsvollstrecker seine Interessen ohnehin keinesfalls berücksichtige und darüber hinaus der Beschluß des Verlassenschaftsgerichtes vom 3.1.1997 dadurch nicht geändert werde. Weiters sei nicht einzusehen, weshalb in analoger Anwendung der Paragraphen 834, ff ABGB nicht der Außerstreitrichter zur Enthebung des Testamentsvollstreckers zuständig sein solle. Es bedürfte daher ergänzender Feststellungen über die gegen den Testamentsvollstrecker erhobenen Vorwürfe.

Hiezu wurde erwogen:

### **Rechtliche Beurteilung**

Wie die Vorinstanzen zutreffend ausgeführt haben, gehen die Anordnungen des Erblassers betreffend die Befugnisse und Aufgaben Dris G\*\*\*\*\* weit über die eines bloß überwachenden Testamentsvollstreckers hinaus, weil dessen wesentliche Funktion darin liegt, in Unterstützung des Abhandlungsgerichts die Durchführung des letzten Willens des Erblassers zu überwachen und zu betreiben (Koziol/Welser10 II 347; Welser in Rummel\*\*2 Rz 5 zu § 816; Sprung/Fink, Letztwillig angeordnete Nachlaßverwaltung im österreichischen Recht, JBl 1996, 205 [207]). Wenngleich Dr.G\*\*\*\*\* als "Testamentsvollstrecker" bezeichnet wird, besteht nach dem Willen des Erblassers seine Tätigkeit nicht oder jedenfalls

nicht allein darin, das Abhandlungsgericht bei der Durchführung seines letzten Willens zu unterstützen und diese zu betreiben und zu überwachen, sondern es wurden ihm vom Erblasser auch Handlungen zur Verwaltung (und Vertretung) des Nachlasses übertragen. Dies konnte wirksam geschehen, weil nach herrschender Meinung der Erblasser den Testamentsvollstrecker (oder eine andere Person) mit einzelnen Akten der Nachlaßverwaltung, aber auch mit der Verwaltung und Vertretung des gesamten Nachlasses, betrauen kann (Welser in Rummel\*\*2 Rz 10 zu § 816; Strasser in Rummel\*\*2 Rz 27 zu §§ 1020 bis 1026; Koziol/Welser10 II 347; Sprung/Fink, JBl 1996, 208 mwN in FN 17). Wie die Vorinstanzen zutreffend ausgeführt haben, gehen die Anordnungen des Erblassers betreffend die Befugnisse und Aufgaben Dris G\*\*\*\*\* weit über die eines bloß überwachenden Testamentsvollstreckers hinaus, weil dessen wesentliche Funktion darin liegt, in Unterstützung des Abhandlungsgerichts die Durchführung des letzten Willens des Erblassers zu überwachen und zu betreiben (Koziol/Welser10 römisch II 347; Welser in Rummel\*\*2 Rz 5 zu Paragraph 816 ;, Sprung/Fink, Letztwillig angeordnete Nachlaßverwaltung im österreichischen Recht, JBl 1996, 205 [207]). Wenngleich Dr.G\*\*\*\*\* als "Testamentsvollstrecker" bezeichnet wird, besteht nach dem Willen des Erblassers seine Tätigkeit nicht oder jedenfalls nicht allein darin, das Abhandlungsgericht bei der Durchführung seines letzten Willens zu unterstützen und diese zu betreiben und zu überwachen, sondern es wurden ihm vom Erblasser auch Handlungen zur Verwaltung (und Vertretung) des Nachlasses übertragen. Dies konnte wirksam geschehen, weil nach herrschender Meinung der Erblasser den Testamentsvollstrecker (oder eine andere Person) mit einzelnen Akten der Nachlaßverwaltung, aber auch mit der Verwaltung und Vertretung des gesamten Nachlasses, betrauen kann (Welser in Rummel\*\*2 Rz 10 zu Paragraph 816 ;, Strasser in Rummel\*\*2 Rz 27 zu Paragraphen 1020 bis 1026; Koziol/Welser10 römisch II 347; Sprung/Fink, JBl 1996, 208 mwN in FN 17).

Uneinheitlich gelöst wird die Frage, wie die Funktion als Nachlaßverwalter beendet werden kann. Ein Teil der Lehre vertritt die Ansicht, die Regeln über den Verlassenschaftskurator seien sinngemäß anzuwenden (Welser in Rummel\*\*2 Rz 12 zu § 816; Koziol/Welser10 II 347), woraus sich ergibt, daß es eines gerichtlichen Enthebungsbeschlusses bedürfte. In den Entscheidungen NZ 1918, 17 und NZ 1933, 114 wurde ausgeführt, das Abhandlungsgericht könne einen vom Erblasser bestellten Nachlaßverwalter nicht entheben, beziehungsweise wurde die entsprechende Rechtsansicht des Rekursgerichtes als nicht offenbar gesetzwidrig im Sinn des § 16 Abs 1 AußStrG in der demnach geltenden Stammfassung angesehen. F.Bydlinski (Letztwillige Verwaltungsanordnungen JBl 1981, 72 ff) und - ihm folgend - Sprung/Fink (JBl 1996, 210), Strasser (in Rummel\*\*2 Rz 34 zu § 1002) sowie jüngst Zankl (Vertretungs- und schadenersatzrechtliche Aspekte der Testamentsvollstreckung, JBl 1998, 293 [295 ff]) vertreten die Ansicht, der Bestellung eines verwaltenden Testamentsvollstreckers liege ein Vertragsverhältnis zugrunde; der Erblasser bestelle den verwaltenden Testamentsvollstrecker, dieser entscheide darüber, ob er das Geschäft übernehmen will. Darin liege zwar nicht der Abschluß eines gewöhnlichen "Bevollmächtigungsvertrages" (§§ 1002 ff ABGB), aber doch infolge der beiderseitigen Willensakte eine Situation, die so verwandt sei, daß die gesetzliche Formel "als ein Machthaber" in § 816 ABGB ernst genommen und als Verweisung auf die Regelung in §§ 1002 ff ABGB verstanden werden müsse. Daraus folge, daß die Erben die etwaige verwaltende Seite des Testamentsvollstreckers ebenso wie auch die reine Nachlaßverwaltung widerrufen könnten (in diesem Punkt aM Zankl, JBl 1998, 296 f, der den Widerruf nur aus wichtigen Gründen für möglich hält). Uneinheitlich gelöst wird die Frage, wie die Funktion als Nachlaßverwalter beendet werden kann. Ein Teil der Lehre vertritt die Ansicht, die Regeln über den Verlassenschaftskurator seien sinngemäß anzuwenden (Welser in Rummel\*\*2 Rz 12 zu Paragraph 816 ;, Koziol/Welser10 römisch II 347), woraus sich ergibt, daß es eines gerichtlichen Enthebungsbeschlusses bedürfte. In den Entscheidungen NZ 1918, 17 und NZ 1933, 114 wurde ausgeführt, das Abhandlungsgericht könne einen vom Erblasser bestellten Nachlaßverwalter nicht entheben, beziehungsweise wurde die entsprechende Rechtsansicht des Rekursgerichtes als nicht offenbar gesetzwidrig im Sinn des Paragraph 16, Absatz eins, AußStrG in der demnach geltenden Stammfassung angesehen. F.Bydlinski (Letztwillige Verwaltungsanordnungen JBl 1981, 72 ff) und - ihm folgend - Sprung/Fink (JBl 1996, 210), Strasser (in Rummel\*\*2 Rz 34 zu Paragraph 1002,) sowie jüngst Zankl (Vertretungs- und schadenersatzrechtliche Aspekte der Testamentsvollstreckung, JBl 1998, 293 [295 ff]) vertreten die Ansicht, der Bestellung eines verwaltenden Testamentsvollstreckers liege ein Vertragsverhältnis zugrunde; der Erblasser bestelle den verwaltenden Testamentsvollstrecker, dieser entscheide darüber, ob er das Geschäft übernehmen will. Darin liege zwar nicht der Abschluß eines gewöhnlichen "Bevollmächtigungsvertrages" (Paragraphen 1002, ff ABGB), aber doch infolge der beiderseitigen Willensakte eine Situation, die so verwandt sei, daß die gesetzliche Formel "als ein Machthaber" in Paragraph 816, ABGB ernst genommen und als Verweisung auf die Regelung in Paragraphen 1002, ff ABGB verstanden

werden müsse. Daraus folge, daß die Erben die etwaige verwaltende Seite des Testamentsvollstreckers ebenso wie auch die reine Nachlaßverwaltung widerrufen könnten (in diesem Punkt aM Zankl, JBl 1998, 296 f, der den Widerruf nur aus wichtigen Gründen für möglich hält).

Hervorzuheben ist aber, daß auch den Ausführungen der genannten Autoren nicht eindeutig zu entnehmen ist, was bezüglich der Enthebung rechtens ist, wenn ein gerichtlicher Beschluß über die Bestellung des Testamentsvollstreckers zum Nachlaßverwalter vorliegt, und daß dasselbe im übrigen auch für die Entscheidung NZ 1918, 17 und NZ 1933, 114 gilt, weil zumindest aus dem veröffentlichten Teil dieser Entscheidungen nicht hervorgeht, ob in den den Entscheidungen zugrundeliegenden Fällen ein solcher Beschluß ergangen ist.

In dem hier zu beurteilenden Fall ist nach Ansicht des erkennenden Senates wesentlich, daß das Erstgericht durch einen Beschluß Dr.S\*\*\*\*\* "im Sinne der (von den Erben) vorgelegten Vollmacht die Verwaltung des Nachlasses eingeräumt" hat, daß er also durch einen Gerichtsbeschluß zum Verwalter bestellt wurde. Zankl (JBl 1998, 296 FN 23) hat hiezu die Ansicht vertreten, daß ein solcher Beschluß nur deklarative Wirkung habe. Die Richtigkeit dieser Ansicht kann hier dahingestellt bleiben. Selbst wenn man ihr folgt, muß schon im Interesse der Rechtssicherheit auch die Erlassung eines bloß deklarativen Beschlusses dazu führen, daß er in derselben Verfahrensart, in der er ergangen ist, durch Beschluß als *contrarius actus* wieder beseitigt werden kann. Dies gilt besonders in dem hier zu entscheidenden Fall, in dem dem Testament nicht eindeutig zu entnehmen ist, ob der Erblasser den Testamentsvollstrecker mit der Verwaltung des gesamten Nachlasses betrauen oder ihm nur einzelne, wenngleich wichtige und umfangreiche, Verwaltungs- und Vertretungshandlungen übertragen wollte. Hierüber wurde durch den Beschluß des Erstgerichtes rechtskräftig in dem Sinn entschieden, daß Dr.S\*\*\*\*\* die Befugnis zur Verwaltung und Vertretung des gesamten Nachlasses eingeräumt wurde. Dies zeigt aber, daß diesem Beschluß des Erstgerichtes jedenfalls hier nicht bloß deklarative Bedeutung beigemessen werden kann. Dazu kommt noch, daß überhaupt fraglich ist, ob Dr.S\*\*\*\*\* Verwaltungsbefugnisse aus dem Testament ableiten kann. In Punkt 12 des Testamentes wurde nämlich Dr.G\*\*\*\*\* zum Testamentsvollstrecker bestimmt. Ihm steht zwar das Recht zu, einen Nachfolger zu ernennen, wobei zum Kreis der in Betracht kommenden Personen auch Dr.S\*\*\*\*\* gehört. Dieser behauptete in seiner Eingabe vom 9.12.1994 (ON 4) zwar, daß Dr.G\*\*\*\*\* am 13.8.1988 erklärt habe, sein Amt nicht anzutreten, weshalb er im Sinne des Verstorbenen das Amt des Testamentsvollstreckers zu übernehmen habe. Nach der der Eingabe angeschlossenen Urkunde hat Dr.G\*\*\*\*\* aber lediglich erklärt, für den Fall seines Vorversterbens und für den Fall seines Todes vor Beendigung seines Amtes als Testamentsvollstrecker und jeden anderen Fall der Beendigung seines Amtes als Testamentsvollstrecker, der nicht auf dem Willen des Erblassers beruht, zu seinem Nachfolger Dr.S\*\*\*\*\* zu berufen. Der Erklärung ist also nicht zu entnehmen, daß Dr.G\*\*\*\*\* sein Amt nicht antreten wollte, weshalb durch die von Dr.S\*\*\*\*\* vorgelegte Urkunde nicht dargetan wurde, daß er von Dr.G\*\*\*\*\* im Sinn des Punktes 12 des Testamentes zu seinem Nachfolger ernannt wurde. Auch dies steht der Ansicht der Vorinstanzen entgegen, das Verfahren außer Streitsachen sei nicht zulässig, weil die Annahme, von der sie hiebei ausgehen, daß nämlich Dr.S\*\*\*\*\* seine Befugnisse aus dem Testament ableite, nicht den bisher vorliegenden Verfahrensergebnissen entspricht.

Zu bedenken ist ferner, daß der Oberste Gerichtshof bereits mehrfach die Ansicht vertreten hat, der Testamentsvollstrecker könne vom Abhandlungsgericht bei Vorliegen wichtiger Gründe von seiner Funktion enthoben werden (ZBl 1918/18; SZ 16/189; SZ 43/58 = EvBl 1970/293 = NZ 1971, 12; EF 55.666; 8 Ob 1572/95). Die selbe Meinung wurde auch im Schrifttum vertreten (Weiß in Klang\*\*2 III 1041 f; Grüll, Testamentsvollstrecker und Abhandlungspfleger, NZ 1956, 38 [40]; Ehn,Zu bedenken ist ferner, daß der Oberste Gerichtshof bereits mehrfach die Ansicht vertreten hat, der Testamentsvollstrecker könne vom Abhandlungsgericht bei Vorliegen wichtiger Gründe von seiner Funktion enthoben werden (ZBl 1918/18; SZ 16/189; SZ 43/58 = EvBl 1970/293 = NZ 1971, 12; EF 55.666; 8 Ob 1572/95). Die selbe Meinung wurde auch im Schrifttum vertreten (Weiß in Klang\*\*2 römisch III 1041 f; Grüll, Testamentsvollstrecker und Abhandlungspfleger, NZ 1956, 38 [40]; Ehn,

Der Testamentsvollstrecker, NZ 1977, 36 [38]; Iro, Ist der Testamentsvollstrecker in die Einantwortungsurkunde einzutragen? NZ 1977, 18; F.Bydlinski, Letztwillige Verwaltungsanordnungen, JBl 1981, 72 [73]; Welser in Rummel\*\*2 Rz 14 zu § 816; Eccher in Schwimann\*\*2 Rz 9 zu § 816; aM Kralik, Erbrecht 272, 276). Den hiezu vorliegenden Ausführungen ist zum Teil weder ausdrücklich, noch auch schlüssig zu entnehmen, ob sie nur für den "überwachenden" oder auch für den "verwaltenden" Testamentsvollstrecker Gültigkeit haben. Nach Ansicht des erkennenden Senates besteht aber kein Grund, die beiden Fälle unterschiedlich zu behandeln, weil in beiden Fällen der Wille des Erblassers von Bedeutung ist. Der gegenteiligen Auffassung von Sprung/Fink (JBl 1996, 215 f) vermag sich

der erkennende Senat nicht anzuschließen. Sie wird im wesentlichen damit begründet (aaO 216), daß die Rechtstellung des überwachenden Testamentsvollstreckers von den Erben nicht unmittelbar beeinflussbar sei, weshalb nur die Enthebung durch das Verlassenschaftsgericht (allenfalls auch auf Antrag der Erben) in Betracht komme. Wie sich aber aus den anschließenden Ausführungen dieser Autoren ergibt, haben die Erben erst nach der Einantwortung bzw nach der Übertragung der "Besorgung und Benützung" der Verlassenschaft (§ 810 ABGB) die Möglichkeit, die Nachlaßverwaltung durch rechtsgeschäftliche Erklärung gemäß § 1020 ABGB zu widerrufen. Jedenfalls bis zur angeführten Übertragung müßten daher auch die genannten Autoren für die Gleichbehandlung beider Formen des Testamentsvollstreckers eintreten. Der Testamentsvollstrecker, NZ 1977, 36 [38]; Iro, Ist der Testamentsvollstrecker in die Einantwortungsurkunde einzutragen? NZ 1977, 18; F.Bydlinski, Letztwillige Verwaltungsanordnungen, JBl 1981, 72 [73]; Welser in Rummel\*\*2 Rz 14 zu Paragraph 816 ;, Eccher in Schwimann\*\*2 Rz 9 zu Paragraph 816 ;, aM Kralik, Erbrecht 272, 276). Den hiezu vorliegenden Ausführungen ist zum Teil weder ausdrücklich, noch auch schlüssig zu entnehmen, ob sie nur für den "überwachenden" oder auch für den "verwaltenden" Testamentsvollstrecker Gültigkeit haben. Nach Ansicht des erkennenden Senates besteht aber kein Grund, die beiden Fälle unterschiedlich zu behandeln, weil in beiden Fällen der Wille des Erblassers von Bedeutung ist. Der gegenteiligen Auffassung von Sprung/Fink (JBl 1996, 215 f) vermag sich der erkennende Senat nicht anzuschließen. Sie wird im wesentlichen damit begründet (aaO 216), daß die Rechtstellung des überwachenden Testamentsvollstreckers von den Erben nicht unmittelbar beeinflussbar sei, weshalb nur die Enthebung durch das Verlassenschaftsgericht (allenfalls auch auf Antrag der Erben) in Betracht komme. Wie sich aber aus den anschließenden Ausführungen dieser Autoren ergibt, haben die Erben erst nach der Einantwortung bzw nach der Übertragung der "Besorgung und Benützung" der Verlassenschaft (Paragraph 810, ABGB) die Möglichkeit, die Nachlaßverwaltung durch rechtsgeschäftliche Erklärung gemäß Paragraph 1020, ABGB zu widerrufen. Jedenfalls bis zur angeführten Übertragung müßten daher auch die genannten Autoren für die Gleichbehandlung beider Formen des Testamentsvollstreckers eintreten.

Zusammengefaßt ist der erkennende Senat der Meinung, daß der vom Erblasser bestimmten Person dann, wenn sie durch einen gesonderten Beschluß des Verlassenschaftsgerichtes mit der Verwaltung des gesamten Nachlasses oder der Vornahme einzelner Verwaltungshandlungen betraut wurde, durch einen vom Verlassenschaftsgericht im Verfahren außer Streitsachen zu fassenden Beschluß die ihr übertragenen Befugnisse zu entziehen sind, wenn wichtige Gründe dies geboten erscheinen lassen. Ob solche wichtigen Gründe gegeben sind, ist nicht bloß unter Berücksichtigung der Interessen einzelner Erben, sondern in erster Linie unter Berücksichtigung des Willens des Erblassers zu beurteilen. Die Zuständigkeit des Verlassenschaftsgerichtes und die Zulässigkeit des Verfahrens außer Streitsachen endet jedenfalls mit der Einantwortung des Nachlasses an die Erben.

Da die Vorinstanzen daher zu Unrecht von der Unzulässigkeit des Verfahrens außer Streitsachen ausgegangen sind, waren ihre Entscheidungen aufzuheben.

Das Erstgericht wird über den Antrag des Revisionsrekurswerbers ohne Rücksicht auf den gebrauchten Zurückweisungsgrund zu entscheiden haben.

#### **Anmerkung**

E50965 02A01058

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1998:0020OB00105.98Z.0522.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19980522\_OGH0002\_0020OB00105\_98Z0000\_000

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

© 2025 JUSLINE

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

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