

TE OGH 1978/5/23 30b558/78

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 23.05.1978

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Fedra als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Kinzel, Dr. Reithofer, Dr. Stix und Dr. Schubert als Richter in der Rechtssache der klagenden und gefährdeten Partei M*, Angestellte, *, vertreten durch DDr. Manfred Nordmeyer, Rechtsanwalt in Wels, wider die beklagte Partei und Gegner der gefährdeten Partei Verlassenschaft nach J*, Pensionistin, *, vertreten durch die erbserklärten Erben Jo*, Pensionist, * und A*, Hausfrau, *, beide vertreten durch Dr. Walter Brunhuemer, Rechtsanwalt in Gmunden, wegen Einwilligung in die Einverleibung des Eigentumsrechtes (hier: Erlassung einer einstweiligen Verfügung) infolge Revisionsrekurses der Antragsgegnerin gegen den Beschluß des Oberlandesgerichtes Linz als Rekursgerichtes vom 30. Dezember 1977, GZ 5 R 175/77-9, womit der Beschluß des Kreisgerichtes Wels vom 12. Dezember 1977, GZ 6 Cg 467/77-5, abgeändert wurde, folgenden

Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem Revisionsrekurs wird teilweise Folge gegeben. Der angefochtene Beschluß wird im Ausspruch über die Sicherheit dahin abgeändert, daß die von der gefährdeten Partei für alle ihrer Gegnerin durch die einstweilige Verfügung verursachten Nachteile zu leistende Sicherheit von S 20.000,-- auf S 50.000,-- erhöht wird. Im übrigen wird der angefochtene Beschluß bestätigt.

Die gefährdete Partei ist schuldig, der Antragsgegnerin die mit S 2.099,52 (darin S 155,52 Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Revisionsrekurses binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

Text

Begründung:

Die klagende und gefährdete Partei (im folgenden Klägerin genannt) begehrte mit der Behauptung, daß ihr die am 12. 11. 1976 verstorbene J* noch zu Lebzeiten die Liegenschaft EZ * KatGem * mit dem Haus * geschenkt und wirklich übergeben habe, die Verurteilung der Verlassenschaft nach J* zur Einwilligung in die Einverleibung ihres Eigentumsrechtes an dieser Liegenschaft. Zur Sicherung dieses Anspruches beantragte die Klägerin der beklagten Verlassenschaft und Antragsgegnerin, im folgenden als Beklagte bezeichnet, mit einstweiliger Verfügung die Veräußerung und Belastung der genannten Liegenschaft zu verbieten, da die erbserklärten Erben entgegen ihrer im Verlassenschaftsverfahren am 4. 10. 1977 abgegebenen Erklärung, sich jeder Verfügung über die Liegenschaft samt Inventar zu enthalten, in letzter Zeit Schritte zur Veräußerung der Liegenschaft unternommen hätten.

Die Beklagte sprach sich gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung aus und brachte ua vor, daß der Nachlaß den erbserklärten Erben bereits eingantwortet worden sei.

Das Erstgericht wies den Antrag der Klägerin auf Erlassung eines Veräußerungs- und Belastungsverbot mangels ausreichender Bescheinigung der Gefährdung des behaupteten Anspruches ab. Es war der Ansicht, daß die von K* in ihrer eidesstattigen Erklärung vom 28. 11. 1977 wiedergegebenen Vorfälle, die sich im Frühjahr bzw im Spätsommer 1977 ereignet hätten, nicht geeignet seien, Zweifel an der Einhaltung der Zusage der erbserklärten Erben vom 4. 10. 1977 aufkommen zu lassen.

Das Rekursgericht gab dem Rekurs der Klägerin dahin Folge, daß es die beantragte einstweilige Verfügung bewilligte, deren Vollzug jedoch vom Erlag einer Sicherheitsleistung von S 20.000.-- abhängig machte. Es nahm folgenden Sachverhalt als bescheinigt an: Die Erben nach J* beauftragten einen Notar in * mit dem Verkauf der Liegenschaft. Als Interessentin meldete sich K*. Die Erben fanden sich nicht bereit, für die Dauer dieses Rechtsstreites von einer Verwertung der Liegenschaft Abstand zu nehmen. J* kündigte der Klägerin, die sie betreute, wiederholt die Schenkung des Hauses an. Anhaltspunkte bestehen auch für die Annahme, daß die Erblasserin sodann am 8. 10. 1977 – richtig 8. 10. 1976 – erklärte, der Klägerin nun das Haus aus Dankbarkeit zu schenken; die Klägerin könne bereits mit dem Umbau im Erdgeschoß beginnen. „Vollkommen bescheinigt“ ist wiederum, daß J* der Klägerin einen Teil der Schlüssel übergab und dadurch den Zutritt zum Haus ermöglichte. Ein Teil der Schlüssel verblieb in der Gewahrsame der Erblasserin, zumal diese weiterhin im ersten Stock des Hauses wohnte. Im Verlassenschaftsverfahren stellte sich heraus, daß der Gerichtskommissär und die Geschenknehmerin Schlüssel zum Haus besitzen.

Bei dieser Sachlage sah das Rekursgericht die Gefährdungsbescheinigung als erbracht an. Die Bescheinigung des Anspruches sei zumindest teilweise erbracht. Es könne jedenfalls nicht gesagt werden, daß die Geschenknehmerin in den ausschließlichen körperlichen Besitz des Hauses gelangt sei, weil die Erblasserin offenbar weiterhin im 1. Stock des Hauses gewohnt und daher Schlüssel benötigt habe. Wenngleich es für die wirkliche Übergabe im Sinne des § 943 ABGB genüge, daß die Liegenschaft betreten und daß Schlüssel übergeben worden seien, so müßte die Übergabe zumindest symbolisch doch das ganze Haus umfaßt haben. Es würden also noch tatsächliche Details einer strengeren Prüfung zu unterziehen sein. Da die einstweilige Verfügung einen empfindlichen Eingriff in die Sphäre der Erben darstelle, sei ihr Vollzug vom Erlag einer angemessenen Sicherheitsleistung abhängig zu machen. Das Klagebegehren sei als Leistungsbegehren zu qualifizieren, das im Ergebnis auf die bürgerliche Übertragung des Eigentums abziele. Bei dieser Sachlage sah das Rekursgericht die Gefährdungsbescheinigung als erbracht an. Die Bescheinigung des Anspruches sei zumindest teilweise erbracht. Es könne jedenfalls nicht gesagt werden, daß die Geschenknehmerin in den ausschließlichen körperlichen Besitz des Hauses gelangt sei, weil die Erblasserin offenbar weiterhin im 1. Stock des Hauses gewohnt und daher Schlüssel benötigt habe. Wenngleich es für die wirkliche Übergabe im Sinne des Paragraph 943, ABGB genüge, daß die Liegenschaft betreten und daß Schlüssel übergeben worden seien, so müßte die Übergabe zumindest symbolisch doch das ganze Haus umfaßt haben. Es würden also noch tatsächliche Details einer strengeren Prüfung zu unterziehen sein. Da die einstweilige Verfügung einen empfindlichen Eingriff in die Sphäre der Erben darstelle, sei ihr Vollzug vom Erlag einer angemessenen Sicherheitsleistung abhängig zu machen. Das Klagebegehren sei als Leistungsbegehren zu qualifizieren, das im Ergebnis auf die bürgerliche Übertragung des Eigentums abziele.

Das Veräußerungs- und Belastungsverbot sei antragsgemäß gegen die Verlassenschaft zu erlassen, weil die Einantwortungsurkunde noch nicht zugestellt worden sei. Die Anmerkung des Veräußerungs- und Belastungsverbot sei ungeachtet des Umstandes, daß im Grundbuch noch die Erblasserin als Eigentümerin eingetragen sei, im Hinblick auf die Bestimmung des § 75 der III. Teilnovelle zum ABGB zulässig. Das Veräußerungs- und Belastungsverbot sei antragsgemäß gegen die Verlassenschaft zu erlassen, weil die Einantwortungsurkunde noch nicht zugestellt worden sei. Die Anmerkung des Veräußerungs- und Belastungsverbot sei ungeachtet des Umstandes, daß im Grundbuch noch die Erblasserin als Eigentümerin eingetragen sei, im Hinblick auf die Bestimmung des Paragraph 75, der römisch drei. Teilnovelle zum ABGB zulässig.

Rechtliche Beurteilung

Der gegen den Beschluß des Rekursgerichtes erhobene Revisionsrekurs der Beklagten ist teilweise berechtigt.

Aus einem bloß mündlichen, ohne wirkliche Übergabe geschlossenen Schenkungsvertrag erwächst dem Geschenknehmer kein Klagerecht (§ 943 ABGB). Mangels Errichtung eines Notariatsaktes (§ 1 Abs 1 lit d NotZwangsG vom 25. 7. 1871, RGBI 76) steht der Klägerin ein Anspruch auf Übereignung der Liegenschaft nur im Falle der wirklichen Übergabe derselben zu. Der Anspruch auf Übertragung des Eigentumsrechtes an der Liegenschaft ist nur bescheinigt, wenn sowohl das Schenkungsversprechen als auch die wirkliche Übergabe der Liegenschaft glaubhaft gemacht sind.

Wäre nur der Abschluß des Schenkungsvertrages bescheinigt, läge nicht eine nicht ausreichende Bescheinigung, sondern ein völliger Mangel der Bescheinigung des Anspruches vor, der durch Sicherheitsleistung nicht ersetzt werden kann (vgl. Heller-Berger-Stix in Neumann-Lichtblau⁴ 2837). Aus einem bloß mündlichen, ohne wirkliche Übergabe geschlossenen Schenkungsvertrag erwächst dem Geschenknehmer kein Klagerecht (Paragraph 943, ABGB). Mangels Errichtung eines Notariatsaktes (Paragraph eins, Absatz eins, Litera d, NotZwangsG vom 25. 7. 1871, RGBI 76) steht der Klägerin ein Anspruch auf Übereignung der Liegenschaft nur im Falle der wirklichen Übergabe derselben zu. Der Anspruch auf Übertragung des Eigentumsrechtes an der Liegenschaft ist nur bescheinigt, wenn sowohl das Schenkungsversprechen als auch die wirkliche Übergabe der Liegenschaft glaubhaft gemacht sind. Wäre nur der Abschluß des Schenkungsvertrages bescheinigt, läge nicht eine nicht ausreichende Bescheinigung, sondern ein völliger Mangel der Bescheinigung des Anspruches vor, der durch Sicherheitsleistung nicht ersetzt werden kann (vergleiche Heller-Berger-Stix in Neumann-Lichtblau⁴ 2837).

Was unter wirklicher Übergabe zu verstehen ist, sagt das Gesetz nicht. Lehre und Rechtsprechung gehen dahin, daß vom Formzwang solche Fälle ausgenommen sind, in denen zum Schenkungsvertrag noch ein anderer von diesem verschiedener als Übergabe erkennbarer Akt hinzukommt. Dieser Akt muß sinnfällig nach außenhin bemerkbar und so beschaffen sein, daß aus ihm der Wille des Geschenkgebers hervorgeht, das Objekt der Schenkung sofort aus seiner Gewahrsame in den Besitz des Beschenkten zu übertragen (Stanzl in Klang² IV/1, 612, JBI 1967, 623, SZ 38/227, SZ 45/35 ua). Der Ausdruck „wirkliche Übergabe“ bedeutet daher nichts anderes als das Gegenteil der bloßen Zusicherung oder des bloßen Schenkungsvertrages. Demnach stellt eine wirkliche Übergabe im Sinne des Gesetzes dar: die körperliche Übergabe, die Übergabe durch Zeichen, die Besitzauflassung, die Besitzanweisung, nicht aber die Besitzauftragung (Stanzl ???). Wirkliche Übergabe ist auch die außerbücherliche Übergabe einer Liegenschaft. Gleiches gilt für Trennstücke und ideelle Miteigentumsanteile (Stanzl ??? 613, SZ 23/383, JBI 1951, 487, JBI 1960, 492).

Zur wirklichen Übergabe ist daher derivativer Besitzerwerb des Geschenknehmers erforderlich. Durch diesen erhält der Geschenknehmer alles, was der Geschenkgeber „gehabt und durch deutliche Zeichen übergeben hat, ohne daß es nötig ist, jeden Teil des Ganzen besonders zu übernehmen“ (§ 315 zweiter Satz ABGB). Im vorliegenden Fall hat das Rekursgericht als bescheinigt angenommen, daß die Erblasserin der Klägerin einen Teil der Schlüssel übergeben hat. Die diesbezüglichen Ausführungen des Rekursgerichtes können nur dahin verstanden werden, daß die Schlüsselübergabe anläßlich und auf Grund des Schenkungsversprechens der Erblasserin am 17. 10. 1978 stattfand und nicht bloß deswegen erfolgte, um der Klägerin den Zutritt zum Haus zwecks Betreuung der Erblasserin zu ermöglichen. Daß die Erblasserin nur einen Teil der Schlüssel übergab, erklärt sich damit, daß sie noch weiter im Hause wohnte und daher Schlüssel benötigte. Dies schließt die Übergabe des Sachbesitzes an der Liegenschaft nicht aus. Als Akt der Übergabe ist auch die, wenn auch nicht hinreichend bescheinigte Erklärung der Erblasserin, daß die Klägerin bereits mit dem Umbau im Erdgeschoß beginnen könne, zu werten, weil dadurch der Klägerin die Verfügungsmacht über die Liegenschaft eingeräumt wurde. Zusammenfassend ist daher zu sagen, daß der Anspruch zwar, wie schon das Rekursgericht dargetan hat, nicht ausreichend bescheinigt ist, daß aber auch nicht von einem völligen Mangel der Anspruchsbescheinigung gesprochen werden kann. Nach § 390 Abs 1 ?O kann die nicht ausreichende Bescheinigung des zu sichernden Anspruches durch Sicherheitsleistung ersetzt werden, wenn die dem Gegner durch die einstweilige Verfügung drohenden Nachteile durch Geldersatz ausgeglichen werden können. Letzteres ist hier der Fall. Zur wirklichen Übergabe ist daher derivativer Besitzerwerb des Geschenknehmers erforderlich. Durch diesen erhält der Geschenknehmer alles, was der Geschenkgeber „gehabt und durch deutliche Zeichen übergeben hat, ohne daß es nötig ist, jeden Teil des Ganzen besonders zu übernehmen“ (Paragraph 315, zweiter Satz ABGB). Im vorliegenden Fall hat das Rekursgericht als bescheinigt angenommen, daß die Erblasserin der Klägerin einen Teil der Schlüssel übergeben hat. Die diesbezüglichen Ausführungen des Rekursgerichtes können nur dahin verstanden werden, daß die Schlüsselübergabe anläßlich und auf Grund des Schenkungsversprechens der Erblasserin am 17. 10. 1978 stattfand und nicht bloß deswegen erfolgte, um der Klägerin den Zutritt zum Haus zwecks Betreuung der Erblasserin zu ermöglichen. Daß die Erblasserin nur einen Teil der Schlüssel übergab, erklärt sich damit, daß sie noch weiter im Hause wohnte und daher Schlüssel benötigte. Dies schließt die Übergabe des Sachbesitzes an der Liegenschaft nicht aus. Als Akt der Übergabe ist auch die, wenn auch nicht hinreichend bescheinigte Erklärung der Erblasserin, daß die Klägerin bereits mit dem Umbau im Erdgeschoß beginnen könne, zu werten, weil dadurch der Klägerin die Verfügungsmacht über die Liegenschaft eingeräumt wurde. Zusammenfassend ist daher zu sagen, daß der Anspruch zwar, wie schon das Rekursgericht dargetan hat, nicht ausreichend bescheinigt ist, daß aber auch nicht von einem völligen Mangel der Anspruchsbescheinigung gesprochen werden kann. Nach Paragraph 390, Absatz eins, ?

O kann die nicht ausreichende Bescheinigung des zu sichernden Anspruches durch Sicherheitsleistung ersetzt werden, wenn die dem Gegner durch die einstweilige Verfügung drohenden Nachteile durch Geldersatz ausgeglichen werden können. Letzteres ist hier der Fall.

Die Gefährdung des zu sichernden Anspruches ist aus den zutreffenden Gründen des Rekursgerichtes als bescheinigt anzusehen. Die erbserklärten Erben erklärten sich im Verlassenschaftsverfahren gegenüber dem Gerichtskommissär lediglich bereit, über das Nachlaßvermögen bis zur Erlassung des über ihre Schlußanträge ergehenden Beschlusses nicht zu verfügen. Da dieser Beschluß bereits erlassen wurde, ist das Rekursgericht mit Recht davon ausgegangen, daß nunmehr die von den erbserklärten Erben schon vor dieser Erklärung in Angriff genommene Veräußerung der Liegenschaft droht und daher die Vereitelung oder erhebliche Erschwerung der Verwirklichung des zu sichernden Anspruches zu besorgen ist.

Die Zulässigkeit der Anmerkung des Belastungs- und Veräußerungsverbotes trotz Einantwortung des Nachlasses, ist, wenn auch aus anderen als den vom Rekursgericht dargelegten Gründen, zu bejahen. Die Bestimmung des § 75 der III. Teilnovelle zum ABGB findet nicht Anwendung, weil sie die Sicherung von gegen einen Erben gerichteten Forderungen betrifft und die Klägerin nicht Erbengläubigerin ist. Die Verpflichtung zur bürgerlichen Übertragung des Eigentumsrechtes an der Liegenschaft ist jedoch eine Nachlaßschuld, zu deren Sicherung in der Zeit zwischen der Einantwortung des Nachlasses und der Verbücherung des Eigentumsrechtes der Erben noch gegen die Verlassenschaft, vertreten durch die Erben, ein Veräußerungs- und Belastungsverbot im Sinne des § 382 Z 6 ?O erlassen und vollzogen werden kann (vgl Heller-Berger-Stix 223 f., EvBl 1975/226, 3 Ob 118/76). Die Zulässigkeit der Anmerkung des Belastungs- und Veräußerungsverbotes trotz Einantwortung des Nachlasses, ist, wenn auch aus anderen als den vom Rekursgericht dargelegten Gründen, zu bejahen. Die Bestimmung des Paragraph 75, der römisch drei. Teilnovelle zum ABGB findet nicht Anwendung, weil sie die Sicherung von gegen einen Erben gerichteten Forderungen betrifft und die Klägerin nicht Erbengläubigerin ist. Die Verpflichtung zur bürgerlichen Übertragung des Eigentumsrechtes an der Liegenschaft ist jedoch eine Nachlaßschuld, zu deren Sicherung in der Zeit zwischen der Einantwortung des Nachlasses und der Verbücherung des Eigentumsrechtes der Erben noch gegen die Verlassenschaft, vertreten durch die Erben, ein Veräußerungs- und Belastungsverbot im Sinne des Paragraph 382, Ziffer 6, ?O erlassen und vollzogen werden kann vergleiche Heller-Berger-Stix 223 f., EvBl 1975/226, 3 Ob 118/76).

Die Kautions dient zur Sicherstellung des dem Gegner durch die etwa sich als unberechtigt erweisende einstweilige Verfügung entstehenden Ersatzanspruches und der Kosten. Wenn die Frage, ob und in welcher Höhe durch den Vollzug der einstweiligen Verfügung ein Schaden für die Antragsgegnerin entstehen wird, gegenwärtig noch nicht mit Sicherheit beantwortet werden kann, genügt wohl die Festsetzung einer verhältnismäßig niedrigen Kautions (SZ 42/125 ua), doch ist auch unter diesem Gesichtspunkt die vom Erstgericht festgesetzte Kautions in Anbetracht des Wertes der Liegenschaft zu niedrig. Nach der derzeitigen Aktenlage erscheint zur Sicherstellung der Beklagten eine Kautions von S 50.000,-- als ausreichend und angemessen. Sollte sich diese Kautions als unzureichend herausstellen, besteht noch immer die Möglichkeit einer Erhöhung.

Dem Revisionsrekurs war daher nur teilweise Folge zu geben und die Sicherheit auf S 50.000,-- zu erhöhen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO und 78, 402 EO (Kostenbemessungsgrundlage S 30.000,--). Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraphen 41, 50, ZPO und 78, 402 EO (Kostenbemessungsgrundlage S 30.000,--).

Textnummer

E800368

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1978:0030OB00558.78.0523.000

Im RIS seit

23.03.2026

Zuletzt aktualisiert am

23.03.2026

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