

# TE OGH 2011/1/27 2Ob148/10v

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 27.01.2011

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Dr. Baumann als Vorsitzenden und die Hofräte Dr. Veith, Dr. E. Solé, Dr. Schwarzenbacher und Dr. Nowotny als weitere Richter in der Rechtssache der gefährdeten Partei Dr. Fritz V\*\*\*\*\*<sup>1</sup>, als gerichtlich bestellter Separationskurator für die Verlassenschaft nach Hermine W\*\*\*\*\*<sup>2</sup>, gestorben am \*\*\*\*\*<sup>3</sup>, zuletzt wohnhaft in \*\*\*\*\*<sup>4</sup>, gegen den Gegner der gefährdeten Partei Karl M\*\*\*\*\*<sup>5</sup>, vertreten durch Dr. Franz Hitzenberger ua Rechtsanwälte in Gmunden, wegen einstweiliger Verfügung (Streitwert 70.000 EUR), über den Revisionsrekurs des Gegners der gefährdeten Partei gegen den Beschluss des Landesgerichts Wels als Rekursgericht vom 16. Juni 2010, GZ 22 R 168/10b-10, womit die einstweilige Verfügung des Bezirksgerichts Gmunden vom 21. April 2010, GZ 3 C 288/10d-2, bestätigt wurde, den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass sie zu lauten haben:

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung des Inhalts, dass zur Sicherung des Anspruchs der gefährdeten Partei auf Nachlassseparation und Verhinderung der Vermengung des Nachlassvermögens mit dem Vermögen des Gegners der gefährdeten Partei

1. die gerichtliche Hinterlegung des vom Bezirksgericht Gmunden als Grundbuchsgericht zu TZ 1443/2010 erlassenen Rangordnungsbeschlusses angeordnet und

2. das gerichtliche Verbot der Veräußerung, Belastung und Verpfändung der Liegenschaft EZ \*\*\*\*\* verhängt werde, wobei dieses Veräußerungs- und Belastungsverbot im Grundbuch des Bezirksgerichts Gmunden ob der EZ \*\*\*\*\* anzumerken sei,

wird abgewiesen.

Die gefährdete Partei, die ihre Kosten des Sicherungsverfahrens endgültig selbst zu tragen hat, ist schuldig, dem Gegner der gefährdeten Partei die mit 6.231,62 EUR (darin 627,27 EUR USt und 2.468 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Sicherungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Begründung:

Die Erblasserin war Eigentümerin einer Liegenschaft, die sie mit Notariatsakt vom 30. 12. 2005 dem Gegner der gefährdeten Partei, ihrem Enkel, unter Verzicht auf den Widerruf auf den Todesfall schenkte. Am 7. 9. 2007 schloss sie

über diese Liegenschaft einen Kaufvertrag, dem der Gegner der gefährdeten Partei beitrat. Der Kaufvertrag sollte mit Ablauf des 31. 12. 2012 bei Eintritt bestimmter Bedingungen rechtswirksam werden, die sich dahin zusammenfassen lassen, dass es der Verkäuferin bis zu diesem Zeitpunkt anheim gestellt war, einen besseren Drittkauf zu finden. Für diesen Fall wurde dem Käufer ein Vorkaufsrecht zu den Konditionen des Drittkaufers eingeräumt. Dieses Vorkaufsrecht wurde im Grundbuch eingetragen.

Die Erblasserin verstarb am 9. 3. 2010. Sie hatte in ihrem Testament vom 12. 4. 2005 den Gegner der gefährdeten Partei als Alleinerben ein- und ihren anderen Enkel auf den auf die Hälfte reduzierten Pflichtteil gesetzt. Der Gegner der gefährdeten Partei gab am 22. 3. 2010 aufgrund des Testaments eine bedingte Erbantrittserklärung zum gesamten Nachlass ab und behielt sich vor, diese in eine unbedingte umzuwandeln. Zugleich beantragte er zum Nachweis seiner Vertretungsbefugnis gemäß § 810 ABGB die Ausstellung einer Amtsbestätigung nach § 172 AußStrG, die ihm der Gerichtskommissär am 22. 3. 2010 auch ausstellte.

Am 1. 4. 2010 beantragte der andere Enkel die Absonderung des Nachlasses sowie die Verwaltung durch einen Separationskurator. Es bestehet begründete Besorgnis, dass seine Pflichtteilsansprüche durch Vermengung des Nachlasses mit dem Vermögen des Erben geschmälert würden, weil dieser stark verschuldet sei.

Das Verlassenschaftsgericht bewilligte am 19. 4. 2010 die Nachlassseparation und bestellte die gefährdete Partei zum Separationskurator. Es ordnete die grundbürgerliche Anmerkung der Separation und der Bestellung des Separationskurator auf den Liegenschaften der Erblasserin an und erkannte dem Beschluss vorläufige Verbindlichkeit und Vollstreckbarkeit zu.

Dieser Beschluss wurde im Grundbuch angemerkt, allerdings erst nach einer Rangordnung für die beabsichtigte Veräußerung bis zum 8. 4. 2011. Eine Zustellung des Rangordnungsbeschlusses an den antragstellenden Erben erfolgte nicht.

Im vorliegenden Verfahren beantragte der Separationskurator zur Sicherstellung des Anspruchs auf Nachlassseparation und Verhinderung der Vermengung des Nachlassvermögens mit jenem des Gegners der gefährdeten Partei die Erlassung einer einstweiligen Verfügung durch Anordnung der gerichtlichen Hinterlegung des Rangordnungsbeschlusses und des gerichtlichen Verbots der Veräußerung, Belastung und Verpfändung der Liegenschaft sowie der Anmerkung dieses Verbots im Grundbuch.

Trotz Kenntnis des Separationsantrags habe der Gegner der gefährdeten Partei am 8. 4. 2010 die Anmerkung einer Rangordnung für die Veräußerung beantragt und erreicht. Es liege auf der Hand, dass er damit versuche, die Nachlassseparation zu unterlaufen. Es existiere bereits ein präsumtiver Käufer für die Liegenschaft, angeblich sei bereits ein Kaufvertrag abgeschlossen worden. Die nachträgliche Anmerkung der Nachlassseparation könne die Einverleibung des Eigentumsrechts eines Käufers im Rang der angemerkt Rangordnung nicht verhindern, wodurch Nachlassvermögen in Form des Kaufpreises für die Liegenschaft mit dem Vermögen des Erben vermengt werden könne. Gerade das solle durch die Nachlassseparation verhindert werden. Die einstweilige Verfügung sei auch zur Abwendung eines drohenden unwiederbringlichen Schadens erforderlich, weil aufgrund des hohen Verkehrswerts der Liegenschaft dem Pflichtteilsberechtigten erhebliche Vermögenswerte verloren gehen könnten.

Das Erstgericht erließ die einstweilige Verfügung. Durch den Verkauf der Liegenschaft im Rang der angemerkt Rangordnung würde die Nachlassseparation vereitelt, weil der Kaufpreis für die Liegenschaft mit dem Vermögen des Antragsgegners vermengt werden könne. Auch ein drohender unwiederbringlicher Schaden liege aufgrund des hohen Verkehrswerts der Liegenschaft und der dadurch erheblichen Vermögenswerte, die dem Pflichtteilsberechtigten verloren gehen könnten, vor. Der Separationskurator sei antragslegitimiert, weil die einstweilige Verfügung dazu diene, die Vermengung des Nachlasses mit dem Vermögen des Erben zu verhindern.

Das Rekursgericht bestätigte diese Entscheidung mit der Maßgabe, dass dem gefährdeten Separationskurator eine Frist zur Erhebung einer Klage „zur Geltendmachung des gesicherten Anspruchs“ binnen 4 Wochen ab Rechtskraft der Entscheidung eingeräumt und ausgesprochen wurde, dass die einstweilige Verfügung bis zur rechtskräftigen Entscheidung oder sonstigen Erledigung des darüber geführten Verfahrens gelte. Der ordentliche Revisionsrechts sei zulässig. Die Frage, ob ein Separationskurator zur Sicherung des Fonds, der den Verlassenschaftsgläubigern zur Befriedigung diene, trotz erfolgter Anmerkung der Nachlassseparation und seiner Bestellung im Grundbuch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 382 Abs 1 Z 6 EO begehren könne, sei deshalb erheblich, weil ein Anspruch auf Unterlassung der Veräußerung einer Liegenschaft in der Regel nicht derartig gesichert werden könne.

Fraglich sei auch, ob nicht bereits durch die Anmerkung der Nachlassseparation und Bestellung des Separationskurators in Zusammenhang mit der Hinterlegung des Rangordnungsbeschlusses eine ausreichende Sicherung des Anspruchs des Separationskurators bestehe.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der Revisionsrekurs des Gegners der gefährdeten Partei mit dem Abänderungsantrag den Sicherungsantrag abzuweisen. In eventu wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die gefährdete Partei beantragt in ihrer Revisionsrekursbeantwortung dem Revisionsrekurs nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs ist zulässig und berechtigt.

#### **1. Zu den Befugnissen der Erben allgemein:**

Den Erben, die ihr Erbrecht hinreichend ausgewiesen haben, kommt nach§ 810 ABGB idF des FamErbRÄGBGBI I 2004/58 schon vor der Einantwortung die Benutzung, Verwaltung und Vertretung des Nachlasses ex lege zu Sailer in KBB<sup>3</sup>, § 810 Rz 1 f).

Nach der jüngsten Judikatur des Obersten Gerichtshofs ist es dem Erben daher nicht verwehrt, die Anmerkung einer Rangordnung für die beabsichtigte Veräußerung einer Liegenschaft zu erwirken. Eine abhandlungsgerichtliche Genehmigung eines solchen Gesuchs ist nicht notwendig, weil dieser Vorgang für sich allein nicht als Maßnahme des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebs zu qualifizieren ist (5 Ob 95/08v; 5 Ob 108/08f).

Der Oberste Gerichtshof hat weiters bereits ausgesprochen, dass§ 810 Abs 2 ABGB nF über die Verwaltung der Verlassenschaft vor der Einantwortung dahingehend zu verstehen ist, dass alle Veräußerungen von Gegenständen aus dem Verlassenschaftsvermögen der Genehmigung des Verlassenschaftsgerichts bedürfen, wenn sie nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehören, auch wenn die Materialien (471 der BlgNR 22. GP 32) den Gesetzeswortlaut einzuschränken scheinen. Die Veräußerung von Nachlassliegenschaften durch den Erben, selbst wenn sie zur Erfüllung von Pflichtteilsansprüchen oder an Zahlungsstatt erfolgt, kann danach in der Regel keine Maßnahme des ordentlichen Wirtschaftsbetriebs sein und bedarf der gerichtlichen Genehmigung (5 Ob 254/07z; 5 Ob 255/07x; Kodek in Kodek, Grundbuchsrecht, § 94 GBG, Rz 122; vgl Spitzer, Benützung, Verwaltung und Vertretung des Nachlasses [§ 810 ABGB neu], NZ 2006/8).

#### **2. Zur Schenkung auf den Todesfall:**

Im teilweisen Gegensatz zur uneinigen Lehre (vgl zuletzt Oberhummer, Die Schenkung auf den Todesfall - kein Zwitter, NZ 2008, 129 ff, sowie Rabl, Die Schenkung auf den Todesfall im Pflichtteilsrecht, NZ 2005, 129 ff mit jeweils ausführlicher Darstellung der unterschiedlichen Lehrmeinungen) ist nach der auf 7 Ob 615/80 zurückgehenden und insoweit einhelligen Judikatur des Obersten Gerichtshofs der auf den Todesfall Beschenkte jedenfalls im Verhältnis zu Pflichtteilsberechtigten einem Vermächtnisnehmer gleichzuhalten (4 Ob 2029/96b = SZ 69/108; RIS-Justiz RS0103393; RS0112437). Ziel des Pflichtteilsrechts ist es demnach, den Pflichtteilsberechtigten an jenem Vermögen des Erblassers partizipieren zu lassen, das dem Erblasser zum Zeitpunkt seines Ablebens zur Verfügung stand. Auf den Todesfall geschenkte, aber faktisch dem Erblasser bis zu seinem Tod verbleibende Gegenstände sind deshalb wie ein Vermächtnis zu behandeln und der Ausmessung des Pflichtteils zu Grunde zu legen. Sie sind auch in das Verlassenschaftsinventar aufzunehmen (RIS-Justiz RS0007843), wenn sie sich - wie hier - zum Zeitpunkt des Todesfalls noch im Besitz des Erblassers befunden haben (1 Ob 726/85 = SZ 59/9 = NZ 1986, 210 [Czermak]; RIS-Justiz RS0007793 [T2]; RS0103394).

Allerdings kann nach der Rechtsprechung (vgl 5 Ob 114/02d; RIS-Justiz RS0103393; RS0103394) der mit Liegenschaften auf den Todesfall Beschenkte den Eigentumserwerb durch Einverleibung aufgrund des mit der Aufsandungserklärung versehenen Schenkungsvertrags und der Sterbeurkunde erreichen, ohne dass ein besonderer Beschluss des Abhandlungsgerichts erforderlich wäre.

#### **3. Zur Nachlassseparation:**

Durch die Absonderung der Verlassenschaft vom Vermögen des Erben gemäß§ 812 ABGB soll eine rechtliche und faktische Vermögenstrennung zwischen dem Erben und der Verlassenschaft erreicht werden. Es kommt zu einem getrennt verwalteten Sondervermögen, das ausschließlich zur Befriedigung der Nachlassgläubiger zu verwenden ist (Eccher in Schwimann, Praxiskommentar ABGB4 § 812 Rz 1 f; Welser in Rummel3 § 812 ABGB Rz 1; Sailer in KBB3 § 812

Rz 1 f). Zweck der Nachlassseparation ist nicht nur die Abwehr von Gefahren, die dem Gläubiger durch Vermengung der Nachlassaktiven mit solchen des Erben drohen, die Trennung soll vielmehr allen denkbaren Gefahren vorbeugen, die sich aus der tatsächlichen Verfügungsgewalt des Erben ergeben (Sailer aaO Rz 2 mwN).

Die Separation muss immer die gesamte Verlassenschaft betreffen, einzelne Bestandteile können nicht separiert werden (RIS-Justiz RS0013079; Sailer aaO Rz 6). Zu Gunsten des Noterben kann sie auch Liegenschaften umfassen, die dem Erben nicht vererbt, sondern auf den Todesfall geschenkt wurden (RIS-Justiz RS0013085; Sailer aaO Rz 2).

Durch die Bewilligung hört in materieller Hinsicht das ex lege bestehende Verwaltungsrecht des Erben nach§ 810 ABGB grundsätzlich auf, soweit die Befugnisse des Separationskurators reichen (Sailer aaO Rz 6). So ist er in jenen Verfahren prozessführungsbefugt, die innerhalb des Bereichs jener Gefahr liegen, zu deren Abwehr er bestellt wurde, also insoweit es zB darum geht, eine Vermengung des Nachlassvermögens mit jenem des Erben zu verhindern (2 Ob 559/94; 2 Ob 103/98f). Hingegen ist es nicht seine Aufgabe, die Verlassenschaft in sonstigen Rechtsstreiten und Exekutionen zu vertreten, die außerhalb des Bereichs der Gefahr liegen, zu deren Abwehr ein Absonderungskurator bestellt werden kann. Insoweit ist weiterhin der Erbe zur Vertretung des Nachlasses berechtigt (RIS-Justiz RS0013100; 2 Ob 103/98f; 1 Ob 43/09v).

In formeller Hinsicht kann die Nachlassabsonderung und die Bestellung des Kurators nach§ 812 ABGB im Grundbuch angemerkt werden (Sailer aaO Rz 6 mwN). Die praktische Bedeutung dieser Anmerkung besteht vor allem darin, dass sie der Grundbuchsrichter zu beachten hat. Er darf eine Einverleibung wegen des Verdachts des Vorliegens eines ungültigen Titels nicht bewilligen (Ehrenzweig, System<sup>2</sup> I/2, 113 f; Eccher, Anmerkungen und Ersichtlichmachungen im Grundbuch, in Kralik/Rechberger, Aktuelle Probleme des Grundbuchsrechtes I/2, 81; Kodek in Kodek, Grundbuchsrecht, § 20 GBG Rz 12).

Die Separation endet nicht mit der - durch sie auch nicht gehinderten - Einantwortung (Ob 539/95 = SZ 68/126; Sailer aaO Rz 6) sondern besteht auch nach der Einantwortung solange fort, bis ihr Zweck erreicht ist, also entweder feststeht, dass die Absonderungsforderung nicht bestanden hat oder durch Zahlung oder auf andere Weise untergegangen ist oder eine ausreichende Sicherstellung des Absonderungsgläubigers vorgenommen wurde. Demnach kann der Erbe eine aus dem Nachlass stammende Liegenschaft nicht veräußern, auch wenn er durch die Einantwortung Eigentum erworben hat, solange die Nachlassabsonderung nicht aufgehoben ist. Soll während der Fortdauer der Separation eine Veräußerung der zum Sondervermögen, das auch nach der Einantwortung vom sonstigen Vermögen des Erben getrennt bleibt, gehörenden Liegenschaft stattfinden, muss für eine dem Wert des der Sondermasse entzogenen Vermögensbestandteils entsprechende Sicherheit vorgesorgt sein (5 Ob 568/84 = NZ 1985, 173).

Erstreckt sich aber die Nachlassseparation auch auf dem Erben auf den Todesfall geschenktes Vermögen, muss die in der zuletzt zitierten Entscheidung zum Ausdruck kommende Verfügungsbeschränkung auch für die auf den Todesfall geschenkten Gegenstände gelten.

Der auf den Todesfall beschenkte Erbe kann daher, solange die Separation nicht aufgehoben wurde, nicht mehr selbständig über die Liegenschaft verfügen und zwar unabhängig davon, ob er bereits Eigentum erworben hat. Des von den Vorinstanzen verhängten bucherlichen Veräußerungs- und Belastungsverbots bedarf es somit nach Anmerkung der Separation im Grundbuch nicht.

#### 4. Zum Rangordnungsbeschluss:

Vorauszuschicken ist, dass der Rangordnungsbeschluss nicht in Händen des Erben ist, sondern sich in gerichtlicher Verwahrung befindet.

Eine Rangordnung für die beabsichtigte Veräußerung kann der Eigentümer einer Liegenschaft - hier also die Verlassenschaft - verlangen (§ 53 GBG). Der Rangordnungsbeschluss steht daher grundsätzlich dem derzeitigen Eigentümer, also der Verlassenschaft zu. Da hier aber die Gefahr, zu deren Abwehr der Separationskurator bestellt wurde, betroffen ist, ist nach dem oben Gesagten dieser (selbst nach Einantwortung) Vertreter des abgesonderten Nachlasses und daher ihm und nicht dem aufgrund seiner früheren Vertretungsbefugnis antragstellenden Erben der Rangordnungsbeschluss auszufolgen.

Die vom Separationskurator in seinem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung dargelegte Gefahr besteht daher im vorliegenden Fall auch in Bezug auf den Rangordnungsbeschluss nicht.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 78, 402 EO, §§ 41, 50 Abs 1 ZPO. Für den Rekurs war nur der einfache Einheitssatz zuzusprechen (vgl § 23 Abs 9 RATG, der nur die Berufung erwähnt, so auch Obermaier, Kostenhandbuch<sup>2</sup> Rz 638).

**Textnummer**

E96362

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2011:0020OB00148.10V.0127.000

**Im RIS seit**

04.03.2011

**Zuletzt aktualisiert am**

17.09.2013

**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)