

ÖSTERREICHISCHE NOTARIATS ZEITUNG

02^{138.}
JAHRGANG
2006


NOTAR.AT

MONATSSCHRIFT FÜR NOTARIAT UND FREIWILLIGE GERICHTSBARKEIT

Aus dem Inhalt:

Dr. Martin Spitzer

Benützung, Verwaltung und Vertretung des Nachlasses (§ 810 ABGB neu)

Seite 33

MANZ 

UNTER STÄNDIGER WISSENSCHAFTLICHER MITARBEIT VON: NOTAR UNIV.-DOZ. MAG. DDR. LUDWIG BITTNER, HOLLABRUNN | EM.O. UNIV.-PROF. DR. DR.H.C. HANS HOYER, WIEN | O. UNIV.-PROF. DDR. WALDEMAR JUD, GRAZ | O. UNIV.-PROF. DDR. HANS GEORG RUPPE, GRAZ | O. UNIV.-PROF. DR. RUDOLF WELSER, WIEN | A. UNIV.-PROF. DR. WOLFGANG ZANKL, WIEN

NZ 2006/8

Benützung, Verwaltung und Vertretung des Nachlasses (§ 810 ABGB neu)*

Von Dr. Martin Spitzer, Universitätsassistent am Institut für Zivilrecht, Wien

Durch die Reform des AußStrG und das FamErbRÄG wurde die Befugnis des Erben, den Nachlass auch schon vor Einantwortung zu verwalten und zu vertreten, tiefgreifend geändert. Der Beitrag analysiert die unklare Regelung des § 810 ABGB nF. Die neue Rechtslage ist besonders für Notare relevant, da sie als Gerichtskommissäre Erbensprechern „Amtsbestätigungen“ über ihre Verwaltungs- und Vertretungsbefugnisse auszustellen haben und daher eine Schlüsselrolle einnehmen.

Inhaltsübersicht:

- A. Überlassung der Verwaltung
- B. Voraussetzungen der Befugnis
- C. Umfang der Befugnis
 - 1. Grundtatbestand
 - 2. Genehmigungsfreie Geschäfte des ordentlichen Wirtschaftsbetriebs
 - 3. Genehmigungspflicht
 - a) Gesetzeswortlaut
 - b) Gesetzesmaterialien
 - c) Zwischenergebnis
 - d) Korrektur mittels Analogie
- D. Erbenmehrheit
 - 1. Widersprechende Erbantrittserklärungen
 - 2. Korrespondierende Erbantrittserklärungen
- E. Sonstiges
- F. Ergebnisse

Nach dem im österreichischen Recht geltenden Einantwortungsprinzip wird der Erbe bekanntlich erst durch die gerichtliche Einantwortung Gesamtrechtsnachfolger des Erblassers. Erst durch sie wird er Eigentümer der zum Nachlass gehörigen Sachen, Schuldner der Verbindlichkeiten des Erblassers und Gläubiger seiner Forderungen. Vorher ist der ruhende Nachlass Träger der Rechte und Pflichten des Erblassers; der Erbe hat an sich keine Befugnisse, über Nachlassgegenstände zu verfügen oder Rechtshandlungen für den Nachlass zu setzen.

Eine wichtige Ausnahme sah schon bisher § 810 ABGB vor. Wenn der Erbe, der die Erbschaft **angenommen** hat, sein Erbrecht **ausweist**, hat er das Recht,¹ schon vor der Einantwortung das Verlassenschaftsvermögen zu benützen, zu verwalten („Geschäftsführung nach in-

nen“) und die Verlassenschaft nach außen zu vertreten.²

Die **Verwaltungsbefugnis**³ nach § 810 wurde durch die Reform des AußStrG und das FamErbRÄG⁴ inhaltlich umgestaltet. Seit dem FamErbRÄG ist zB nicht mehr vorgesehen, dass dem Erben Nachlassteile zur freien Verfügung ins Eigentum übertragen werden (**Teileinantwortung**).⁵ Der Beitrag geht den Neuerungen dieser praktisch sehr bedeutsamen Bestimmung nach. Die Textierung des § 810 nF ist allerdings nicht geglückt, vor allem die Abs 2 und 3 über den Umfang der Verwaltungsbefugnis sind missverständlich.

A. Überlassung der Verwaltung

§ 810 hat in seiner alten Fassung vorgesehen, dass dem Erben die „Besorgung und Benützung der Verlassenschaft zu überlassen“ sei. Nach hA war dazu ein Übertragungsbeschluss des Verlassenschaftsgerichts notwendig. Der Gesetzgeber wünschte sich eine **Vereinfachung** und wollte von diesem Erfordernis abgehen.⁶ Ein **Übertra-**

² Eine Nachfolge in die Rechtsposition des Erblassers hat damit noch nicht stattgefunden. Wird etwa die Verwaltung einer Liegenschaft vom Erben übernommen, berechtigt das daher nicht zu einer Anhebung des Mietzinses gem § 12 a MRG: OGH in NZ 2000, 280 = wobl 2000/75 = RdW 2000/307 = immolex 2000/80.

³ Aus Gründen leichter Lesbarkeit wird hier unter „Verwaltungsbefugnis“ allgemein die Befugnis, das Verlassenschaftsvermögen iSd § 810 zu benützen, zu verwalten und zu vertreten verstanden. Dies entspricht auch der Marginalrubrik zu § 810, die nur von „Verwaltung“ spricht.

⁴ BGBl I 2004/58.

⁵ Spitzer in Welser, Fachwörterbuch 522.

⁶ Der Beschluss sei überdies – so die Erl – auf Grund des unbedingten Rechts zur Einräumung ohnedies nicht konstitutiv gewesen (Erl zum FamErbRÄG 471 BlgNR 22. GP 31). Das trifft so nicht zu. Zwar gab es Stimmen, die davon ausgegangen sind, der Beschluss sei deklarativ (Weiß in Klang² III 1012; Eccher in Schwimann² § 810 Rz 3; SZ 49/149), die wohl überwiegende Ansicht ging aber – mE zutreffend – von einer konstitutiven Wirkung aus (OGH in NZ 1992, 11; Welser in Rumme³ § 810 Rz 5; zuletzt Apathy in KBB § 810 Rz 2; Fischer-Czermak, Neueste Änderungen im Abstammungs- und Erbrecht, JBl 2005, 13). Jedenfalls trägt die Begründung der Materialien nicht. Nur weil ein Recht zusteht,

* Anm des Verfassers: Die Kommentierung von Eccher in der 3. Auflage des Schwimann Kommentars ist erst nach der Drucklegung dieses Beitrags erschienen. Eccher vertritt in Rz 10 zu § 810 hinsichtlich der Interpretation iES dieselbe – von den Mat abweichende – Ansicht wie der Verfasser (vgl C.3.a–c). Im Endergebnis unterscheiden sich die beiden Auffassungen freilich durch die hier befürwortete analoge Anwendung der Genehmigungspflicht auf die gesamte außerordentliche Verwaltung (vgl C.3.d).

¹ OGH in JBl 1968, 522; SZ 56/123; NZ 1994, 86; NZ 1995, 278.

gungsbeschluss ist daher **nicht mehr vorgesehen**. Dem Erben sollen seine Befugnisse vielmehr ex lege zustehen. Nach § 810nF kann das Verlassenschaftsgericht allerdings anderes anordnen, zB bei Uneinigkeit der Erban sprecher.

Die völlige Abschaffung des Übertragungsbeschlusses war freilich zu viel der Vereinfachung, war doch – von der dogmatischen Finesse seiner deklarativen oder konstitutiven Wirkung abgesehen⁷ – der Gerichtsbeschluss vor allem ein Mittel des Verkehrsschutzes. Wer die Verwaltungsbefugnis über einen Nachlass behauptete, konnte dies immerhin mit einem Gerichtsbeschluss belegen. Offenkundig ist aber vom **Verkehrsschutz** her ein Ersatz für den Überlassungsbeschluss notwendig, will man den Erben bei der Ausübung seiner Befugnisse nicht am Misstrauen des Verkehrs scheitern lassen. Die Außerstreitreform hat deshalb als Ersatz eine **Amtsbestätigung** geschaffen, die – darin soll offenbar die Erleichterung für die Gerichte liegen – der Gerichtskommissär auszustellen hat (§ 172 AußStrG). Durch die Bestätigung wird das Recht auf Verwaltung freilich nicht erst verliehen, sondern nur die bereits bestehende Befugnis des Erben bescheinigt.⁸ Ändert sich etwas an der Verwaltungsbefugnis des Erben, hat der Gerichtskommissär zum Schutz des Verkehrs die „dadurch überholten Amtsbestätigungen von den Empfängern abzufordern.“⁹

B. Voraussetzungen der Befugnis

Die Verwaltungsbefugnis steht nur demjenigen zu, der sein Erbrecht hinreichend ausweist (§ 810 Satz 1). Das offenkundige Problem ist aber doch, dass die **ex-lege-Entstehung** der Befugnis bei hinreichendem Erbrechtsausweis eine Kontrolle nur ex post ermöglicht. Wird die Verwaltung nicht wie früher eigens eingeräumt, entsteht eine Situation, die es schon dem Erben schwer macht, seine Befugnis abzuschätzen. Woher soll ausgerechnet er wissen, ob er sein Erbrecht „hinreichend“ ausgewiesen hat oder nicht? Wie soll er widersprechende Erbantrittserklärungen Dritter berücksichtigen? Mit anderen Worten: Wer sagt dem Erben, dass er sein Erbrecht nicht hinreichend ausgewiesen und daher kein Recht zur Nachlassverwaltung hat? Noch weniger als der Erbe können natürlich Dritte die Verwaltungsbefugnis des Erben nach-

heißt das nicht, der Gerichtsbeschluss, der das ausspricht, wirke nur deklarativ.

⁷ Dazu FN 6.

⁸ So auch *Fischer-Czermak*, JBl 2005, 13. In gewissem Widerspruch dazu die Erl 224 BlgNR 22. GP 92, die den Eindruck einer notwendigen Beurkundung erwecken (dass „die Vertretungsbefugnis nicht erst durch die Einräumung der Besorgung und Verwaltung, sondern bereits ex lege eintritt und daher nicht durch den Richter/Rechtspfleger übertragen, sondern *bloß noch durch den Gerichtskommissär beurkundet werden muss* [Hervorhebung durch den Verfasser]).

⁹ Erl 471 BlgNR 22. GP 31.

vollziehen. Damit wird allerdings der unscheinbaren Amtsbestätigung größte Bedeutung zukommen, faktisch ist sie dann genau der konstitutive Akt, der sie rechtlich nicht sein sollte. **Wer mit einem Erben Geschäfte macht, die den Nachlass betreffen, muss sich das Original der Amtsbestätigung vorlegen lassen**, um sicher zu gehen.¹⁰

Die Möglichkeit einer gewissen Kontrolle bietet noch § 171 AußStrG, nach dem „jede Änderung der Art der Vertretung der Verlassenschaft (§ 810 ABGB)“ mit dem Zeitpunkt wirksam wird, „mit dem sie dem Gericht oder dem Gerichtskommissär von allen vertretungsbefugten Erban sprechern angezeigt wird“. *Fischer-Czermak* führt dazu aus, die Amtsbestätigung des Gerichtskommissärs sei nicht konstitutiv, die Änderung der Vertretung werde schon dadurch wirksam, dass sie von allen vertretungsbefugten Erban sprechern dem Gericht oder dem Gerichtskommissär angezeigt wird. Dabei scheint *Fischer-Czermak* davon auszugehen, dass die Verständigung des Gerichts oder Gerichtskommissärs auch beim erstmaligen Entstehen der Verwaltungsbefugnis notwendig ist und vor der Anzeige die Verwaltungsbefugnis nicht wirksam wird. Dieses Ergebnis ist sinnvoll, wünschenswert und mit dem Wortlaut des § 171 AußStrG zwanglos vereinbar. Erstaunlich ist freilich, dass die Mat, die dem Paragraphen nur einen Absatz widmen, den Eindruck erwecken, § 171 beziehe sich nur auf Änderungen bereits zustehender Verwaltungsbefugnisse mehrerer Erban sprecher. „Jede Abweichung von der Gemeinschaftsvertretung und jede später eingetretene Änderung wird mit dem Zeitpunkt wirksam, mit dem sie dem Gerichtskommissär von allen vertretungsbefugten Erban sprechern angezeigt wird.“¹¹

Freilich spricht einiges für eine weiter gehende Auslegung:

Wie erwähnt, gibt es keine Probleme, diese Auslegung mit dem Wortlaut zu vereinbaren. Auch die ex-lege-entstehende Befugnis eines Erben, den Nachlass zu vertreten, ist ohne Zweifel eine Änderung der Vertretungsbefugnis und kann daher unter § 171 AußStrG subsumiert werden.

Es fällt außerdem neben der systematischen Stellung am Beginn des Abschnitts über die Verwaltung auf, dass § 171 AußStrG eigens von „*jeder* Änderung der Art der Vertretung“ spricht, während an anderer Stelle § 173 Abs 3 für den Fall, dass sich „Vertretungsverhältnisse während des Verfahrens ändern“, vorsieht, dass der Gerichtskommissär überholte Amtsbestätigungen zurückzufordern hat. Die getrennte Behandlung und die Bezug-

¹⁰ Auf die so nachgewiesene Vertretungsbefugnis muss sich ein Dritter verlassen dürfen, auch wenn der Erbprätendent gar nicht wirklich Erbe wird. Ob auch die Vorlage einer Kopie hinreicht, bedürfte einer gesonderten Untersuchung. Die Gefahr ist groß, dass der Erbe, dem die Amtsbestätigung wieder abgenommen wurde (§ 173 Abs 2 AußStrG), Abschriften davon missbraucht.

¹¹ 224 BlgNR 22. GP 110.

nahme auf „jede“ Vertretungsänderung in § 171 sprechen dafür, dass § 171 und § 173 zumindest zum Teil verschiedene Fälle betreffen. Andernfalls hätte die Regelung schon aus systematischen Gründen in einem Absatz erfolgen können.

Im Ergebnis erscheint es daher richtig, das **Anzeigerfordernis** des § 171 AußStrG auch auf das (erstmalige) **Entstehen der Verwaltungsbefugnis** zu beziehen. Damit ist ein Zeitpunkt für die Entstehung feststellbar, außerdem ist jede Art der Beteiligung des Gerichts oder Gerichtskommissärs in Anbetracht der weit reichenden Folgen wünschenswert. Will ein Erbe nach Abgabe der Erbantrittserklärung den Nachlass vertreten, muss er also in Hinkunft zwar keinen Gerichtsbeschluss abwarten, aber seine Absicht, die Verwaltung zu übernehmen, dem Gericht oder Gerichtskommissär anzeigen. Erstaunlich ist, dass das Gesetz keinerlei Reaktion auf diese Anzeige vorsieht. Zu hoffen ist, dass diese Gelegenheit in der Praxis genutzt wird, um Erbprätendenten, deren Erbrecht zweifelhaft ist, zu verdeutlichen, dass ihnen keine Verwaltungsbefugnis zusteht.

C. Umfang der Befugnis

§ 810 verleiht dem Erben die Befugnis, die Nachlassgegenstände (körperlich) zu benutzen, sowie die Geschäftsführungsbefugnis nach innen und die Vertretungsmacht über diese Gegenstände nach außen.¹²

1. Grundtatbestand

„Verwaltungs- und Vertretungshandlungen [eines Erbprätendenten] vor Abgabe von Erbantrittserklärungen zur gesamten Verlassenschaft sowie alle Veräußerungen von Gegenständen aus dem Verlassenschaftsvermögen bedürfen der Genehmigung des Verlassenschaftsgerichts, wenn sie nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehören. Die Genehmigung ist zu versagen, wenn die Handlung für die Verlassenschaft offenbar nachteilig wäre“ (§ 810 Abs 2). Verwaltungshandlungen, die zum **ordentlichen Wirtschaftsbetrieb** gehören, sind daher immer **genehmigungsfrei**.¹³

2. Genehmigungsfreie Geschäfte des ordentlichen Wirtschaftsbetriebs

Im Hinblick auf die Bezugnahme auf den ordentlichen Wirtschaftsbetrieb decken sich die neuen (§ 810) und die alten (§ 145 AußStrG aF) Begriffe. Auch früher wurde schon an den ordentlichen Wirtschaftsbetrieb angeknüpft, wobei sich die hA bisher an den miteigentumsrechtlichen Regeln des § 833 orientierte.¹⁴ Die Materia-

lien zum FamErbRÄG wollen hingegen an § 154 Abs 3 und die dazu ergangene Rsp anknüpfen.¹⁵ Eine wesentliche Änderung der Rechtslage wird sich daraus nicht ergeben, § 154 Abs 3 verleiht dem „ordentlichen Wirtschaftsbetrieb“ in Anbetracht der detaillierten Aufzählung genehmigungspflichtiger Geschäfte vielleicht sogar mehr Konturen. Allerdings darf man nicht voreilig daraus schließen, dass das Bestehen einer Genehmigungspflicht nach § 154 Abs 3 notwendig eine solche auch nach § 810 nach sich zieht. Die Fälle einer Genehmigungspflicht hat der Gesetzgeber in § 810 nämlich außerordentlich dunkel und verwirrend geregelt.

3. Genehmigungspflicht

Die Materialien sagen, dass der ordentliche Wirtschaftsbetrieb immer genehmigungsfrei ist.¹⁶ Das verwundert nicht, hilft aber auch nicht viel weiter. Schwierig ist ja gerade die Einordnung von Geschäften, die nicht zum ordentlichen Geschäftsbetrieb gehören. Logisch wäre hier das Erfordernis einer gerichtlichen Genehmigung (vgl § 145 Abs 1 AußStrG aF); darauf deuten die Materialien an einer Stelle auch hin: „Inhaltlich soll § 810 ABGB nicht weiter angetastet, aber praktikabler gestaltet werden.“¹⁷ [...] Die für volljährige Erbensprecher genehmigungsfreien Geschäfte sind wie im § 154 Abs 3 zu umschreiben.“¹⁸ Damit wird – wie in der alten Rechtslage – zu dem Umkehrschluss eingeladen, dass die nach § 154 Abs 3 genehmigungspflichtigen Geschäfte auch nach § 810 der Zustimmung durch das Verlassenschaftsgericht bedürfen. Diesen offenkundig sinnvollen und nachvollziehbaren Schluss tragen aber weder der Wortlaut des § 810 noch die in sich widersprüchlichen Mat.

Der erbserklärte Erbe kann nämlich schon während des Verlassenschaftsverfahrens ohne Befassung des Verlassenschaftsgerichtes **alle Maßnahmen der Verwaltung und Vertretung setzen**. Diese Befugnis steht ihm nach dem Gesetzeswortlaut qualitativ und quantitativ unumschränkt zu. Die Materialien scheinen daher strenger zu sein als der Wortlaut, wenn sie an die alte Rechtslage anknüpfen wollen.

a) Gesetzeswortlaut

Eine Beschränkung auf den ordentlichen Wirtschaftsbetrieb sieht § 810 nämlich nur in zwei Fällen vor. Erstens für den Erben, der sich nur **zu einer Quote erbserklärt** hat und dennoch – mangels Antrittserklärungen Dritter, mit denen er sich die Verwaltung teilen müsste – allein das Recht zur Verwaltung des ganzen Nachlasses hätte (§ 810 Abs 2, 1. Fall): Er muss alles, was über den ordentlichen Wirtschaftsbetrieb hinausgeht, vom Nachlassge-

¹² Erl 471 BlgNR 22. GP 31.

¹³ Erl 471 BlgNR 22. GP 32.

¹⁴ OGH in SZ 28/267; JBl 1984, 552; SZ 56/195; SZ 71/73; s auch NZ 1997, 332.

¹⁵ Erl 471 BlgNR 22. GP 32; *Stabentheiner* in *Rummel*³ ErgBd §§ 154, 154a Rz 13ff; *Hopf* in *KBB* § 154 Rz 7ff; *Nademsleinsky* in *Schwimmann*³ § 154 Rz 18ff.

¹⁶ Erl 471 BlgNR 22. GP 3.

¹⁷ Erl 471 BlgNR 22. GP 31.

¹⁸ Erl 471 BlgNR 22. GP 32.

richt genehmigen lassen. Die Materialien haben Bedenken dagegen, dass ein Erbe auf Grund einer Erbantrittserklärung zu einer ganz kleinen Quote – die Materialien führen als Beispiel die Erbserklärung zu einem Zwölftel an – befugt wäre, die gesamte Verlassenschaft zu verwalten und zu vertreten.¹⁹ Das leuchtet ein. Allerdings muss darauf hingewiesen werden, dass nach dem Wortlaut die Genehmigungspflicht unabhängig von den konkreten Quoten immer dann gilt, wenn keine Erbantrittserklärungen zum gesamten Nachlass abgegeben wurden. Dann bedürfen – zum Schutz der noch unbekanntem sonstigen Erben – alle Akte des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebs einer gerichtlichen Genehmigung.

Die zweite Beschränkung gilt für **Veräußerungsgeschäfte**. Auch sie kann der Erbe ohne Genehmigung nur vornehmen, wenn sie zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehören (§ 810 Abs 2, 2. Fall). Das bedeutet aber: **Immer wenn die Erbantrittserklärung zum ganzen Nachlass abgegeben wurde, kann der Erbe – außer bei außerordentlichen Veräußerungen – frei agieren**. Warum auch alle Geschäfte außerhalb des ordentlichen Geschäftsbetriebes genehmigungsfrei sein sollen, wenn sie nur keine Veräußerung zum Inhalt haben, ist nicht ersichtlich. Man denke an eine Verpfändung wesentlicher Stücke des Nachlassvermögens (vgl § 145 Abs 1 AußStrG aF)!

b) Gesetzesmaterialien

Dieses ohnedies schon komplizierte Konzept verwischen die Materialien noch weiter. Denn „auch Verwaltungshandlungen und Vertretungsakte (mit Sondervorschriften für Veräußerungen), die nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehören, bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit nur bei Vorliegen zusätzlicher Voraussetzungen der Genehmigung des Verlassenschaftsgerichts. Nicht immer bedarf es nämlich einer gerichtlichen Genehmigung, um alle beteiligten Personen und insbesondere die Gläubiger vor Nachteilen zu schützen.“ Selbst ungünstige Veräußerungsgeschäfte seien für die Gläubiger unschädlich, bestehe doch eine Haftung *pro viribus hereditatis*. Stellt sich heraus, dass der verwaltende Erbanstsprecher doch nicht der richtige Erbe war, ist das für den wahren Erben²⁰ gleichermaßen wie für die Gläubiger ein Hohn: die *vires* sind beim Dritten.²¹

Problematisch sind Veräußerungen für die Materialien hingegen nur „dann und so lange, als [sie] die Inventarserrichtung konterkarieren würden, weil die noch zu beschreibenden und schätzenden Gegenstände mittlerweile veräußert wurden“. Die Materialien wollen offenbar bei Veräußerungen (2. Fall) eine Genehmigung nur

bei noch **ausstehender Inventarisierung** zur Voraussetzung machen.²²

Das hat – beruft man sich nur auf § 810 Abs 2 – keine Deckung im Gesetz. Abs 2 unterwirft Veräußerungsgeschäfte immer schon dann der Genehmigungspflicht, wenn sie nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehören, die Inventarisierung spielt keine Rolle. Eine solche Auslegung des § 810 verbietet sich daher. Der **Gesetzeswortlaut** ist hier **strenger als die Materialien**, da er bei Veräußerungen innerhalb des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebs nicht unterscheidet.

Überlegt werden kann allenfalls, ob sich die von den Materialien gegebene Interpretation aus § 810 Abs 3 ableiten lässt, der tatsächlich einen ähnlichen Sachverhalt vor Augen hat. Abs 3 nimmt allerdings nicht auf die Verwaltungsproblematik des Abs 2 Bezug: „Ist nach der Aktenlage die Errichtung eines Inventars zu erwarten, so dürfen Vermögensgegenstände, deren Veräußerung nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehört, erst veräußert werden, nachdem sie in ein Inventar aufgenommen worden sind.“ Auch mit § 810 Abs 3 lässt sich daher nicht begründen, dass Veräußerungsgeschäfte des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebs nur dann einer Genehmigung bedürfen, wenn die Vermögensgegenstände noch nicht inventarisiert wurden. Aus Abs 3 ergibt sich vielmehr, dass nicht inventarisierte Vermögensgegenstände, deren Veräußerung nicht zum gewöhnlichen Wirtschaftsbetrieb gehört, überhaupt nicht veräußert werden dürfen, wenn eine Inventarisierung zu erwarten ist. § 810 Abs 3 richtet sich nämlich an das Gericht, das – eine **Genehmigungspflicht vorausgesetzt!** – die Zustimmung unabhängig von konkret befürchteten Nachteilen für die Verlassenschaft, Gläubiger oder Miterben schon wegen ihrer abstrakten Gefährlichkeit zu versagen hat.²³ Damit stützt Abs 3 die hier vertretene und den Materialien zuwiderlaufende Interpretation über das Genehmigungserfordernis bei Veräußerungsgeschäften.

c) Zwischenergebnis

Bevor es keine Erbantrittserklärungen zum ganzen Nachlass gibt, ist der Erbe nur zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb ermächtigt. Jede Maßnahme des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebs bedarf der Zustimmung durch das Verlassenschaftsgericht.

Wurden Erbserklärungen zum ganzen Nachlass abgegeben, ist die Verwaltungsbefugnis des Erben unbegrenzt. Der Erbe kann auch sämtliche Maßnahmen des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebs setzen, wenn es keine Veräußerungen sind.

¹⁹ Erl 471 BlgNR 22. GP 32.

²⁰ Dessen Haftung üblicherweise als „mit dem Wert der übernommenen Aktiven beschränkt“ bezeichnet wird.

²¹ Dass zB der Kaufpreis dem Nachlass zugute kommen müsste, kann graue Theorie bleiben und wird dem wahren Erben dann keine große Hilfe sein.

²² Die Ansicht der Materialien referiert auch *Apathy* in KBB § 810 Rz 6.

²³ Wie hier auch *Fischer-Czermak*, JBl 2005, 13 bei und in FN 78.

Die Veräußerung von Gegenständen bedarf stets einer gerichtlichen Genehmigung, wenn das Geschäft zum außerordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehört.

Ist die Inventarisierung zu erwarten, ist die Genehmigung für außerordentliche Veräußerungsgeschäfte jedenfalls zu versagen.

d) Korrektur mittels Analogie

Dieses Ergebnis mutet willkürlich an, da kein Grund ersichtlich ist, warum der zum ganzen Nachlass erbserklärte Erbe alle Geschäfte des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebs allein abschließen kann und nur Veräußerungsgeschäfte der gerichtlichen Genehmigung bedürfen.

Da die in den Materialien angedeutete Beschränkung des Genehmigungserfordernisses auf außergewöhnliche Veräußerungsgeschäfte vor Inventarisierung abzulehnen ist und sie außerdem auch nicht geeignet wäre, den **Wertungswiderspruch** zu anderen gefährlichen Geschäften zu beseitigen, kann überlegt werden, ob nicht in **analoger Anwendung** der **Genehmigungspflicht für außerordentliche Veräußerungsgeschäfte** der gesamte außerordentliche Wirtschaftsbetrieb der Genehmigungspflicht unterworfen werden soll. Dies wäre begrüßenswert und würde den Rechtsverkehr auch nicht besonders belasten. Bleibt man beim Beispiel der Verpfändung des Nachlassvermögens, ist nicht einsichtig, warum ein so selten abgeschlossenes Geschäft nicht unter Genehmigungsvorbehalt stehen darf. Die Genehmigungsfreiheit schafft unnötigerweise „Schutzdefizite“, eine Genehmigungspflicht wäre nur mit geringen Mühen verbunden.

Problematisch an der „Korrektur“ des § 810 Abs 2 ist freilich, dass die darin vorgesehene Unterscheidung zwischen Handlungen vor Abgabe von Erbantrittserklärungen zum gesamten Nachlass und Handlungen danach aufgegeben würde. Dem – wie oben dargelegt – nicht verwirklichtbaren Wunsch der Materialien nach noch weniger Genehmigungspflicht (nämlich nur für außerordentliche Veräußerungen vor Inventarisierung) liefe dieses Ergebnis ebenfalls zuwider.

Trotzdem ist es sinnvoll und richtig, wie in der bisherigen Rechtslage jedes Geschäft des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebs der Genehmigungspflicht zu unterwerfen. Auch hierfür findet sich ein Anknüpfungspunkt in den Mat, die erklären, inhaltlich sollte § 810 durch das FamErbRÄG nicht angetastet werden, und die an § 154 anknüpfen wollen.²⁴ Wendete man § 810 Abs 2, 2. Fall über Veräußerungsgeschäfte analog an, käme man im Ergebnis zu einer einfachen Formulierung des Abs 2: „**Verwaltungs- und Vertretungshandlungen** bedürfen der **Genehmigung** des Verlassenschaftsgerichts, wenn sie **nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb** gehören. Die Genehmigung ist zu versagen, wenn die Handlung für die Verlassenschaft offenbar nachteilig wäre.“

²⁴ Vgl FN 17.

Zuzugeben ist, dass dieses Auslegungsergebnis, dem die Hälfte des Textes des § 810 Abs 2 geopfert würde,²⁵ ein methodischer Hürdenlauf ist. Die Notwendigkeit dazu ergibt sich aber erst durch das widersprüchliche Regelungskonzept des Gesetzgebers und die ebenfalls widersprüchlichen Materialien. Im Ergebnis ist eine analoge Anwendung der Genehmigungspflicht auf alle Geschäfte des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebs geboten und methodisch zulässig.

D. Erbenmehrheit

§ 810 knüpft die Verwaltungsbefugnis an die Voraussetzung, dass der erbserklärte Erbe sein Erbrecht hinreichend ausgewiesen hat. „Trifft dies auf mehrere Personen zu, so üben sie dieses Recht gemeinsam aus, soweit sie nichts anderes vereinbaren.“

1. Widersprechende Erbantrittserklärungen

Widersprechen einander die Erbantrittserklärungen, so galt schon bisher das Erbrecht als nicht hinreichend ausgewiesen,²⁶ das Verlassenschaftsgericht durfte keinem der Erbensprecher die Besorgung und Verwaltung übertragen.²⁷ Das wird auch weiterhin zu gelten haben. Der Gerichtskommissär wird das **Erbrecht** als **nicht hinreichend ausgewiesen** betrachten müssen. Die Ausstellung einer Amtsbestätigung hat er zu verweigern, da es gar keine Befugnis gibt, die bestätigt werden könnte.²⁸

Besondere Schwierigkeiten bereiten später einlangende widersprechende Erbantrittserklärungen. Man wird davon ausgehen müssen, dass – ein ursprünglich hinreichender Erbrechtsausweis vorausgesetzt – bis zu ihrem Einlangen die Verwaltungsbefugnis zusteht. Was gilt aber danach? Wird der Erbrechtsausweis ex post unzureichend? Kommt es dabei auf die Kenntnis des verwaltden Erben an? § 173 AußStrG sieht vor, dass erforderlichenfalls vom Verlassenschaftsgericht ein **Verlassenschaftskurator** zu bestellen ist, wenn ein Verfahren zu Feststellung des Erbrechts einzuleiten ist (§ 160ff). Die Bestellung des Kurators beendet alle sonstigen Vertretungsbefugnisse.

²⁵ Die Genehmigungspflicht für außerordentliche Geschäfte vor Abgabe von Erberklärungen zum gesamten Nachlass ginge dann ja bereits aus der allgemeinen Regel hervor.

²⁶ Welser in Rummel³ § 810 Rz 25; EvBl 1948/406; RZ 1967, 108.

²⁷ Welser in Rummel³ § 810 Rz 26; GIUNF 6742; SZ 19/16; NZ 1992, 11; RZ 1996/31.

²⁸ In Anbetracht der hier vertretenen Auffassung, es bedürfe der Anzeige an Gericht oder Gerichtskommissär, könnten solche Fälle leicht aufgeklärt werden. Es sei nochmals darauf hingewiesen, zu welcher Rechtsunsicherheit die ex-lege-Entstehung der Verwaltungsbefugnis sonst führt. Schon der Erbe selbst wird Probleme haben zu beurteilen, ob sein Erbrechtsausweis hinreicht. Ein Dritter kann sich auf eine behauptete Verwaltungsbefugnis überhaupt nicht verlassen. Selbst wenn ihm glaubhaft gemacht wird, dass der Erbprätendent ein Erbrecht hat, kann er nie wissen, ob es nicht einander widersprechende Erbantrittserklärungen gibt.

Fraglich bleibt aber natürlich, ob auch schon vor Bestellung eines Verlassenschaftskurators die Verwaltungsbefugnis widerrufen werden kann.²⁹ § 173 Abs 2 AußStrG scheint in diese Richtung zu deuten, wenn er bestimmt, dass der Gerichtskommissär Amtsbestätigungen zurückfordern kann, wenn sich während des Verfahrens die Vertretungsverhältnisse ändern. Daraus zu schließen, der Widerruf sei zulässig, wäre freilich eine *petitio principii*, da die Rückforderung der Amtsbestätigungen nicht Voraussetzung, sondern eben nur die Folge einer Vertretungsänderung ist, deren Statthaftigkeit ja gerade fraglich ist. Freilich könnte man § 810 Abs 1 entnehmen, dass das Gericht auch in solchen Fällen die Vertretungsmacht widerrufen kann („solange das Gericht nichts anderes anordnet“).

Bisher galt, dass die Verwaltung aufrecht blieb, aber dem verwaltenden Erben durch **einstweilige Verfügung** des Prozessgerichts untersagt werden konnte.³⁰ Dieser Weg scheint auch in Hinkunft gangbar zu sein, wenn noch kein Nachlasskurator bestellt ist und das Gericht die Verwaltungsbefugnis noch nicht widerrufen hat.

2. Korrespondierende Erbantrittserklärungen

Gibt es mehrere Erbprätendenten, deren Erklärungen zueinander nicht in Widerspruch stehen, steht ihnen die Verwaltung gemeinsam zu, wenn das Erbrecht hinreichend ausgewiesen ist; sie verwalten zur **ungeteilten Hand**.³¹ Ist in Einzelfragen zwischen ihnen kein Einvernehmen zu erzielen, so hat das Verlassenschaftsgericht einen Verlassenschaftskurator zu bestellen (§ 173 Abs 1 AußStrG). Diese Regelung ist klar und begrüßenswert, sie erspart den Gerichten Verwaltungsprozesse und schafft eindeutige Verhältnisse. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass für die Verwaltung – entgegen allgemeinen Regeln (§ 833 ABGB) – **Einstimmigkeit** der Erben notwendig ist,³² das Mehrheitsprinzip gilt mangels eigener Anordnung nicht.

Im Einvernehmen können die Erben abweichende Vereinbarungen über die Verwaltung und Vertretung treffen. Diese Vereinbarung bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Anzeige an das Gericht oder den Gerichtskommissär (§ 171 AußStrG).³³

E. Sonstiges

Keine Neuerungen brachte die Novelle für die Rechtsstellung des **Nachlassverwalters** und des mit der Verwaltung betrauten Testamentsvollstreckers. Insbesondere

wurde die Frage, inwiefern § 810 hinter einer Anordnung des Erblassers zurückzustehen hat, nicht beantwortet.³⁴

Ebenfalls nichts Neues gibt es, wenn ein Antrag auf **Nachlasseparation** mit der Verwaltungsbefugnis des Erben zusammentrifft. Auch wenn der Erbe bereits die Verwaltung und Vertretung des Nachlasses innehat, hindert dies die Nachlasseparation nicht. Die Befugnisse des Erben werden dann um die Befugnisse des zu bestellenden Separationskurators eingeschränkt oder ganz entzogen.³⁵

F. Ergebnisse

1) § 810 – Interpretation iEs

a. Hat der erbserklärte Erbe sein Erbrecht hinreichend ausgewiesen, kommt ihm ex lege die Befugnis der Benützung, Verwaltung und Vertretung des Nachlassvermögens zu. Diese Befugnis umfasst sowohl den ordentlichen als auch den außerordentlichen Geschäftsbetrieb.

b. Die wirksame Vertretung des Nachlasses setzt voraus, dass der Erbe seine Vertretungsbefugnis dem Gericht oder Gerichtskommissär angezeigt hat (§ 171 AußStrG).

c. Diese Befugnis ist so lange eingeschränkt, bis Erbantrittserklärungen zum ganzen Nachlass vorliegen. Die erbserklärten Erben haben vorher zwar das Recht, den ganzen Nachlass zu benützen, zu verwalten und zu vertreten, es ist aber auf den ordentlichen Geschäftsbetrieb eingeschränkt. Maßnahmen des außerordentlichen Geschäftsbetriebs bedürfen der Genehmigung des Gerichts.

d. Auch wenn Erbantrittserklärungen zum ganzen Nachlass vorliegen, bedürfen Veräußerungsgeschäfte des außerordentlichen Geschäftsbetriebes der verlassenschaftsgerichtlichen Genehmigung.

2) Analogie

a. Eine analoge Anwendung der Genehmigungspflicht für außerordentliche Veräußerungsgeschäfte auf den gesamten außerordentlichen Wirtschaftsbetrieb ist geboten.

b. Alle Verwaltungs- und Vertretungshandlungen bedürfen daher der Genehmigung des Verlassenschaftsgerichts, wenn sie nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehören. Dies gilt unabhängig von der Abgabe von Erbantrittserklärungen zu Quoten oder einer bevorstehenden Inventarisierung. Die Genehmigung ist zu versagen, wenn die Handlung für die Verlassenschaft offenbar nachteilig wäre.

²⁹ Vgl *Eccher in Schwimann*² § 810 Rz 16 mwN.

³⁰ *Welser in Rummel*³ § 810 Rz 26; *Eccher in Schwimann* § 810 Rz 16.

³¹ OGH in NZ 1974, 25; SZ 49/149; NZ 1994, 86; NZ 1997, 249; NZ 1999, 59.

³² *Eccher in Schwimann*² § 810 Rz 4 mwN zur alten Rechtslage.

³³ Zur Anwendung auf die erstmalige Entstehung der Verwaltungsbefugnis siehe schon oben.

³⁴ Vgl dazu *Welser in Rummel*³ § 816 Rz 12; *Eccher in Schwimann*² § 810 Rz 6ff; *Zankl*, NZ 1998, 71f; *denselben*, JBI 1998, 293; OGH in NZ 1933, 114; *diff Bydlinski*, JBI 1981, 72; *Kralik*, Erbrecht 28; *Sprung/Fink*, JBI 1996, 208; OGH in JBI 1993, 310; NZ 1998, 79.

³⁵ Vgl zur Rechtslage vor dem FamErbRÄG OGH in SZ 23/361; SZ 71/73.

3) Genehmigungen sind jedenfalls zu versagen, wenn die Errichtung eines Inventars zu erwarten ist und die zu veräußernde Sache noch nicht inventarisiert wurde (§ 810 Abs 3).

4) Sonst ist die Genehmigung zu versagen, wenn die Handlung für die Verlassenschaft offenbar nachteilig wäre (§ 810 Abs 2 2. Satz).

5) Bei widerstreitenden Erbantrittserklärungen ist das Erbrecht der widerstreitenden Erbensprecher als nicht hinreichend ausgewiesen anzusehen. Keinem von ihnen stehen die Rechte nach § 810 zu.

6) Wird das Erbrecht erst nach Abgabe einer Erbantrittserklärung streitig (durch verspätete Erbantrittserklärungen), hat das Verlassenschaftsgericht während des Verfahrens zur Feststellung des Erbrechts bei Bedarf einen Verlassenschaftskurator zu bestellen. Damit enden alle anderen Vertretungsbefugnisse. Alternativ besteht die Möglichkeit, die Verwaltungsbefugnis zu widerrufen.

7) An der Rechtsstellung eines vom Erblasser eingesetzten Nachlassverwalters ändert die neue Rechtslage ebenso wenig etwas wie an der Zulässigkeit der Nachlassseparation.