

# TE OGH 1989/7/20 8Ob682/88

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 20.07.1989

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Hon.Prof.Dr. Griehsler als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Kropfitsch, Dr. Huber, Dr. Schwarz und Dr. Graf als weitere Richter in der Verlassenschaftssache nach dem am 4. Dezember 1983 verstorbenen Ing. Norbert G\*\*\*, infolge Revisionsrekurses der Witwe Eva G\*\*\*, Angestellte, 1210 Wien, Josef Ruston-Gasse 24/3/2, vertreten durch Dr. Erich Hermann, Rechtsanwalt in Wien, und des Testamentsvollstreckers Dr. Alfred Z\*\*\*, em. Rechtsanwalt in 1020 Wien, Praterstern 1, Hochhaus, gegen den Beschluß des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgericht vom 15. September 1988, GZ 44 R 115/88-58, womit der Beschluß des Bezirksgerichtes Floridsdorf vom 17. März 1988, GZ 1 A 651/83-52, bestätigt wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Beiden Rekursen wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluß und die Punkte 2 a und b des erstgerichtlichen Beschlusses werden aufgehoben. Dem Erstgericht wird insoweit die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufgetragen.

## Text

Begründung:

Eva G\*\*\*, die Witwe und Allein- und Vorerbin nach

Ing. Norbert Dominik Maria G\*\*\*, stellte unter ON 46 und 48 den Antrag, den Verkauf von fünf Schiele-Ölbildern, die zum Substitutionsgut gehören, substitutionsbehördlich zu genehmigen, weil sie den Verkaufserlös zur Abdeckung im einzelnen angegebener, angeblich noch in einer Höhe von insgesamt S 3,274.691,87 unbeglichen gebliebener Nachlaßverbindlichkeiten benötige. Das Erstgericht hob hinsichtlich zweier Bilder das Substitutionsband auf, wies das Mehrbegehren ab und trug dem Substitutionskurator auf, den bei der Veräußerung der beiden Bilder erzielten Erlös, soweit er den Betrag von S 604.400,- übersteigt, auf ein Sparbuch zu erlegen und dessen Kontonummer zwecks substitutionsbehördlicher Sperre bekannt zu geben. In seiner Entscheidungsbegründung verwies es darauf, daß die nicht von der Substitution umfassten Nachlaßaktiven insgesamt S 600.931,69 betragen und der Alleinerbin unbeschränkt zur teilweisen Abdeckung der behaupteten offenen Nachlaßverbindlichkeiten zur Verfügung stünden. Soweit weitere Nachlaßschulden zu begleichen seien, könne hiezu nach der Rechtsprechung das Substitutionsgut herangezogen werden. Zu solchen Nachlaßverbindlichkeiten zählten Pflichtteilsansprüche, Massekosten, Sachverständigengebühren, Gebühren des Gerichtskommissärs, nicht jedoch Erbschaftssteuern, Kosten der Vertretung der Erben im Verlassenschaftsverfahren, Kosten von privaten Schätzungsgutachten usw. Demnach seien

hier zulässiger Weise die Pflichtteilsansprüche, die Schulden des Erblassers sowie Massekosten im Gesamtbetrag von S 1,205.369,10 abzudecken. Nicht dagegen die Kosten des im Verlassenschaftsverfahren für die Noterben eingeschrittenen Rechtsanwaltes Dr. R\*\*\* in der Höhe von S 697.000,-- sowie jene des Dr. Z\*\*\* in Höhe von S 1,327.973,75, denn dieser sei "zwar vom Erblasser zum Testamentsvollstrecker bestellt worden", jedoch "zweifelsohne stets als Bevollmächtigter der Witwe des Erblassers" eingeschritten, so daß seine Kosten von dieser zu tragen seien. Auch die von der Erbin zu zahlenden Erbschaftssteuern und die Kosten eines von ihr privat eingeholten Schätzungsgutachtens des Dorotheums stellten keine Nachlaßverbindlichkeiten dar. Auf Grund der vom Auktionshaus Sotheby's erstellten Schätzwerte erscheine die Veräußerung der genannten beiden Bilder hinreichend, um die angeführten Nachlaßverbindlichkeiten abzudecken. Da bei der freiwilligen Versteigerung die Erzielung auch eines die festgestellten Schätzwerte übersteigenden Erlöses möglich erscheine sei der über die abzudeckenden Nachlaßverbindlichkeiten hinausgehende Verkaufserlös substitutionsbehördlich zu sperren gewesen. Gegen den erstgerichtlichen Beschluß erhob die Alleinerbin Rekurs mit dem Antrag auf teilweise Abänderung dahin, daß der Verkauf von zwei weiteren Ölbildern substitutionsbehördlich genehmigt werde. Auch der Substitutionskurator und der Testamentsvollstrecker erhoben Rekurse.

Das Gericht zweiter Instanz gab keinem der Rechtsmittel Folge. Es verwies darauf, daß der Testamentsvollstrecker Dr. Z\*\*\* in Punkt IX des notariellen Erbvertrages und wechselseitigen Testamentes der Ehegatten G\*\*\* ohne nähere Regelung "zum Testamentsvollstrecker" bestellt wurde und hieraus folge, daß sich dieser, sofern er "überhaupt für seine Tätigkeit eine Forderung erheben könne", nur auf die rechtsgeschäftliche Bestellung durch den Erblasser stützen könne und seine Vergütung im Prozeßweg einklagen müsse (SZ 43/58). Mangels einer im vorliegenden Falle getroffenen "privatrechtlichen Regelung seiner Befugnisse" erscheine ein Entgeltanspruch "überhaupt problematisch". Dazu komme, daß "Dr. Z\*\*\* gemäß Vollmacht der erbl. Witwe vom 1. Februar 1984 (siehe AS 29) ausschließlich als Erbenmachthaber, sohin als gewillkürter Vertreter der Witwe und in deren Interesse aufgetreten ist und daher eine genaue Aufgliederung und Detaillierung dahingehend erforderlich wäre, ob und welche Leistungen er in seiner Funktion als Testamentsvollstrecker gesetzt hat". Im Hinblick auf die "vorhin getätigten rechtlichen Überlegungen" könne dies aber dahingestellt bleiben. Dieser "Kostenkomplex" sei somit vom Erstgericht zu Recht ausgeschieden worden. An Erbschaftssteuern habe die Rekurswerberin Eva G\*\*\* bisher nach ihrem eigenen Vorbringen lediglich S 2.020,-- bezahlt, eine allfällige künftige Steuerpflichtigkeit stelle vorerst nur eine Fiktion dar. Erbschaftssteuern seien zudem als persönliche Schuld des Erben bei den Nachlaßverbindlichkeiten nicht zu berücksichtigen. Gehe man von den tatsächlich offenen Nachlaßverbindlichkeiten und vom Schätzwert der beiden freigegebenen Bilder aus, so verbleibe zwar ein ungedeckter Differenzbetrag von rund S 100.000,--. Der Erlös aus Schiele-Bildern sei aber nicht an der Untergrenze des Schätzwertes anzusetzen. Die Vorerbin beziehe auch ein Arbeitseinkommen von S 30.000,-- monatlich, sei Fruchtnießerin (§ 613 ABGB) des Mietwohngrundstückes Persenbeug und die als Nachlaßverbindlichkeit verzeichneten Gebühren des Sachverständigen Christian N\*\*\* von S 80.000,-- erschienen zweifellos weit überhöht. Somit entspreche der erstgerichtliche Beschluß der Sach- und Rechtslage. Gegen die rekursgerichtliche Entscheidung wenden sich die auf die Anfechtungsgründe der Nichtigkeit, der offenbaren Gesetzeswidrigkeit und der Aktenwidrigkeit im Sinne des § 16 AußStrG gestützten außerordentlichen Revisionsrekurse der Allein- und Vorerbin sowie des Testamentsvollstreckers jeweils mit dem Antrag auf Aufhebung und Rückverweisung an die Vorinstanzen zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung, in eventu auf Abänderung im Sinne der Stattgebung der gestellten bzw. vor dem Rekursgericht aufrecht erhaltenen Anträge auf substitutionsbehördliche Genehmigung des Verkaufes der bezeichneten Ölbilder.

Die Allein- und Vorerbin führt in ihrem Rechtsmittel aus, das Rekursgericht habe die Stellung des Testamentsvollstreckers völlig verkannt. Dessen Tätigkeit richte sich nach den Regeln des Bevollmächtigungsvertrages und daher sei auch sein Entgeltanspruch, der im Zweifel vermutet werde, danach zu beurteilen (SZ 43/58). Demgemäß habe sich das Rekursgericht über die Bestimmungen der §§ 816, 1004 und 1013 ABGB betreffend den Entgeltanspruch des Testamentsvollstreckers völlig hinweggesetzt. Dieser Anspruch stelle eine Nachlaßverbindlichkeit dar, zumal hiezu auch Erbfalls- und Erbgangsschulden zählten. Als Aktenwidrigkeit wird die Annahme des Rekursgerichtes gerügt, Dr. Z\*\*\* sei im Verfahren nicht als Testamentsvollstrecker, sondern ausschließlich als Erbenmachthaber eingeschritten. Dem widerspreche schon der Inhalt des Notariatsaktes über seine Bestellung zum Testamentsvollstrecker und insbesondere auch die rekursgerichtliche Ansicht selbst, die Tätigkeit Dris Z\*\*\* müsse aufgegliedert werden in eine solche, die er als Testamentsvollstrecker und in eine solche, die er als Erbenmachthaber erbracht habe. Hinsichtlich der Erbschaftssteuern sei die rekursgerichtliche Entscheidung ebenfalls widersprüchlich. Im Rechtsmittel des

Testamentsvollstreckers Dr. Z\*\*\* wird ausgeführt, dieser habe erst nach Fassung des erstgerichtlichen Beschlusses Kenntnis vom diesbezüglichen Antrag der Vorerbin erlangt und sei solcherart in erster Instanz "übergangen" worden; darin liege eine Nichtigkeit des Verfahrens und auch des nunmehr angefochtenen Beschlusses, weil das Rekursgericht von den erstgerichtlichen Feststellungen ausgegangen sei. Im Sinne des § 816 ABGB und der Entscheidung SZ 43/58 habe er einen Entgeltanspruch, so daß dessen Verneinung durch die Vorinstanzen eine offenbare Gesetzwidrigkeit darstelle. Aus den Leistungsverzeichnissen ergebe sich auch, daß er "in allen diesen Fällen" seiner Funktion gemäß als Testamentsvollstrecker und nicht als Erbenmachthaber eingeschritten sei. Es sei seine Aufgabe gewesen, die Interessen des Erblassers gegenüber den Noterben und im Verhältnis zwischen der Vorerbin und den Nacherben zu wahren. Zu diesem Zwecke habe er alle seine Verpflichtungen, so zur Inventarisierung (§ 95 AußStrG), Erstellung des Testamentsausweises und der übrigen Ausweise (§§ 157-161, 164 AußStrG), voll erfüllt. Zu einer näheren Detaillierung der Leistungen laut Leistungsverzeichnis hätten ihm die Vorinstanzen keine Gelegenheit gegeben und sie hätten von ihm auch keine diesbezügliche Auskunft gefordert. Im weiteren befaßt sich der Rekurswerber Dr. Z\*\*\* mit dem in den seinerzeitigen, gegen den erstgerichtlichen Beschluß gerichteten Rekursen der Allein- und Vorerbin sowie des Substitutionskurators erstatteten Vorbringen.

### **Rechtliche Beurteilung**

Beide Revisionsrekurse sind gerechtfertigt:

Zunächst ist die Legitimation des im notariellen Testament der Ehegatten G\*\*\*, also vom Erblasser Ing. Norbert G\*\*\* und der Allein- und Vorerbin Eva G\*\*\*, ausdrücklich wenngleich ohne weiteren Hinweis zum Testamentsvollstrecker bestimmten Rechtsanwaltes Dr. Werner Z\*\*\* zur Erhebung des Rekurses und Revisionsrekurses zu bejahen.

Gemäß § 816 ABGB obliegt es dem Testamentsvollstrecker "als eines Machthabers, die Anordnungen des Erblassers selbst zu vollziehen oder den saumseligen Erben zur Vollziehung derselben zu betreiben". In diesem Sinne ist es die wesentliche Aufgabe des Testamentsvollstreckers, die Durchführung des letzten Willens des Erblassers zu überwachen und zu betreiben (vgl. hiezu Welser in Rummel ABGB Rz 5-9 zu § 816; Weiß in Klang<sup>2</sup> III 1038; Ehrenzweig II/2 478; Verfahren Außerstreitsachen MGA2 E 19-35 zu § 80; SZ 14/46; SZ 40/62; 7 Ob 658/79; 4 Ob 520/83; 3 Ob 536/89). Zu diesem Zwecke ist er gemäß § 95 AußStrG zur Inventarisierung zu laden und er hat nach der ausdrücklichen Anordnung des § 164 AußStrG auch gemeinsam mit den Erben die Ausweise über die Befolgung des letzten Willens des Erblassers (§§ 157-161 AußStrG) zu erbringen. Im Hinblick auf diese Aufgaben des Testamentsvollstreckers, als Machthaber des Erblassers für die Befolgung des letzten Willens desselben zu sorgen, muß ihm, soweit seine Agenden von verlassenschaftsgerichtlichen oder substitutionsbehördlichen Verfügungen betroffen werden, auch jedenfalls ein Rekursrecht zugestanden werden (vgl. Welser aaO; Verfahren Außerstreitsachen aaO E 34; 4 Ob 520/83).

Die Frage, ob und in welchem Umfang Substitutionsgut zur Abdeckung von Nachlaßverbindlichkeiten veräußert werden muß, berührt zwar nicht notwendig den Aufgabenkreis eines Testamentsvollstreckers. Die gerichtliche Verweigerung der Bezahlung einer Nachlaßverbindlichkeit aus dem Nachlaßvermögen kann jedoch dem Willen des Erblassers widersprechen. Zur Bekämpfung einer solchen Verfügung im Rechtsmittelwege ist der Testamentsvollstrecker daher grundsätzlich befugt. Demgemäß ist auch hier die Rechtsmittellegitimation des Rekurswerbers Dr. Z\*\*\* zu bejahen. Der von Dr. Z\*\*\* im Revisionsrekurs geltend gemachte Beschwerdegrund der Nichtigkeit des angefochtenen Beschlusses wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt nicht vor, weil es nach ständiger Rechtsprechung im außerstreitigen Verfahren im allgemeinen genügt, daß den Beteiligten die Möglichkeit der Stellungnahme im Rekurs eröffnet wurde (2 Ob 281/64 uva, zuletzt 6 Ob 15/88, 1 Ob 653/88). Ein auch im Außerstreitverfahren als Nichtigkeit zu wertender Verstoß gegen § 477 Abs 1 Z 9 ZPO ist entgegen den Rechtsmittelausführungen der Allein- und Vorerbin schon deswegen nicht gegeben, weil hierfür ein Widerspruch im Spruche der Entscheidung erforderlich wäre, hier aber lediglich ein solcher in den Entscheidungsgründen behauptet wird. Selbst eine solche widersprüchliche Begründung liegt aber nicht vor, denn das Rekursgericht geht - jedenfalls im Ergebnis - ohnehin davon aus, daß Dr. Z\*\*\* auch eine Tätigkeit als Testamentsvollstrecker entfaltet hat. Die diesbezügliche Aktenwidrigkeitsrüge ist deshalb nicht begründet.

Der von beiden Rechtsmittelwerbern erhobene Vorwurf der offenbaren Gesetzwidrigkeit der rekursgerichtlichen Entscheidung ist hingegen gerechtfertigt.

Wie bereits ausgeführt, hat der vom Erblasser bestimmte Testamentsvollstrecker gemäß § 816 ABGB als Machthaber für die Vollziehung der Anordnungen des Erblassers zu sorgen. Er ist daher als Machthaber auf Grund

rechtsgeschäftlicher Bestellung tätig und es steht ihm demgemäß nach § 1004 ABGB für seine Tätigkeit ein Entgeltanspruch zu, wenn Belohnung nach seinem Stande, (wie z.B. bei einem Notar oder einem Rechtsanwalt) als bedungen gilt (vgl. hiezu Ehrenzweig-Kralik<sup>3</sup>, Erbrecht 275; Strasser in Rummel ABGB Rz 5 zu § 1004; SZ 27/258; SZ 43/58). Mit diesem Anspruch des Testamentsvollstreckers auf Ersatz von Barauslagen und auf Entgelt hat der Erblasser das Nachlaßvermögen selbst rechtsgeschäftlich belastet; dieser Anspruch muß daher als eine Nachlaßverbindlichkeit angesehen werden (vgl. Ehrenzweig-Kralik aaO 346). Über diesen Vergütungsanspruch ist, wie bereits in den Entscheidungen SZ 27/258 und SZ 43/58 ausgeführt wurde, im Bestreitungsfall nicht vom Nachlaßgericht, sondern vom Prozeßgericht zu entscheiden. Soweit er unbestritten bleibt oder rechtskräftig zuerkannt wird, ist er aus dem Nachlaßvermögen bzw. durch den Erben (§ 815 ABGB) zu berichtigen. Zur Abdeckung von Erblasserschulden sowie Erbgangs- und Erbfallsschulden (vgl. Ehrenzweig-Kralik aaO 347) ist nach Lehre und Rechtsprechung mit Zustimmung des Verlassenschaftsgerichtes als Substitutionsbehörde grundsätzlich die Veräußerung von Substitutionsvermögen zulässig, insbesondere dann, wenn aus dem Verkaufserlös Nachlaßschulden zu decken sind, die sonst im Wege der Zwangsversteigerung durch die Nachlaßgläubiger hereingebracht würden (Weiß in Klang<sup>2</sup> III 409 ff; Koziol-Welser<sup>8</sup> II 341; Ehrenzweig II/2 461 f; RZ 1961/182; SZ 59/130; 3 Ob 517/82; 3 Ob 108, 109/86). Eine solche Veräußerung hielt hier auch das Rekursgericht für zulässig, doch hat es die Berichtigung des Honoraranspruches des Testamentsvollstreckers aus dem Erlös von veräußertem Substitutionsgut mit der verfehlt, weil die Bestimmungen der §§ 816 und 1004 ABGB übergehenden Begründung abgelehnt, daß dieser Anspruch mangels einer im vorliegenden Falle getroffenen "privatrechtlichen Regelung seiner Befugnisse überhaupt problematisch erscheine" und (zunächst) im Prozeßweg geltend gemacht werden müsse.

Die Höhe der Entgeltforderung des Testamentsvollstreckers war sowohl von der Allein- und Vorerbin sowie den Interessen der Nacherben vertretenden Substitutionskurator unbestritten geblieben; dieser hatte auch ausdrücklich der von der Vorerbin beantragten Berichtigung dieser Forderung aus dem Erlös zu veräußernden Substitutionsgutes zugestimmt und sie auch noch in seinem Rekurs gegen den erstgerichtlichen Beschluß gefordert. Eine Klärung der Höhe der Entgeltforderung des Testamentsvollstreckers im Prozeßweg (siehe SZ 27/258) war solcherart nicht erforderlich, so daß die Vorinstanzen sogleich darüber substitutionsbehördlich hätten entscheiden müssen, ob und in welchem Umfang dem Antrag auf Veräußerung von Substitutionsgut auch zur Abdeckung jenes Entgeltanspruches stattgegeben wird, welcher Rechtsanwalt Dr. Z\*\*\* aufgrund seiner tatsächlich entfalteten Tätigkeit als Testamentsvollstrecker - nicht als Erbenmachthaber - innerhalb des ihm nach dem Gesetz zukommenden Wirkungsbereichs gemäß den §§ 816, 1004 ABGB zusteht. Hierbei waren sie aber nicht an die zwischen den Beteiligten (Vorerbin, Substitutionskurator, Testamentsvollstrecker) unbestritten gebliebene Höhe der geltend gemachten Entgeltforderung gebunden, sondern hatten bei ihrer Entscheidung als Substitutionsbehörde die Pflicht, das im Sinne der §§ 816, 1004 ABGB bedungene Entgelt (vgl. Strasser aaO Rz 9) zugrunde zu legen. Die auf eine mangelnde "privatrechtliche Regelung der Befugnisse des Testamentsvollstreckers" gestützte Ablehnung der dem Zwecke der Freigabe des erforderlichen Substitutionsvermögens dienenden Festsetzung der gerechtfertigten Entgeltforderung des Testamentsvollstreckers durch das Rekursgericht erscheint offenbar gesetzwidrig, weil sie mit den klaren Bestimmungen der §§ 816, 1004 ABGB, welche dem Testamentsvollstrecker als einem Machthaber nach seinem Stande einen Belohnungsanspruch zuerkennen, in Widerspruch steht.

Die vorinstanzlichen Beschlüsse waren daher in dem aus dem Spruch ersichtlichen Umfang aufzuheben und dem Erstgericht war aufzutragen, das Verfahren durch Feststellung der vom Testamentsvollstrecker in seinem gesetzlichen Wirkungsbereich - bei welcher Gelegenheit auch immer - tatsächlich geleisteten Überwachungs- und Mitwirkungstätigkeit und des dafür gerechtfertigten Entgeltes zu ergänzen und sodann neuerlich zu entscheiden.

Im übrigen kann eine offenbare Gesetzwidrigkeit der angefochtenen Entscheidung nicht erkannt werden; die rekursgerichtliche Ansicht, daß die vom Erben zu entrichtende Erbschaftssteuer keine Nachlaßverbindlichkeit darstelle, widerspricht nicht dem Gesetz, sondern steht vielmehr mit diesem im Einklang.

In Stattgebung der außerordentlichen Revisionsrekurse war somit spruchgemäß zu entscheiden.

#### **Anmerkung**

E18716

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

ECLI:AT:OGH0002:1989:0080OB00682.88.0720.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19890720\_OGH0002\_0080OB00682\_8800000\_000

**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)