

# TE OGH 1983/8/31 1Ob609/83

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 31.08.1983

## Norm

ABGB §810

AußStrG §145

HGB §161

## Kopf

SZ 56/123

## Spruch

Dem Erben dürfen mit der Besorgung und Verwaltung der Verlassenschaft nicht mehr Rechte eingeräumt werden, als ihm nach der Einantwortung zukommen sollen

War der Erblasser Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft, hat der Erbe aber nur Anspruch darauf, Kommanditist zu werden, kann dem Erben, solange die Verlassenschaft noch die Stellung eines offenen Gesellschafters innehat, die Besorgung und Verwaltung der Verlassenschaft nicht eingeräumt werden

Die Absonderung des Nachlasses kann durch eine vom Erben angebotene Sicherheitsleistung abgewendet werden; das Abhandlungsgericht hat allein darüber zu entscheiden, ob durch die angebotene Sicherheit die Gefährdung der Absonderungsgläubiger als behoben anzusehen ist

OGH 31. 8. 1983, 1 Ob 609/83 (KG Korneuburg 5 R 288/82; BG Stockerau A 86/78)

## Text

Der am 16. 2. 1978 verstorbene Josef F sen. war mit einem Kapitalanteil von 40 % an der Firma J & A F, einer offenen Handelsgesellschaft, beteiligt; die übrigen Kapitalanteile standen und stehen der geschiedenen Gattin des Josef F sen, Antonia F (40%), und dem Sohn Johann F (20%) zu. Im Abhandlungsverfahren gaben Josef F jun. und Johann F widerstreitende Erbserklärungen ab. Die Genannten wurden mit Beschluß des Erstgerichtes vom 5. 9. 1979 auf den Rechtsweg verwiesen. Das Kreisgericht Korneuburg wies mit Urteil vom 30. 3. 1981, 4 Cg 345/80, das Klagebegehren des Johann F, das Testament des Erblassers vom 13. 9. 1978 sei wirkungslos, weil es durch das Testament vom 12. 2. 1978 widerrufen worden sei, dem Kläger stehe auf Grund des Gesetzes sowie auf Grund des Testamentes vom 12. 2. 1978 das Erbrecht zum Nachlaß des Josef F sen. zu gleichen Teilen mit dem Beklagten Josef F jun. zu, ab. Der Berufung und der Revision des Klägers gegen dieses Urteil blieb der Erfolg versagt.

Mit dem am 24. 11. 1981 beim Erstgericht eingelangten Antrag begehrte Josef F jun. unter Hinweis auf die von ihm abgegebene Erbserklärung und die im Erbrechtsstreit ergangene Entscheidung, ihm gemäß § 145 AußStrG die Besorgung und Verwaltung des Nachlasses zu überlassen. Johann F und die Firma J & A F sprachen sich gegen den vom Erben gestellten Antrag aus und beantragten ihrerseits die Separation des Nachlasses vom Vermögen des Erben.

Josef F jun. beantragte, dem Separationsantrag nicht stattzugeben; er bot zur Abwendung der Nachlaßseparation die Erstellung einer Bankgarantie in der Höhe von 30 Mio. S und die Verpfändung sämtlicher ihm aus dem Nachlaß des Josef F sen. zukommenden Vermögenswerte an.

Der Erstrichter überließ Josef F jun. die Besorgung und Verwaltung des Nachlasses und wies die Anträge des Johann F und der Firma J & A F auf Absonderung des Nachlasses vom Vermögen des Erben ab. Die Übertragung der Besorgung und Verwaltung des Nachlasses an den Erben sei unbedenklich, weil der Erbe ohnehin nur zu Maßnahmen der ordentlichen Verwaltung berechtigt sei und außergewöhnliche Geschäfte der Zustimmung des Abhandlungsgerichtes bedürfen. Sollte der Erbe die Verwaltung der 40%igen Beteiligung des Erblassers treuwidrig ausüben, könne dem mit gesellschaftsrechtlichen Rechtsbehelfen entgegengetreten werden.

Das Rekursgericht gab dem Rekurs des Johann F teilweise Folge und änderte den Beschluß des Erstrichters dahin ab, daß die Besorgung und Verwaltung der Verlassenschaft nach Josef F sen. dem erbserklärten Erben Josef F jun. gegen Erlag einer Sicherheitsleistung von 40 Mio. S übertragen wurde; für die Leistung der Sicherheit wurde eine Frist von drei Monaten ab Rechtskraft des Beschlusses bestimmt. Dem Noterben und Legatar Johann F wird zur Sicherung seiner Pflichtteils- und Legatsansprüche die Separation des Nachlasses vom Vermögen des erbserklärten Erben Josef F jun. für den Fall bewilligt und die Bestellung eines Separationskurators angeordnet, daß der Erbe Josef F jun. die Sicherheitsleistung in der gesetzten Frist nicht erlegt.

Das Rekursgericht führte aus, dem Erstgericht sei zuzustimmen, daß der Erbe bei hinreichender Ausweisung seines Erbrechtes einen Anspruch auf Übertragung der Besorgung und Benützung der Verlassenschaft habe. Der Antrag des Josef F jun. sei allerdings nur dann gerechtfertigt, wenn dem Separationsantrag des Noterben keine Berechtigung zukomme. Zur Begründung des Separationsantrages genüge die Bescheinigung der Forderung und die hinreichend motivierte subjektive Besorgnis der Gefährdung dieser Forderung. Johann F habe seinen Separationsantrag ua. damit begründet, daß seinem Bruder als Erben durch die Überlassung der Besorgung und Verwaltung des Nachlasses die Befugnis eingeräumt werde, Komplementärsrechte des Erblassers in der Gesellschaft wahrzunehmen, wogegen ihm nach dem Inhalt des Gesellschaftsvertrages nur die Rechtsstellung eines Kommanditisten zukomme. Diese Kollision zwischen dem Vertragsrecht und den Normen des Erbrechtes sei bereits hinreichender Grund für die Nachlaßseparation. Bei Übertragung der Besorgung und Verwaltung des Nachlasses stünden dem Erben jedenfalls faktisch die Möglichkeiten eines geschäftsführenden Komplementärs in der offenen Handelsgesellschaft zur Verfügung, was eine Gefährdung der Ansprüche des Rekurswerbers als möglich erscheinen lasse. Wenn auch nach dem Gesellschaftsvertrag nur zwei persönlich haftende Gesellschafter gemeinsam vertretungsbefugt seien, sei doch nicht auszuschließen, daß Josef F jun. zusammen mit dem zweiten Gesellschafter, der Witwe des Erblassers, zum Nachteil des Rekurswerbers und der Verlassenschaft tätig werden könne. Bei der Firma J & A F handle es sich um eine Gesellschaft mit einem ausgedehnten Wirtschaftsbetrieb, zahlreichen Beteiligungen und einer Bilanzsumme für das Jahr 1980 von 400 Mio. S, sodaß die Befürchtungen des Noterben vor mißbräuchlichem Vorgehen des Erben, wenn dieser einmal in die Geschäftsführung der Gesellschaft maßgeblich eingreifen könne, nicht von vornherein als unmotiviert abgetan werden könne. Demnach erweise sich der Separationsantrag des Noterben schon aus diesem Grund als gerechtfertigt. Josef F jun. habe sich bereit erklärt, die Separation des Nachlasses dadurch abzuwenden, daß er eine Bankgarantie über 30 Mio. S beibringe und sämtliche ihm aus der Verlassenschaft nach seinem Vater zukommenden Vermögenswerte zugunsten des Johann F und der Firma J & A F verpfände. Die Leistung einer Sicherstellung auch aus dem Nachlaßvermögen sei zwar zulässig, doch sei die Verpfändung dieser Vermögenswerte schwer durchführbar. Dem könne jedoch durch Erhöhung der Summe der Bankgarantie Rechnung getragen werden. Dem Erben sei daher die Gelegenheit einzuräumen, durch die von ihm selbst angebotene Sicherheitsleistung die Separation des Nachlasses zugunsten der Forderungen des Noterben Johann F abzuwenden.

Über die Revisionsrekurse des Johann F und des Josef F jun. wies der Oberste Gerichtshof den Antrag des Josef F jun. auf Überlassung und Verwaltung des Nachlasses ab und bewilligte den Johann F die Separation des Nachlasses vom Vermögen des Erben Josef F jun., sofern nicht Josef F jun. binnen drei Monaten nach Rechtskraft des Beschlusses eine sich in ihrer Wirksamkeit auf den Zeitraum bis zur Befriedigung des Pflichtteils - bzw. Legatsanspruchs des Johann F erstreckende Bankgarantie über den Betrag von 30 Mio. S zur Sicherstellung aller Ansprüche beibringt, die Johann F als Noterbe und Legatar zufolge Vermengung der Verlassenschaft mit dem Vermögen des Erben erleidet.

#### **Rechtliche Beurteilung**

#### Aus der Begründung:

Der Rechtsmittelwerber Johann F wendet sich gegen die Überlassung des Nachlasses an den Erben zur Besorgung und Verwaltung und macht geltend, daß dadurch dem Erben die Möglichkeit eingeräumt werde, Komplementärrechte auszuüben, wogegen ihm nach dem Inhalt des Gesellschaftsvertrages nur die Rechtsstellung eines Kommanditisten zukommt. Zunächst ist zu klären, ob Johann F befugt ist, den Beschluß des Rekursgerichtes insoweit zu bekämpfen. Johann F hat im Abhandlungsverfahren als Noterbe und Legatar die Absonderung des Nachlasses vom Vermögen des Erben begehrt. Diesem Antrag wurde vom Rekursgericht entsprochen, nur wurde dem Erben die Möglichkeit eingeräumt, die Absonderung des Nachlasses durch Beibringung einer Sicherheit abzuwenden. Dem Noterben und Legatar, dem ohnehin zur Sicherung seiner Rechte die Absonderung des Nachlasses oder eine Sicherstellung bewilligt wurde, steht dann aber keine Einflußnahme darauf, ob dem Erben die Besorgung und Verwaltung des Nachlasses bewilligt wird, zu. Seine Rechtsstellung ist nach Beibringung der vom Gericht als hinreichend erkannten Sicherheit nicht mehr gefährdet. Nur als Gesellschafter der Firma J & A F kann Johann F geltend machen, daß durch Überlassung der Besorgung und Verwaltung des Nachlasses an Josef F jun. diesem die Möglichkeit eingeräumt werde, Komplementärrechte auszuüben, obwohl ihm nach dem Gesellschaftsvertrag nur die Rechtsstellung eines Kommanditisten zukommt. Damit wird nicht die Gefährdung der Gläubigerrechte, sondern ein unzulässiger Eingriff in Gesellschafterrechte behauptet. Es entspricht ständiger Rechtsprechung, daß im Abhandlungsverfahren auch dritte Personen, in deren rechtlich geschützte Interessen durch einen Beschluß des Abhandlungsgerichtes eingegriffen wird, rekursberechtigt sind (SZ 35/94; NZ 1955, 140; SZ 21/160). Die Rekurslegitimation ist demnach Johann F in seiner Eigenschaft als Gesellschafter der Firma J & A F zuzuerkennen.

Gemäß § 810 ABGB, § 145 AußStrG ist dem Erben, der sein Erbrecht hinreichend ausgewiesen hat, die Besorgung und Benützung (Verwaltung) der Verlassenschaft zu überlassen. Nach herrschender Ansicht hat der Erbe unter dieser Voraussetzung ein subjektives Recht auf Einräumung der Verwaltung (JBl. 1968, 522; Weiß in Klang[2], III 1013; Welser in Rummel, ABGB, Rdz. 3 zu §§ 809, 810). Die Regelung des Gesetzes geht offenbar davon aus, daß dem Erben, dem nach Einantwortung das Vollrecht zusteht, im Vorstadium, sofern nur sein Erbrecht hinreichend ausgewiesen ist, ein Teil der ihm künftig einzuräumenden Rechte, das Verwaltungsrecht, übertragen werden kann. Das vorläufige Recht kann aber nie weitergehend sein als das mit der Einantwortung erreichbare. Im vorliegenden Fall ist daher zu prüfen, ob die gesellschaftsvertragliche Regelung, die dem Erben nur die Rechtsstellung eines Kommanditisten einräumt, der Überlassung der Besorgung des Nachlasses entgegensteht. Gemäß Punkt VIII des Gesellschaftsvertrages (in der Fassung des Nachtrages vom 8. 8. 1958) wird im Todesfall eines Gesellschafters die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt, die Einlage ist jedoch mangels einhelliger Zustimmung aller Gesellschafter und der Erben in eine Kommanditeinlage umzuwandeln. Daß die einhellige Zustimmung der anderen Gesellschafter zur Aufnahme des Josef F jun. als offener Gesellschafter in die Firma J & A F nicht vorliegt, ist unbestritten. Die vertragliche Regelung soll die nach dem Gesetz im Falle des Todes eines Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft eintretenden Auflösung der Gesellschaft vermeiden (Kastner, Grundriß des Gesellschaftsrechts[4], 102). Die Gesellschaft wird mit dem Eintritt des Erben in eine Kommanditgesellschaft umgewandelt. Denkbar wäre auch eine vertragliche Regelung gewesen, daß sich die Gesellschaft mit dem Tod des Erblassers von selbst in eine Kommanditgesellschaft umwandelt (so Kastner, ÖJZ 1951, 31), sodaß ein Zwischenstadium, in dem der Nachlaß offener Gesellschafter ist (vgl. § 139 Abs. 1 HGB; SZ 43/198; Demelius in NZ 1954, 114), nicht besteht. Der vorliegende Gesellschaftsvertrag läßt eine solche Auslegung aber nicht zu, ist doch vereinbart, daß die Einlage "umzuwandeln ist", was auf eine erst vorzunehmende Regelung zwischen den Gesellschaftern in der die anderen Gesellschafter nur die Umwandlung der offenen Handelsgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft nicht ablehnen können, hindeutet. Es ist nach dem Gesellschaftsvertrag auch erst nach dem Tod eines Gesellschafters zu klären, ob nicht dem eintretenden Erben die Stellung eines Komplementärs eingeräumt wird. Klar ist, daß der Erbe auf die Stellung eines Kommanditisten beschränkt werden kann. Diese Vereinbarung und das Recht der anderen Gesellschafter zur Berufung darauf, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen bzw. gemacht zu haben, ist ihrem Sinn nach auch schon auf die Verlassenschaft zu beziehen. Die anderen Gesellschafter der Firma J & A F hätten daher einem Verlangen des Verlassenschaftskurators auf Eintragung der Verlassenschaft als Kommanditist, was immerhin im Hinblick auf den damit verbundenen Ausschluß der Haftung für die seit dem Erbfall begründeten Verbindlichkeiten von Vorteil hätte sein können, nicht entgegentreten können (Demeilus in NZ 1954, 115; vgl. auch SZ 24/270). Einen entsprechenden Antrag hätte auch der Erbe, wenn ihm an einer möglichst frühzeitigen Begründung der Kommanditistenstellung gelegen gewesen wäre, beim Verlassenschaftskurator anregen können. Da dies nicht geschehen ist, kommt dem ruhenden Nachlaß die Stellung eines offenen Gesellschafters zu. Die

Übertragung der Besorgung und Verwaltung des Nachlasses hätte in Ansehung des in den Nachlaß fallenden Gesellschaftsanteils die Folge, daß der Erbe auch zu Akten der Geschäftsführung und Vertretung befugt wäre. Demgegenüber ist der Kommanditist nach § 164 HGB in Ermangelung einer anderen vertraglichen Regelung von der Geschäftsführung ausgeschlossen, ein Recht zur Vertretung der Gesellschaft steht ihm nicht zu, auch seine Kontrollrechte sind gemäß § 166 HGB im Vergleich zu jenen des Komplementärs beschränkt (vgl. Kastner, aaO 121, 123, 124). Demelius, Kaufmännisches Nachlaßverfahren 141, erblickt in der Überlassung des Nachlasses zur Verwaltung stets auch die Ermächtigung des Erben zur Anmeldung des Verlassenschaftsprovisoriums in Ansehung der Vertretung beim Handelsregister. Dem Erben käme damit aber nicht, wie dies bei Überlassung der Besorgung und Verwaltung nur der Fall sein darf, ein Teil der ihm später ohnehin voll gebührenden Rechte, die Befugnis zur Verwaltung des Nachlasses, zu, sondern eine Rechtsstellung, die ihm später als eingetragter Erbe nicht gebührt. Dies stünde mit dem Wesen der Überlassung der Verwaltung des Nachlasses im Widerspruch, sodaß eine Verfügung gemäß § 810 ABGB, § 145 AußStrG im vorliegenden Fall nicht zu ergehen hat.

Eine bloß teilweise Überlassung des Nachlasses an den Erben läßt das Gesetz nicht zu (Ehrenzweig - Kralik, Erbrecht[3], 359) und wird offensichtlich vom Erben auch nicht angestrebt. Demzufolge ist der Antrag des Josef F jun. auf Übertragung der Besorgung und Verwaltung des Nachlasses abzuweisen. Dem Erben steht es aber, sofern es nicht zur Separation des Nachlasses kommt, offen, nach Regelung, daß dem Nachlaß nur Kommanditistenstellung zukommt, den Antrag auf Übertragung der Besorgung und Verwaltung des Nachlasses zu wiederholen.

Der Rechtsmittelwerber Josef F bekämpft den Beschluß des Rekursgerichtes ausdrücklich nur in Ansehung der Höhe der ihm zum Erlag freigestellten Sicherheitsleistung; die Bewilligung der Separation des Nachlasses zugunsten des Johann F bleibt unbekämpft. Er führt aus, daß seine Erklärung vor dem Abhandlungsgericht, eine Bankgarantie über 30 Mio. S beizubringen, nur im Hinblick auf die Erklärung des Johann F, der einen Pflichtteilsanspruch in dieser Höhe behauptet habe, erfolgt sei. Das Rekursgericht hätte die Höhe des Pflichtteilsanspruchs zu prüfen gehabt und sodann gegebenenfalls unter Anwendung eines "Sicherheitszuschlages" die Höhe der Sicherheitsleistung zu bestimmen gehabt. Gerechtfertigt sei nur eine Sicherheitsleistung in der Höhe von 15 Mio. S.

Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung kann die Absonderung des Nachlasses durch Sicherheitsleistung abgewendet werden (NZ 1969, 187; EvBl. 1958/380; ZBl. 1933/144; Welser aaO Rdz. 18 zu § 812; Ehrenzweig - Kralik aaO 363; Ehrenzweig, System[2] II/2, 532). Es ist nicht Aufgabe des Verlassenschaftsgerichtes, von Amts wegen den angemessenen Sicherheitsbetrag zu bestimmen. Vielmehr obliegt es dem Erben, von sich aus eine Sicherstellung anzubieten. Das Abhandlungsgericht hat dann darüber zu entscheiden, ob die Gefährdung des Absonderungsgläubigers durch die Leistung der angebotenen Sicherheit behoben werden kann (6 Ob 548/78). Der Rechtsmittelwerber hat im Abhandlungsverfahren angeboten, eine Bankgarantie über den Betrag von 30 Mio. S beizubringen und sämtliche ihm aus dem Nachlaß zukommenden Vermögenswerte zu verpfänden; welche Motive dafür bestimmend waren, ist ohne Belang. Daß seine Erklärung nicht ernst gemeint war, kann der Rechtsmittelwerber nicht geltend machen. Da der Antrag des Josef F jun. auf Übertragung der Besorgung und Verwaltung des Nachlasses abgewiesen wird und damit ein wesentliches Gefährdungsmoment in Wegfall gekommen ist, erscheint die vom Rechtsmittelwerber angebotene Bankgarantie in der Höhe von 30 Mio. S als Sicherheitsleistung ausreichend. Insoweit ist dem Rekurs Folge zu geben und gleichzeitig im Gegensatz zur Entscheidung der zweiten Instanz klarzustellen, daß die Beibringung einer Bankgarantie genügt. Die zeitliche Dauer der Sicherheitsleistung ist mit der Befriedigung der Ansprüche des Absonderungsberechtigten zu befristen (vgl. NZ 1969, 187; Ehrenzweig - Kralik, aaO 363).

#### **Anmerkung**

Z56123

#### **Schlagworte**

Abhandlungsgericht, s. a. Verlassenschaftsverfahren, Absonderungsgläubiger (Nachlaß), Sicherheitsleistung des Erben, Erbe, Besorgung und Verwaltung nach Gesellschafter einer OHG, Erbe, Umfang der mit der Übertragung der Besorgung und Verwaltung des, Nachlasses eingeräumten Rechtsstellung, Handelsgesellschaft, offene, s. a. Offene Handelsgesellschaft, Nachlaß, s. a. Erbe, Nachlaßseparation, Abwendung durch Sicherheitsleistung: Entscheidung, des Abhandlungsgerichtes, Offene, Übertragung der Besorgung und Verwaltung an Erben eines, Gesellschafters, Verlassenschaftsverfahren, Abwendung der Nachlaßseparation durch, Sicherheitsleistung: Entscheidung des Abhandlungsgerichtes, Verlassenschaftsverfahren, Besorgung und Verwaltung nach Gesellschafter, einer OHG,

Verlassenschaftsverfahren, Umfang der dem Erben mit der Übertragung der, Besorgung und Verwaltung des Nachlasses eingeräumten Rechtsstellung

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1983:0010OB00609.83.0831.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19830831\_OGH0002\_0010OB00609\_8300000\_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)