

# JEV

*Journal für Erbrecht und  
Vermögensnachfolge*

*Herausgegeben von:*

CHRISTOPHER CACH  
SUSANNE KALSS  
MARTIN MELZER  
BERNHARD MOTAL  
KATHARINA MÜLLER  
MICHAEL PETRITZ  
MARTIN SCHAUER  
HELGA SPROHAR-HEIMLICH  
SABINE URNIK

| Heft 4  
ISSN 2305-8412

# 2020

*Erb-, Gesellschafts-,  
Stiftungs- und  
Steuerrecht*

*Seite 145*

STEPHAN VERWEIJEN

*Fruchtgenussrechte als Mittel der  
Pflichtteilsdeckung*

*Seite 153*

VERONIKA KUBASTA

*Strafe nein – Erbschaft ja?*

*Seite 159*

ALEXANDER WIBIRAL |  
CHRISTOPHER CACH

*Partieller Erbverzicht hinsichtlich  
konkreter Gegenstände?*

*Seite 167*

ALEXANDER WEBER |  
ALEXANDER LOTZ

*Die Ausübung von Gesellschafter-  
rechten vom Erbfall bis zur Ein-  
antwortung*

*Seite 180*

ANDREA BAYER

*Vorrang der Überlassung an  
Zahlungs statt – eine Kurzanalyse*

*Seite 182*

SANG WHA LEE

*Durchsetzung des Zugangs zum  
digitalen Nachlass – ein kurzer  
Blick über den Tellerrand*

**Rechtsprechung**

16. OGH 29.6.2020, 2 Ob 12/20b

17. OGH 6.8.2020, 2 Ob 180/19p





Dr. Alexander Weber

ist Rechtsanwalt in Wien.



Dr. Alexander Lotz

ist Rechtsanwaltsanwärter in Wien.

# Die Ausübung von Gesellschafterrechten vom Erbfall bis zur Einantwortung

## Allgemeines und Überlegungen zur Stimmrechtsausübung in der GmbH

- Gesellschaftsrecht und Erbrecht stehen in verschiedenen Zusammenhängen in einem Spannungsverhalt-
- nis, welches in den unterschiedlichen Regelungsanliegen begründet ist. Während dem Gesellschaftsrecht
- die Funktion des Interessenausgleichs zwischen den Gesellschaftern und der Fortbestandssicherung der Ge-
- sellschaft zukommt, liegt das Kernanliegen des Erbrechtes in der Verteilung des Vermögens des Erblassers.<sup>1</sup>
- An der Schnittstelle der beiden Regelungskreise offenbart sich, dass diese nicht immer optimal aufeinander
- abgestimmt sind. Während das Gesellschaftsrecht etwa schlicht anordnet, welche Wirkungen der Tod eines
- Gesellschafters auf den Fortbestand der Gesellschaft hat,<sup>2</sup> ist das Erbrecht von einem detailreich geregelten
- Verfahren nach dem Tod des Erblassers geprägt. Dieses nimmt bereits in einfachen Fällen eine gewisse Zeit in
- Anspruch und kann sich in besonderen Konstellationen (Auslandsbezge in der Familie oder des Vermögens,
- Probleme bei der Erhebung von Informationen oder in der Kontaktaufnahme zu den Erben bzw Pflichtteils-
- berechtigten) auch sehr lange hinziehen. Das Gesellschaftsrecht nimmt darauf keine Rücksicht, weshalb sich
- die Frage stellt, wie sich erbrechtliche Verfahrenskonstellationen auf die Fortführung von Gesellschaften und
- die Ausübung von Gesellschafterrechten auswirken.

### I. Ausgangssachverhalt und Einleitendes

**Beispiel:** Nach seinem Ableben finden sich in der Verlassenschaft des Emil neben sonstigem Vermögen ein Geschäftsanteil an einer GmbH, der eine Beteiligung von 20% an der Gesellschaft vermittelt.

**Variante 1:** Bereits vor Emils Tod wurde eine ordentliche Generalversammlung einberufen, in der über die Genehmigung des Jahresabschlusses und die Entlastung des Geschftsfehlers entschieden werden soll.

**Variante 2:** Wenige Wochen nach dem Tod des Emil tritt der Geschftsfehler der GmbH zurück. In der daraufhin einberufenen auserordentlichen Generalversammlung soll nicht nur über die Bestellung eines Nachfolgers abgestimmt werden; laut Tagesordnung steht auch die Genehmigung von in Aussicht genom-

menen Rechtsgeschäften auf dem Programm, die in ihrem Volumen massiv über das bisherige Geschäft der Gesellschaft hinausgehen und bei einem Scheitern die Existenz der Gesellschaft gefährdet können.

Sedes materiae der hier interessierenden Fragen sind die § 810 ABGB, §§ 171 ff AußStrG.

Nach dem Tod einer Person (Erbfall gem § 536 ABGB) setzt die Verlassenschaft als juristische Person die Rechtsposition des Erblassers fort (§ 546 ABGB). Die Rechtsposition der Verlassenschaft entspricht im Wesentlichen jener des Erblassers; sie kann daher auch Gesellschafterrechte ausüben.<sup>3</sup>

Der (erbantrittserklarte) Erbe, der sein Erbrecht hinreichend ausweist, hat das Recht, das Verlassenschaftsvermögen zu benützen, zu verwalten und die Verlassenschaft zu vertreten,<sup>4</sup> solange das Verlassen-

1 Kals, Kapitalgesellschaftsrecht und Unternehmensnachfolge, in Kals/Schauer, Unternehmensnachfolge (2001) 61 (70 ff); Weber/Lotz, Die vorzeitige Vertragsbeendigung nach dem Erbfall im sterreichischen Privatrecht, JEV 2019, 169 (187).

2 ZB (jeweils vertraglich abdingbare) Auflösung der Gesellschaft (§ 1208 Z 5 ABGB, § 131 Z 4 UGB) oder Erlöschen der Mitgliedschaft (§ 54 Abs 2 GenG) bzw Vererblichkeit des Geschäftsanteils (§ 76 Abs 1 GmbHG).

3 Werkusch-Christ in Kleteka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.06</sup> § 546 Rz 2 mwN aus der Rsp.

4 Dieser Beitrag behandelt vordringlich die Vertretung des Nachlasses. An Bentzungs- und Verwaltungshandlungen können sich im Detail uU andere Rechtsfolgen knüpfen, vgl zur Differenzierung näher Mondel, Die praktische Handhabung der Benützung, Verwaltung und Vertretung des Nachlasses, NZ 2006/54, 225 (Punkt D.).

schaftsgericht nichts anderes anordnet (§ 810 Abs 1 Satz 1 ABGB). Es handelt sich dabei um ein subjektives Recht, das den Erben *ex lege* zusteht.<sup>5</sup> Auf Verlangen hat der Gerichtskommissär eine Amtsbestätigung über die Vertretungsbefugnis auszustellen (§ 172 AußStrG).

Eine Änderung der Vertretung der Verlassenschaft wird erst mit dem Zeitpunkt wirksam, mit dem sie dem Gericht oder dem Gerichtskommissär angezeigt wird (§ 171 AußStrG). Mehrere Erben üben die Rechte gemeinsam aus, sofern sie nichts anderes vereinbaren, wie zum Beispiel, dass einer von mehreren erbantrittserklärten Erben die Verlassenschaft alleine vertritt (§ 810 Abs 1 Satz 2 ABGB). Einigen sie sich nicht über die Art der Vertretung oder einzelne Vertretungshandlungen oder ist ein Verfahren über das Erbrecht einzuleiten, so hat das Verlassenschaftsgericht einen Verlassenschaftskurator zu bestellen (§ 173 Abs 1 AußStrG).

Der vorliegende Aufsatz behandelt die Vertretung der Verlassenschaft aus der Sicht des betroffenen Erbensprechers und stellt dar, wann dessen Vertretungsmacht beginnt (II.), in welchem Umfang sie ihm zukommt (III.) und wann sie endet (V.). Hinsichtlich des Umfangs der Vertretungsmacht legen wir den Fokus auf die Ausübung von Gesellschafterrechten in der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), hier wiederum – da praktisch besonders relevant – auf die Ausübung des Stimmrechts. Im Hauptteil des Beitrags wird die Rechtslage bei Fehlen einer gesonderten (letztwilligen oder gesellschaftsvertraglichen) Regelung untersucht; gesondert behandelt (VI.) wird die Frage, in welchem Umfang ein Erblasser auf die Verwaltung und Vertretung der Verlassenschaft in seiner letztwilligen Verfügung Einfluss nehmen kann.

## II. Beginn der Vertretungsmacht

Die Vertretungsmacht des Erben beginnt in dem Zeitpunkt, in dem er sein Erbrecht „hinreichend ausweist“ und auf Basis dieses ihn berechtigenden Berufungsgrundes (letztwillige Verfügung, Erbvertrag oder Gesetz) eine Erbantrittserklärung abgibt<sup>6</sup> und keine widersprechende Erklärungen anderer Personen vorliegen.<sup>7</sup> Es bedarf dazu – wie dargelegt – keines Aktes des Gerichts oder des Gerichtskommissärs, wie zB eines gesonderten Gerichtsbeschlusses.<sup>8</sup>

Das erstmalige Entstehen der Vertretungsbefugnis ist dem Verlassenschaftsgericht bzw dem Gerichtskommissär nicht anzuzeigen;<sup>9</sup> dies ist nachvollziehbar, entsteht sie doch ohnehin erst mit der Abgabe der Erbantrittserklärung und dem Erbringen eines hinreichenden Erbrechtsnachweises. Auf Verlangen des Erbensprechers stellt der Gerichtskommissär eine Amtsbestätigung über die Vertretungsbefugnis aus. Dieser kommt jedoch lediglich Bescheinigungsfunktion im Hinblick auf die bestehende Vertretungsbefugnis zu.<sup>10</sup> Neben der Amtsbestätigung kann (in seinem Anwendungsbereich) auch das Europäische Nachlasszeugnis als Nachweis der Befugnis zur Verwaltung der Verlassenschaft verwendet werden, gerade für den Fall, dass Vermögen im Ausland belegen ist.<sup>11</sup>

Jede Änderung der Vertretung der Verlassenschaft (wie zB die alleinige Vertretung durch einen Erben statt der gemeinsamen Vertretung durch alle Erben) ist dem Verlassenschaftsgericht bzw dem Gerichtskommissär von allen vertretungsbefugten Erbensprechern anzuzeigen (§ 171 AußStrG), also von allen Personen, denen grds *ex lege* die Rechte nach § 810 ABGB zukommen würden.<sup>12</sup> Die Änderung der Vertretung wird mit dem

5 Welser in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 810 Rz 1 und Rz 5; mit dem FamErbRÄG 2004, BGBl I 58/2004, wurde der konstitutive Überlassungsbeschluss abgeschafft; vgl dazu samt krit Würdigung insb *Spitzer*, Benützung, Verwaltung und Vertretung des Nachlasses (§ 810 ABGB neu), NZ 2006/8, 33 (33).

6 Vgl nur *Sailer* in *KBB*<sup>5</sup> § 799, 800 Rz 1; *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 810 Rz 1.

7 Im Falle widersprechender Erbantrittserklärungen ist gem § 173 Abs 1 iVm § 160 Abs 1 AußStrG ein Verlassenschaftskurator zu bestellen, vgl *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 810 Rz 26.

8 *Bittner* in *Rechberger*, AußStrG<sup>2</sup> § 171 Rz 2; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 810 ABGB Rz 1, 5.

9 *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 810 ABGB Rz 5; *Bittner* in *Rechberger*, AußStrG<sup>2</sup> § 171 Rz 2, aA *Spitzer*, NZ 2006/8, 33 (Punkt B.).

10 *Sailer* in *Gitschtbaler/Höllwerth*, AußStrG I<sup>2</sup> § 172 Rz 3; *Spitzer*, NZ 2006/8, 33 (33). Vgl zur Amtsbestätigung näher *Cach*, Entscheidungsbesprechung zu OGH 1 Ob 85/18h, JEV 2018, 174.

11 Art 63 Abs 2 lit c sowie Art 68 lit j und lit o EU ErbVO; vgl ausf *Schauer*, Europäisches Nachlasszeugnis in *Schauer/Scheuba*, Europäische Erbrechtsverordnung (2012), 73 (84 ff).

12 Das sind nicht zwingend nur jene Personen, denen aktuell (so *Sailer* in *Gitschtbaler/Höllwerth*, AußStrG I<sup>2</sup> § 171 Rz 3 ff) oder künftig die Vertretungsbefugnis zukommen soll, wenn es zB bereits eine Vereinbarung zwischen den Erbensprechern gab. Es ist aber der Konsens aller Personen, denen grds die Befugnisse nach § 810 ABGB zukommen *könnte*, erforderlich, da beim Fehlen eines solchen gem § 173 Abs 1 AußStrG vorzugehen ist. Reichte die Anzeige der aktuell Vertretungsbefugten, könnten Anzeigen bei Gericht erstattet werden, die nicht vom Konsens aller Erbensprecher getragen sind, wogegen „übergangene“ Erbensprecher auch nicht mittels Antrag gem § 173 Abs 1 AußStrG vorgehen können, solange sie keine Kenntnis davon erlangen. Für dieses Ergebnis (dh die Maßgeblichkeit der „abstrakten“ Vertretungsbefugnis) spricht uE auch die Verwendung des Wortes „Erbensprecher“ in § 171 AußStrG (zum Zeitpunkt der Anzeige des § 171 AußStrG muss ja nicht zwingend ein Erbensprecher vertretungsbefugt sein, die Erbensprecher können sich zB bereits auf einen Dritten geeinigt oder den vom Erblasser eingesetzten Testamentsvollstrecker akzeptiert haben).



Einlangen der Anzeige wirksam, es bedarf keiner Bestätigung durch das Gericht.<sup>13</sup> Eine Änderung kann dadurch eintreten, dass einer der bisherigen Erban sprecher wegfällt oder ein neuer Erban sprecher hinzu kommt, ohne dass es zu einem Erbrechtsstreit kommt, oder die bisherigen Erban sprecher die Art der Vertretung einvernehmlich auf neue Weise regeln.

Eine Änderung der Vertretung kann auch dadurch eintreten, dass das Verlassenschaftsgericht „anderes anordnet“ (§ 810 Abs 1 Satz 1 ABGB). Damit kann das Gericht in Fällen, in denen nicht nach § 173 AußStrG vorzugehen ist, Anordnungen zB zum Schutz von Gläubigern oder Pflichtteilsberechtigten treffen.<sup>14</sup> So kann das Gericht zB einem von mehreren Erben die Verwaltung und Vertretung im Hinblick auf einen in der Verlassenschaft befindlichen Geschäftsanteil übertragen, wenn dieser dafür der Geeignete ist.<sup>15</sup>

Verwaltungs- und Vertretungshandlungen vor Abgabe von Erbantrittserklärungen zur gesamten Verlassenschaft bedürfen der Genehmigung des Verlassenschaftsgerichts, sofern sie nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehören (§ 810 Abs 2 ABGB, siehe dazu sogleich unter Punkt III.): Das bedeutet umgekehrt, dass Erban sprechern die Verwaltungsbefugnis für Maßnahmen des ordentlichen Wirtschaftsbetriebs bereits zukommen kann, wenn (noch) nicht alle Erban trittserklärungen vorliegen.<sup>16</sup> Für Erben unbekanntes Aufenthalts ist ggf ein Abwesenheitskurator zu bestellen; dieser kann nach seiner Bestellung durch das Gericht eine Erbantrittserklärung abgeben und die Rechte nach § 810 ABGB (mit-)ausüben.<sup>17</sup>

### III. Umfang der Vertretungsmacht

#### 1. Allgemeines

Die Vertretungsmacht umfasst immer die gesamte Verlassenschaft, die Verwaltung oder Vertretung lediglich eines Teiles der Verlassenschaft ist gesetzlich nicht vorgesehen.<sup>18</sup> Pflichtteilsberechtigten und Vermächtnisnehmern steht das Verwaltungsrecht gem § 810 ABGB

nicht zu;<sup>19</sup> diese haben „lediglich“ einen schuldrechtlichen Anspruch gegen die Verlassenschaft bzw den/die Erben. Teilt der Erblasser in einer letztwilligen Verfügung daher bestimmte Sachen namentlich auf mehrere Personen auf, hängt es an der Qualifikation als Erbeinsetzung oder Legat, ob der Person die Rechte nach § 810 ABGB *ex lege* zukommen oder nicht.

Die von § 810 ABGB vermittelten Rechte reichen allerdings nie weiter als das mit der Einantwortung verbundene Recht.<sup>20</sup> Im Gegenteil: Nach uE zutreffender Ansicht ist der vertretungsbefugte Erbe als Vertreter der Verlassenschaft nicht berechtigt, die Einantwortung vorwegzunehmen und das Vermögen unter den Erben zu verteilen oder für eigene Zwecke zu verwenden, Zweck der Verwaltung ist vielmehr im Grundsatz die Sicherung und Erhaltung des Verlassenschaftsvermögens.<sup>21</sup>

#### 2. Maßnahmen des (außer-)ordentlichen Wirtschaftsbetriebs

Vor Abgabe von Erbantrittserklärungen zur gesamten Verlassenschaft unterliegen sämtliche Maßnahmen des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebs der verlassenschaftsgerichtlichen Genehmigung. Nach diesem Zeitpunkt gilt dies nur mehr für Veräußerungen von Gegenständen des Verlassenschaftsvermögens.<sup>22</sup> Der Differenzierung zwischen Maßnahmen des ordentlichen und des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebs kommt daher vor allem dann Bedeutung zu, wenn (i) noch keine Erbantrittserklärungen zur gesamten Verlassenschaft abgegeben wurden, (ii) Gegenstände aus dem Verlassenschaftsvermögen veräußert werden sollen und diese Veräußerung nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehört (und zwar auch nach Abgabe von Erbantrittserklärungen zur gesamten Verlassenschaft) oder (iii) ein Verlassenschaftskurator bestellt wurde (dazu unten V.1. und V.2.). Unabhängig von der verlassenschaftsgerichtlichen Genehmigung bestehen in diesen Fällen allfällige (zusätzliche) pflegschaftsgerichtliche Genehmigungs-

13 *Bittner* in *Rechberger*, AußStrG<sup>2</sup> § 171 Rz 2.

14 *Mondel*, NZ 2006/54, 225 (Punkt G.).

15 Vgl dazu auch die Wertungen bei *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 810 Rz 6; OGH 1.12.1976, 1 Ob 776/76; OGH RIS-Justiz RS0008139. Im Falle von Unstimmigkeiten zwischen den Erban sprechern wäre hingegen ein Verlassenschaftskurator zu bestellen.

16 *Bittner* in *Rechberger*, AußStrG<sup>2</sup> § 171 Rz 2.

17 *Mondel*, NZ 2007/67, 289: Ist hingegen nicht der Aufenthalt eines Erben unbekannt, sondern die Erben selbst, ist bis zum Ablauf der Frist des § 158 AußStrG ein Verlassenschaftskurator zu bestellen.

18 *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 810 ABGB Rz 1.

19 *Nemeth* in *Schwimann/Kodex*, Praxiskommentar ABGB<sup>5</sup> § 810 Rz 2; *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 810 Rz 6.

20 OGH 31.8.1983, 1 Ob 609/83; *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 810 Rz 14.

21 *Mondel*, NZ 2006/54, 225 (Punkt K.); vgl ferner *Fischer-Czermak*, Verfügungen über Bankkonten nach § 810 ABGB, EF-Z 2018/99, 216 (217).

22 Zur stRsp siehe OGH in RIS-Justiz RS0122155; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 810 ABGB Rz 10; aA *Spitzer*, Anmerkung zu OGH 24.6.2008, 5 Ob 108/08f, EvBl 2009, 75 (77); *ders*, NZ 2006, 33 (37), demzufolge auch für alle Verwaltungs- und Vertretungshandlungen, die nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehören, die abhandlungsgerichtliche Genehmigung zu verlangen ist; diesem folgend auch *Mondel*, NZ 2006, 225 (Punkt H.).

pflichten bei minderjährigen Erben oder Personen, die einen Erwachsenenvertreter haben.<sup>23</sup>

Der Abgrenzung zwischen ordentlichem und außerordentlichem Wirtschaftsbetrieb im Sinne des § 810 Abs 2 ABGB kommt insbesondere auch in Zusammenhang mit der im Folgenden noch näher behandelten Ausübung von Stimmrechten, welche mit verlassenschaftszugehörigen GmbH-Geschäftsanteilen verbunden sind, Bedeutung zu. Die Ausübung des Stimmrechts gehört nach der Rsp zur Verlassenschaftskuratel zwar „in der Regel zur ordentlichen Geschäftsführung“,<sup>24</sup> die Grenzziehung zum außerordentlichen Wirtschaftsbetrieb ist aber nicht immer eindeutig. Bezugspunkt der Beurteilung ist notwendigerweise der Beschlussgegenstand.<sup>25</sup> Sofern die mit dem Gesellschafterbeschluss zu beschließende Maßnahme oder das zu genehmigende Geschäft (aus Sicht der Gesellschaft) dem außerordentlichen Wirtschaftsbetrieb zuzuordnen wäre, erstreckt sich das verlassenschaftsgerichtliche Genehmigungserfordernis (soweit dieses besteht) unseres Erachtens auch auf die Stimmrechtsausübung im Zusammenhang mit der Teilnahme an der diesbezüglichen gesellschaftsinternen Willensbildung.

Es liegt dabei zunächst nahe, dass die Genehmigungspflicht auch dort besteht, wo die Beschlussfassung durch die Generalversammlung die betreffende Maßnahme des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebs nicht unmittelbar bewirkt (wie etwa im Fall einer Satzungsänderung), jedoch die den Beschlussgegenstand bildende Maßnahme (zB ein von der Generalversammlung zu genehmigendes und von der Geschäftsführung abzuschließendes Geschäft) dem Bereich des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebs zuzuordnen ist. Dementsprechend wird im Sinne der Verwirklichung des Schutzzweckes des Genehmigungsvorbehalts beispielsweise nicht nur der Abschluss eines riskanten Geschäfts im Rahmen des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebs, sondern auch die Stimmrechtsausübung im Zusammenhang mit einer derartigen Handlung durch die Gesellschaft (Genehmigungsbeschluss der Gesellschafter) gegebenenfalls der Genehmigungspflicht unterliegen.<sup>26</sup>

**Abgrenzungskriterien:** Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Maßnahme dem Bereich des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebs zuzuordnen ist. Die Materialien zu dem am 1.1.2005 in Kraft getretenen Familien- und Erbrechts-Änderungsgesetz 2004<sup>27</sup> verweisen im Zusammenhang mit den für (volljährige) Erbansprecher genehmigungsfreien Geschäften ausdrücklich auf § 154 Abs 3 ABGB (nunmehr § 167 Abs 3 ABGB idF KindNamRÄG 2013) sowie die dazu ergangene Judikatur.<sup>28</sup>

Zum außerordentlichen Wirtschaftsbetrieb im Sinne des § 167 Abs 3 ABGB gehören nach verbreiteter Auffassung im Allgemeinen jene Geschäfte, die nach den Vermögensverhältnissen des Minderjährigen unüblich sind, weil sie der außergewöhnlichen Verwaltung dienen und nicht regelmäßig vorkommen.<sup>29</sup> Zu berücksichtigen ist freilich, dass § 167 Abs 3 ABGB auf das Schutzbedürfnis des Vermögens des durch einen Dritten vertretenen Minderjährigen zugeschnitten ist. Zutreffend weist *Mondel*<sup>30</sup> daher auf die anders gelagerte Situation im Verlassenschaftsverfahren hin, welche dadurch gekennzeichnet ist, dass der Erbe (dem in weiterer Folge eingewantwortet wird) Vertretungshandlungen materiell für sich selbst vornimmt und insoweit kein „Mittelsmann“ zwischengeschaltet ist. Daher sei dem vertretungsbefugten Erben nach dieser – unseres Erachtens überzeugenden – Argumentation ein grundsätzlich umfassenderer Gestaltungsspielraum zuzugestehen.

Die pflegschaftsgerichtliche Genehmigung ist insbesondere für die Veräußerung oder Belastung von Liegenschaften, die Erhebung einer Klage und alle verfahrensrechtlichen Verfügungen, die den Verfahrensgegenstand an sich betreffen, erforderlich.<sup>31</sup> Der gesetzliche Wortlaut des § 167 Abs 3 ABGB erfasst jedoch ausdrücklich auch die Gründung, den Erwerb, die Umwandlung, Veräußerung oder Auflösung und die Änderung des Gegenstandes eines Unternehmens, sowie den Eintritt in eine oder die Umwandlung einer Gesellschaft. Die in der Bestimmung aufgezählten Be-

23 Vgl dazu *Hofmann*, Der minderjährige Erbe, in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Handbuch Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup> (2017) § 39 Rz 17 ff; *Zinner*, Minderjähriger Gesellschafter – Ausübung des Stimmrechts und pflegschaftsgerichtliche Genehmigung, JEV 2013, 74; zur Erwachsenenvertretung vgl *Brehm/Cach*, Vorsorgevollmacht und gewählte Erwachsenenvertretung als Instrumente der Vermögensverwaltung und Vorsorgeplanung – Überlegungen im Lichte des zweiten Erwachsenenschutz-Gesetzes 2017, JEV 2017, 112 (123).

24 OGH 16.6.2011, 6 Ob 99/11v in Zusammenhang mit der Vertretung durch den Verlassenschaftskurator; zur insoweit nicht mit der Vertretung durch die Erben vergleichbaren Stellung des Verlassenschaftskurators siehe aber unten Punkt III/3/b.

25 *Wölkerstorfer*, Erbfolge in den GmbH-Geschäftsanteil (2020) 117.

26 Vgl iZm dem Erwachsenenvertreter auch *Brehm/Cach*, JEV 2017, 112 (123).

27 Bundesgesetz, mit dem familien- und erbrechtliche Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs und des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht sowie das Gebührenanspruchsgesetz 1975 geändert werden (Familien- und Erbrechts-Änderungsgesetz 2004 – FamErbRÄG 2004), BGBl I 58/2004.

28 Erläut RV 471 BlgNR XXII. GP 32; zT wird auch auf §§ 833 f ABGB verwiesen (vgl zB *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 810 ABGB Rz 10).

29 *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 167 Rz 20; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 154a ABGB Rz 13 f.

30 *Mondel*, NZ 2006/54, 225 (Punkt I.).

31 OGH 26.4.2006, 3 Ob 249/05x; OGH in RIS-Justiz RS0048207.



schlussgegenstände sind jedoch bloß demonstrativer Natur, weshalb bei anderen Beschlüssen vergleichbarer Gravität ebenfalls eine Genehmigungspflicht bestehen kann.<sup>32</sup>

Losgelöst von den im Gesetz explizit genannten genehmigungspflichtigen Geschäften spielen im Rahmen des § 167 Abs 3 ABGB für die Abgrenzung zwischen ordentlichem und außerordentlichem Wirtschaftsbetrieb die Kriterien der Üblichkeit und des Risikos des zu beurteilenden Geschäfts sowie der Endgültigkeit der betreffenden Maßnahme eine entscheidende Rolle.<sup>33</sup> Diese Gesichtspunkte sind nach der Rsp auch im Zusammenhang mit der Abgrenzung zwischen ordentlichem und außerordentlichem Wirtschaftsbetrieb iSd § 810 Abs 2 ABGB maßgeblich.<sup>34</sup>

Im Allgemeinen wird man somit für die Beurteilung, ob die Ausübung einer Vertretungshandlung des Erben dem Bereich des ordentlichen oder des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebs zuzuordnen ist, mit der Judikatur grundsätzlich auf die mit dem jeweiligen Geschäft – zB mit dem zu fassenden Beschluss – verbundenen Risiken sowie die Dauer und den Umfang der für die Verlassenschaft entstehenden Verpflichtungen abzustellen haben.<sup>35</sup> Letztlich ist daher – je nach Lage des Falles – auch eine Betrachtung unter Zugrundelegung wirtschaftlicher Gesichtspunkte geboten.<sup>36</sup> Dies ist notwendigerweise wiederum im Einzelfall anhand der konkreten Umstände zu prüfen,<sup>37</sup> wobei insbesondere auch die Bedeutung des Beschlusses für die Gesellschaft sowie deren Unternehmensgegenstand eine beurteilungsrelevante Rolle spielen können.

### 3. Ausübung von Rechten/Pflichten eines Gesellschafters einer GmbH

Anders als die personalistisch organisierten Personengesellschaftsformen ist die GmbH hinsichtlich ihres Bestandes von der Mitgliedschaft des einzelnen Gesellschafters in der Gesellschaft unabhängig. Die von der Person des Gesellschafters verselbstständigten Gesellschaftsanteile der GmbH sind vererblich (§ 76 Abs 1 GmbHG) und der Tod eines Gesellschafters führt nach dem gesetzlichen Regelungsmodell nicht zur Auflösung der Gesellschaft, sondern zu deren Fortsetzung zwischen den verbleibenden Gesellschaftern. Die Gesellschaftsanteile des Erblassers fallen folglich in die Verlassenschaft und gehen mit Einantwortung auf die

Erben über.<sup>38</sup> Mit der durch die Gesellschaftsanteile vermittelten mitgliedschaftlichen Stellung sind jedoch verschiedene Vermögens-, Herrschafts- und sonstige Mitgliedschaftsrechte verbunden. Vor dem Hintergrund, dass die Vererblichkeit von Geschäftsanteilen an der GmbH insoweit als zwingend verstanden wird, als diese der Verlassenschaft nicht durch satzungsmäßige Regelungen entzogen werden können,<sup>39</sup> stellt sich hinsichtlich dieser Rechte im Verlassenschaftsverfahren die Frage nach der Ausübungsbefugnis der Erben sowie deren Grenzen. Im Folgenden sollen exemplarisch einige Gedanken herausgegriffen werden:

#### a. Informationsrechte

Der dem Gesellschafter zustehende Informationsanspruch gegen die Gesellschaft ist nicht nur zu Lebzeiten eine zentrale Voraussetzung zur Ausübung aller übrigen Gesellschafterrechte. Waren die Erbensprecher nicht bereits zuvor in die Belange der Gesellschaft eingebunden, ist eine entsprechende Information für die ordnungsgemäße Verwaltung und Vertretung der Verlassenschaft unerlässlich. So wird zu erheben sein, welche Maßnahmen kurzfristig von den Erbensprechern (in Vertretung der Verlassenschaft als Gesellschafter) zu setzen sind, welche Implikationen diese haben und ob eine gerichtliche Genehmigung einzuholen ist. Die Geltendmachung von Informationsansprüchen selbst wird dabei (aus Sicht der Verlassenschaft) uE regelmäßig eine Maßnahme des ordentlichen Wirtschaftsbetriebs darstellen.

#### b. Stimmrechte

**Allgemeines zur Ausübung des Stimmrechtes durch die Erben:** Durch den Tod des Gesellschafters einer GmbH erlangt zunächst die Verlassenschaft als juristische Person (§ 546 ABGB) die Gesellschafterposition. Die Verlassenschaft wird daher Inhaberin des Geschäftsanteils des Erblassers und übt die mit dem Geschäftsanteil verbundenen Rechte aus.<sup>40</sup> Die Geschäftsführer haben nach § 26 GmbHG die Verlassenschaft im Firmenbuch als Gesellschafter einzutragen.<sup>41</sup> Wird die Verlassenschaft durch erbantrittserklärte Erben vertreten, so können diese aufgrund der nach § 810 ABGB *ex lege* zustehenden Vertretungsbefugnis das mit dem verlassenschaftszugehörigen Gesell-

32 Zinner, JEV 2013, 74 (77).

33 OGH 24.6.2008, 5 Ob 95/08v; 24.6.2008, 5 Ob 108/08f.

34 OGH 24.6.2008, 5 Ob 108/08f.

35 OGH 16.6.2011 6 Ob 99/11v; 21.11.2013, 1 Ob 245/12d; 21.11.2013, 1 Ob 107/13m.

36 Vgl OGH 23.2.1999, 1 Ob 242/98i.

37 OGH 29.8.2019, 6 Ob 36/19s.

38 Dazu ausführlich Blümel, Der GmbH-Geschäftsanteil als zwingend vererblicher Vermögenswert, NZ 2019, 241 (241 ff).

39 Dazu ausführlich Weber/Lotz, JEV 2019, 169 (183 ff).

40 OGH in RIS-Justiz RS0086640; OGH 17.10.1995, 1 Ob 510/95; 15.12.1997, 1 Ob 254/97b.

41 OGH 25.2.2000, 5 Ob 110/99h; Verweijen in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 26 Rz. 2.

schaftsanteil verbundene Stimmrecht für die Verlassenschaft ausüben.<sup>42</sup> Da die Erzeugung stimmrechtsloser Geschäftsanteile grundsätzlich unzulässig ist,<sup>43</sup> kann für diesen Fall in der Satzung nicht vorgesehen werden, dass die Verlassenschaft (oder in weiterer Folge die Erben) vom Stimmrecht gänzlich ausgeschlossen werden.

Rechtsträger des Geschäftsanteils bleibt bis zur Einantwortung die Verlassenschaft, weshalb den verwaltungsbefugten Erben nur die Stellung als Vertreter der Verlassenschaft, nicht aber die Gesellschafterstellung zukommt.<sup>44</sup> Dies entspricht dem Grundsatz, dass die Verlassenschaft vor der Einantwortung kein Vermögen der Erben darstellt, sondern die Erben der Verlassenschaft, selbst wenn ihnen deren Verwaltung übertragen wurde, als Vertreter einem fremden Vermögen gegenüberstehen.<sup>45</sup>

Kommt den Erben das Recht zur Vertretung der Verlassenschaft nach § 810 ABGB zu, ist im Einzelfall bei der Ausübung des Stimmrechts die Bindung der Verlassenschaft an die Regelungen der Satzung zu bedenken. Der Geschäftsanteil fällt grundsätzlich in der Form und insbesondere mit jenen Rechten und Pflichten in die Verlassenschaft, wie er zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers besteht. Auch in der Folge erwirbt der Erbe den Geschäftsanteil mit Einantwortung nur so wie er ist – mit allen Rechten und Pflichten – und ist daher insbesondere an die bestehenden Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag gebunden.<sup>46</sup> Ferner erlangt der Erbe aufgrund der überlassenen Verwaltungs- und Vertretungsbefugnis nie mehr Rechte, als diesem nach der Einantwortung zukommen.<sup>47</sup> Das dem Erben im Wege von § 810 ABGB vorläufig eingeräumte Recht kann daher nie weitergehend sein, als das mit der Einantwortung erreichbare.<sup>48</sup> Daraus folgt, dass das durch den Erben vertretungsweise ausübbare Stimmrecht zum einen durch die bestehenden gesellschaftsvertraglichen Regelungen im Hinblick auf den verlassenschaftszugehörigen Geschäftsanteil im Allgemeinen und zum anderen durch allfällige besondere, für den Erbfall vorgesehene Bestimmungen determiniert wird. Neben den Satzungsregelungen kann sich im Übrigen – eine entsprechende Vertragsgestaltung vorausgesetzt – auch

eine Bindung der Erben bzw der Verlassenschaft an getroffene schuldrechtliche Vereinbarungen zwischen den Gesellschaftern (zB Syndikatsverträge) ergeben.

Wird die Verlassenschaft durch mehrere Erben vertreten, so gelten auch bezüglich der Stimmrechtsausübung die dargelegten Grundsätze über die gemeinsame Verwaltung und Vertretung der Verlassenschaft (vgl dazu unter IV.). Die Rechtsvorschrift des § 80 Abs 1 GmbHG, wonach mehrere Mitberechtigte an einem Geschäftsanteil ihre Rechte daraus nur gemeinschaftlich ausüben können, greift erst nach der Einantwortung an mehrere Erben als Rechtsgemeinschaft Platz.<sup>49</sup>

**Erfordernis der gerichtlichen Genehmigung:** Wesentlich ist, dass die Ausübung des Stimmrechts eines verlassenschaftszugehörigen Geschäftsanteils nicht bloß eine Maßnahme der Verwaltung der Verlassenschaft im Sinne einer nach innen gerichteten Führung der Geschäfte darstellt.<sup>50</sup> Vielmehr handelt es sich bei der Ausübung des Stimmrechts im Wege der Stimmgabe um eine auf die Herbeiführung von Rechtsfolgen gerichtete rechtsgeschäftliche Willenserklärung.<sup>51</sup> Die Ausübung des Stimmrechts stellt somit eine Vertretungshandlung für die Verlassenschaft dar.

Vertretungshandlungen, die zum „ordentlichen“ Wirtschaftsbetrieb gehören, sind nach § 810 Abs 2 ABGB stets genehmigungsfrei gestellt. Ausweislich der Materialien zum FamErbRÄG 2004, mit dem § 810 Abs 2 ABGB geändert wurde, hatte der Gesetzgeber mit dieser Regelung insbesondere das Erfordernis im Rahmen von Unternehmen vor Augen, zahlreiche kaufmännische Entscheidungen kurzfristig treffen zu müssen.<sup>52</sup> Wie bereits dargelegt, bedürfen nach Abgabe der entsprechenden Erbantrittserklärungen zur gesamten Verlassenschaft auch Maßnahmen des „außerordentlichen“ Wirtschaftsbetriebs – mit Ausnahme der Veräußerung von Gegenständen des Verlassenschaftsvermögens – nicht mehr der abhandlungsgerichtlichen Genehmigung.<sup>53</sup> Daher ist die Stimmrechtsausübung durch die erbantrittserklärten Erben unter dieser Voraussetzung grundsätzlich auch ohne gerichtliche Genehmigung rechtswirksam und zwar unabhängig davon, ob es sich dabei um eine Maßnahme des ordentlichen

42 Kalls, Nachfolge im Kapitalgesellschaftsrecht, in *Gruber/Kalls/Müller/Schauer*, Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup> § 34 Rz 71.

43 *Enzinger* in *Straube*, WK GmbHG § 39 Rz 23.

44 OGH 7.6.1990, 7 Ob 576/90; Kalls in *Gruber/Kalls/Müller/Schauer*, Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup> § 34 Rz 16.

45 OGH in RIS-Justiz RS0008181.

46 Kalls in *Gruber/Kalls/Müller/Schauer*, Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup>, 1278; *Weber/Lotz*, JEV 2019, 169 (186).

47 Vgl bereits die Nachweise in FN 20.

48 OGH in RIS-Justiz RS0008156.

49 So wohl auch Kalls in *Gruber/Kalls/Müller/Schauer*, Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup> § 34 Rz 41.

50 Zur begrifflichen Abgrenzung, derzufolge die Vertretung als nach außen gerichtet und die Verwaltung als nach innen gerichtet zu verstehen ist, siehe bereits die Materialien: Erläut RV 471 BlgNR XXII. GP 31; siehe auch *Verweijen*, Handbuch Verlassenschaftsverfahren (2014) 162; *Graisz*, Vererbung von GmbH-Geschäftsanteilen (2016) 235 f.

51 *Baumgartner/Mollnhuber/U.Torggler* in *U.Torggler*, GmbHG § 39 Rz 13; *Koppensteiner* in *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz<sup>3</sup> (2007) § 39 Rz 15 mwN; vgl auch *Zinner*, JEV 2013, 74 (75 f) mwN.

52 Erläut RV 471 BlgNR XXII. GP 32.

53 Siehe oben Punkt II. sowie die Nachweise in FN 22.



oder des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebes handelt.<sup>54</sup>

Vor der Abgabe von Erbantrittserklärungen zur (gesamten) Verlassenschaft bedarf die Stimmrechtsausübung jedoch, soweit diese nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehört, der gerichtlichen Genehmigung.<sup>55</sup> Gegenstand der abhandlungsgerichtlichen Genehmigung ist dabei die Ausübung des Stimmrechts, nicht hingegen der durch die Generalversammlung gefasste Beschluss.<sup>56</sup> Die Genehmigung für die Vertretungshandlung durch den Erben ist dabei schon nach dem Gesetzeswortlaut zu versagen, wenn die Handlung für die Verlassenschaft offenbar nachteilig wäre;<sup>57</sup> darüber hinaus auch bei der Veräußerung von Verlassenschaftsgegenständen, wenn die Errichtung eines Inventars zu erwarten ist und die zu veräußernden Gegenstände noch nicht in das Inventar aufgenommen wurden.<sup>58</sup>

Solange die erforderliche Genehmigung nicht vorliegt ist zunächst die Ausübung des Stimmrechts schwebend unwirksam.<sup>59</sup> In Zusammenhang mit der fehlenden pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung wird zum Teil vertreten, dass auch der gefasste Beschluss bis zur Genehmigung der Stimmrechtsausübung schwebend unwirksam ist.<sup>60</sup> Demgegenüber wird im Schrifttum zur abhandlungsgerichtlichen Genehmigung im Verlassenschaftsverfahren unseres Erachtens zutreffend darauf hingewiesen, dass die Stimmrechtsausübung – und nicht der gefasste Beschluss – den Gegenstand der gerichtlichen Genehmigung bildet und insoweit der Beschluss nicht schwebend unwirksam, sondern bei Berücksichtigung ungültiger Stimmen allenfalls anfechtbar ist.<sup>61</sup>

#### Weitere Ansätze zur Abgrenzung und Einzelfälle:

Die bisherigen Ausführungen können die schwierige

Frage, welche Vertretungshandlungen konkret dem außerordentlichen Wirtschaftsbetrieb zuzuordnen sind, nicht abschließend beantworten. Die erforderliche Grenzziehung erzeugt auch in der Praxis Schwierigkeiten.<sup>62</sup>

Im jüngeren einschlägigen Schrifttum wird für die Stimmrechtsausübung bei der GmbH (abseits von Grundlagengeschäften) als Abgrenzungskriterium zum Teil das gesetzliche Konsensquorum für die jeweiligen Beschlussgegenstände herangezogen. Dem ordentlichen Wirtschaftsbetrieb sollen dabei jene Beschlussgegenstände zuzuordnen sein, für welche gesetzlich eine einfache Mehrheit zur Beschlussfassung genügt.<sup>63</sup> Dies wird aber durch die Literatur richtigerweise dahingehend relativiert, dass notwendigerweise eine Einzelfallbeurteilung der Risiken und Auswirkungen der Stimmrechtsausübung geboten ist. Das nach der gesetzlichen Normallage erforderliche Konsensquorum kann folglich nicht mehr als einen Indikator für die Zuordnung eines Geschäftes zum ordentlichen oder außerordentlichen Wirtschaftsbetrieb darstellen.

Beschlüsse, welche gesetzlich ein höheres Konsensquorum oder gar der Zustimmung der Verlassenschaft als Gesellschafterin (etwa nach § 50 Abs 4 GmbHG) bedürfen, werden regelmäßig als dem außerordentlichen Wirtschaftsbetrieb zugehörig zu qualifizieren sein. Umgekehrt kann aber nicht jedenfalls davon ausgegangen werden, dass die nach dem gesetzlichen Regelungsmodell mit einfacher Mehrheit zu fassenden Gesellschafterbeschlüsse stets dem ordentlichen Wirtschaftsbetrieb zugehören.<sup>64</sup> Zu denken wäre etwa an einen mittels einfacher Mehrheit zu fassenden Genehmigungsbeschluss oder eine Weisung für eine Maßnahme

54 Vgl Erläut RV 471 BlgNR XXII. GP 32, wonach Verwaltungshandlungen und Vertretungsakte, die nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehören, zu ihrer Rechtswirksamkeit nur bei Vorliegen zusätzlicher Voraussetzungen der Genehmigung des Verlassenschaftsgerichts bedürfen; siehe überdies *Kals* in *Gruber/Kals/Müller/Schauer*, Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup> 1264 (1307 f); *Schneiderbauer/Simonishvili/Hutzel*, Der Nachlass als GmbH-Gesellschafter, GesRZ 2017, 216 (217 f); in der Lehre werden jedoch – wie bereits ausgeführt – zum Teil beachtliche Argumente dafür vorgetragen, dass auch nach Abgabe von Erbantrittserklärungen zur gesamten Verlassenschaft für Maßnahmen des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebs (*de lege ferenda*) eine gerichtliche Genehmigung zu verlangen ist: *Spitzer*, NZ 2006, 33 (37); *Mondel*, NZ 2006, 225 (Punkt H.).

55 Siehe zur grundsätzlichen Frage der Genehmigungsbedürftigkeit von Vertretungs- und Verwaltungsmaßnahmen die Auffassung von *Mondel*, NZ 2006, 225 (Punkt D.), wonach lediglich die nach außen gerichteten Vertretungshandlungen, nicht aber die nach innen gerichteten Verwaltungshandlungen der gerichtlichen Genehmigung bedürfen; insoweit zustimmend *Bittner/Harwel*, Verlassenschaftsverfahren, in *Gruber/Kals/Müller/Schauer*, Handbuch Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup> § 11 Rz 89 (FN 244).

56 Vgl *Winkler* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG (2017) zu § 34 GmbHG Rz 47 iZm der pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung.

57 Vgl auch OGH 17.4.2012, 4 Ob 34/12x.

58 *Bittner* in *Rechberger*, AußStrG<sup>2</sup> zu § 171 AußStrG Rz 2.

59 *Zinner*, JEV 2013, 74 (86); *Koppensteiner* in *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz<sup>3</sup> (2007) § 39 GmbHG Rz 9; *Schneiderbauer/Simonishvili/Hutzel*, GesRZ 2017, 216 (217 f).

60 *Enzinger* in *Straube*, WK GmbHG § 39 Rz 17; *Winkler* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG zu § 34 GmbHG Rz 47.

61 *Schneiderbauer/Simonishvili/Hutzel*, GesRZ 2017, 216 (219 f).

62 Vgl *Grais*, Vererbung von GmbH-Geschäftsanteilen 235.

63 *R. Renner*, Die Verlassenschaft als Verbandsmitglied – Eine rechtsformübergreifende Analyse, JEV 2019, 118 (123); in Anschluss an *Schneiderbauer/Simonishvili/Hutzel*, GesRZ 2017, 216 (218). Nach *Grais*, Vererbung von GmbH-Geschäftsanteilen 237, kann ferner auf § 18 Abs 6 GmbHG zurückgegriffen werden, wonach bei Insichgeschäften keine Urkunde errichtet werden muss, wenn das Geschäft zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehört.

64 Auch *Zinner*, JEV 2013, 74 (81), weist im Zusammenhang mit § 167 Abs 3 ABGB darauf hin, dass eine Kategorisierung nach jährlichen und außerordentlichen Beschlussfassungen bzw. Beschlüssen über Strukturmaßnahmen nur eine Richtschnur darstellen kann und die Einzelfallprüfung nicht ersetzt.



der Geschäftsführung, die mit einem erheblichen Risiko verbunden sind. Wenig zweifelhaft wird im Regelfall auch die Beschlussfassung über die Auflösung der Gesellschaft (§ 84 Abs 1 Z 2 GmbHG) regelmäßig eine dem außerordentlichen Wirtschaftsbetrieb zuzuordnende Maßnahme darstellen, obgleich mangels abweichender Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag dafür die einfache Mehrheit bei der Beschlussfassung genügt.<sup>65</sup>

Auch die dargestellten Ansätze im einschlägigen Schrifttum zur näheren Konturierung des ordentlichen bzw außerordentlichen Wirtschaftsbetriebs erübrigen eine Einzelfallbetrachtung nicht. Dabei sind nach den dargelegten Grundsätzen jeweils die Risiken sowie die Dauer und der Umfang der für die Verlassenschaft entstehenden Verpflichtungen zu berücksichtigen. Zu konkreten Einzelfällen bieten Lehre und Rechtsprechung bislang lediglich punktuell Anhalt:

- Nach der Rechtsprechung handelt es sich zunächst jedenfalls bei dem Abschluss eines Gesellschaftsvertrages um eine dem außerordentlichen Wirtschaftsbetrieb der Verlassenschaft zuzuordnende Maßnahme.<sup>66</sup>
- Durchaus verallgemeinerungsfähig erscheint die in Zusammenhang mit der Genehmigungsbefähigung der Vertretungshandlungen des Verlassenschaftskurators ergangene Rechtsprechung, wonach die Stimmrechtsausübung im Zusammenhang mit der Änderung des Gesellschaftsvertrages regelmäßig den Bereich der gewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen überschreitet.<sup>67</sup> Insbesondere bei Vertretung durch die Erben ist freilich nicht zwangsläufig davon auszugehen, dass jede Änderung der Satzung dem außerordentlichen Wirtschaftsbetrieb zuzuordnen ist; jedenfalls wird man aber im Zweifel davon ausgehen müssen, wenn dadurch die mit dem Geschäftsanteil verbundenen Rechte nachteilig berührt oder die Pflichten gemehrt werden.
- Darüber hinaus werden nach im Schrifttum geteilter Auffassung weitere Grundlagengeschäfte, wie etwa die Änderung der Gewinn- und Verlustverteilung oder der Aufnahme neuer Gesellschafter, als Maßnahmen des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebs qualifiziert.<sup>68</sup> Dem Bereich des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebs sollen im Regelfall auch der

Abschluss von Betriebsverpachtungsverträgen oder Betriebsführungsverträgen, welche im Ergebnis eine materielle Satzungsänderung bewirken, zuzuordnen sein.<sup>69</sup>

- Nicht als genehmigungsbedürftig qualifizierte die Rechtsprechung indes die Stimmrechtsausübung in einem Fall, in dem die Bestellung eines Geschäftsführers nach Abberufung des vormaligen Geschäftsführers notwendig war, um einen geschäftsführerlosen, § 15 Abs 1 GmbHG widersprechenden Zustand zu vermeiden.<sup>70</sup> Der zitierten Entscheidung lässt sich allerdings nicht klar entnehmen, ob die diesbezüglichen Erwägungen über die besondere Fallkonstellation hinaus generell auf die Ausübung des Stimmrechts in Zusammenhang mit der Organbestellung bzw -abberufung zu übertragen ist.<sup>71</sup>

**Ausübung des Stimmrechtes durch einen Verlassenschaftskurator:** Insoweit die Verlassenschaft durch einen Verlassenschaftskurator vertreten wird, hat dieser – solange die Bestellung aufrecht ist – die im Rahmen der ordentlichen Verwaltung erforderlichen Maßnahmen und Vertretungshandlungen zu setzen. Dies umfasst grundsätzlich auch die Ausübung der Stimmrechte, die mit einem in die Verlassenschaft fallenden Geschäftsanteil verbunden sind.<sup>72</sup> Die Ausübung des Stimmrechtes gehört dabei nach der Rsp *in der Regel* zur ordentlichen Geschäftsführung.<sup>73</sup>

Zu beachten ist jedoch, dass die Verwaltungs- bzw Vertretungsbefugnisse des unter gerichtlicher Aufsicht stehenden Verlassenschaftskurators nach der Rsp nicht so weit reichen wie jene der erbantrittserklärten Erben.<sup>74</sup> Der Verlassenschaftskurator verwaltet zunächst als gerichtlich bestellter Vermögensverwalter die Verlassenschaft nur zeitlich beschränkt für Dritte. Er vertritt dabei die Verlassenschaft, weshalb dieser zunächst grundsätzlich weder die Erben vertritt noch deren Interessen zu wahren hat.<sup>75</sup> Materiell handelt der Verlassenschaftskurator jedoch für den oder die späteren Erben.<sup>76</sup> Insoweit trifft den Verlassenschaftskurator unter bestimmten Umständen – insbesondere hinsichtlich allenfalls bereits feststehender Gesamtrechtsnachfolger – die Pflicht, neben den Interessen der Verlassenschaft auch die Interessen des zukünftigen Erben zu berücksichtigen.<sup>77</sup>

65 *Leupold in U.Torggler, GmbHG § 84 Rz 3*; die Auflösung der Gesellschaft wird zudem idR als Grundlagengeschäft zu qualifizieren sein.

66 OGH in RIS-Justiz RS0008175; RS0025836.

67 OGH 21.11.2013 1 Ob 245/12d; vgl auch OGH 11.11.1970, 5 Ob 158/70 (5 Ob 159/70, 5 Ob 157/70); *Enzinger*, Anmerkung zu OGH 21.11.2013 1 Ob 245/12d und 1 Ob 107/13m, GesRZ 2014, 248 (251).

68 *Wölkerstorfer*, Erbfolge in den GmbH-Geschäftsanteil 117; vgl auch *Schneiderbauer/Simonisbivil/Hutzel*, GesRZ 2017, 216 (218).

69 *Schneiderbauer/Simonisbivil/Hutzel*, GesRZ 2017, 216 (217 f).

70 OGH 16.6.2011, 6 Ob 99/11v.

71 So aber offenbar *Kalss/Probst*, Familienunternehmen (2013) Rz 20/102.

72 OGH 16.6.2011, 6 Ob 99/11v; 14.7.1994, 8 Ob 501/93; 21.11.2013, 1 Ob 245/12d.

73 OGH 21.11.2013, 1 Ob 245/12d; 16.6.2011, 6 Ob 99/11v; so auch *Enzinger*, Anmerkung zu OGH 21.11.2013, 1 Ob 245/12d; OGH 21.11.2013, 1 Ob 107/13m; GesRZ 214, 248 (251).

74 Vgl *Spruzina in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 810 Rz 12.

75 Vgl OGH in RIS-Justiz RS0007737; OGH 20.11.1997, 2 Ob 2283/96s mwN.

76 OGH 9.9.2015, 2 Ob 45/15d.

77 OGH 21.11.2013, 1 Ob 245/12d; 9.9.2015, 2 Ob 45/15d.



Vor diesem Hintergrund ist nach stRsp auf den Verlassenschaftskurator die Bestimmung des § 167 Abs 3 ABGB betreffend die Fremdvertretung nicht (ausreichend) Geschäftsfähiger sinngemäß anzuwenden, nicht jedoch § 810 Abs 2 ABGB. Folglich bedürfen Vertretungshandlungen durch den Verlassenschaftskurator außerhalb des ordentlichen Wirtschaftsbetriebs der gerichtlichen Zustimmung.<sup>78</sup> Diese erweiterte gerichtliche Prüfbefugnis rechtfertigt sich nach der Rsp letztlich dadurch, dass es nicht um Vertretungshandlungen durch die erbantrittserklärten Erben selbst geht, bei denen davon ausgegangen werden kann, dass diese schon im Eigeninteresse keine nachteiligen Handlungen setzen, sondern eben um eine Verwaltung bzw Vertretung durch den Verlassenschaftskurator für (aus dessen Sicht) Dritte.<sup>79</sup>

Die Handlungen des Verlassenschaftskurators können dann durch das Gericht genehmigt werden, wenn sie im Interesse der Verlassenschaft liegen. Anders als im Fall der Erben nach § 810 Abs 2 ABGB ist die Genehmigung daher nicht erst dann zu versagen, wenn die Handlungen für die Verlassenschaft „offenbar nachteilig“ sind; vielmehr müssen diese im Interesse der Verlassenschaft liegen.<sup>80</sup> Die insoweit beschränkteren Befugnisse des Kurators bzw die umfassendere gerichtliche Kontrolle rechtfertigen sich letztlich auch mit dem Zweck der Verlassenschaftskuratel, welche in der Überbrückung einer Vertretungslücke liegt, weshalb überschießende Vertretungshandlungen unterbunden werden sollen.<sup>81</sup>

Mit der vorübergehenden Verwaltung der Verlassenschaft durch den Kurator ist die Fassung satzungsändernder Beschlüsse in der Regel nicht vereinbar. Den Erben soll die Beteiligung nämlich in jener rechtlichen Gestaltung erhalten bleiben, wie sie der Erblasser besessen hat, und es soll auch diesen zukommen, den Inhalt der Satzung zu bestimmen.<sup>82</sup> Es gehört im Übrigen auch nicht zur Aufgabe des Verlassenschaftskurators, im Rahmen der Verwaltung eines Geschäftsanteils an gesellschaftsrechtlichen Vorgängen mitzuwirken, deren Zweck notwendigerweise erst zu einem Zeitpunkt eintreten kann, zu dem die Kuratel schon beendet ist.<sup>83</sup>

Gleichwohl lässt sich aus der Judikatur des Obersten Gerichtshofs ableiten, dass ein Satzungsänderungsbeschluss nicht jedenfalls ein außerordentliches und somit für den Verlassenschaftskurator genehmigungsbedürftiges Geschäft darstellen muss. Vielmehr bedarf es einer Prüfung im Einzelfall entlang der bereits zuvor skizzierten Kriterien, insbesondere der Risiken sowie der Dauer und des Umfangs der für die Verlassenschaft entstehenden Verpflichtungen.<sup>84</sup> Dabei ist freilich vorstellbar, dass auch eine Stimmrechtsausübung durch den Verlassenschaftskurator im Rahmen einer Satzungsänderung im Einzelfall im Interesse der Verlassenschaft bzw der Erben gelegen sein kann und insoweit die gerichtliche Genehmigung erteilt wird. Zu denken wäre etwa an dringend erforderliche Sanierungsmaßnahmen, bei deren Unterbleiben nachteilige Folgen (etwa eine Insolvenz) drohen.

### c. Sonstige Vertretungshandlungen (zB Veräußerungen)

Zu berücksichtigen ist schließlich, dass aufgrund der ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung des § 810 Abs 2 ABGB auch die Veräußerung von Verlassenschaftsvermögen jedenfalls der gerichtlichen Zustimmung unterliegt, wenn der Vorgang nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehört.<sup>85</sup> Dies betrifft insbesondere auch die Veräußerung eines Geschäftsanteils.<sup>86</sup> Die Rechtsprechung hat in diesem Zusammenhang unter anderem bereits konkretisiert, dass die Übertragung von Vermögensgegenständen aus der Verlassenschaft zur Erfüllung des (auf Geld lautenden) Pflichtteilsanspruchs vor Einantwortung nicht dem ordentlichen Wirtschaftsbetrieb zuzuordnen und daher genehmigungspflichtig ist.<sup>87</sup> Insoweit können Geschäftsanteile ohne gerichtliche Genehmigung auch nicht zur Erfüllung von Pflichtteilsansprüchen übertragen werden. Die Genehmigungspflicht besteht im Übrigen auch bei Abschluss eines Gesellschaftsvertrages, wenn dadurch Vermögen der Verlassenschaft in das Eigentum Dritter übertragen wird.<sup>88</sup>

78 OGH in RIS-Justiz RS0129074; OGH 21.11.2013, 1 Ob 245/12d; vgl insbesondere OGH 9.9.2015, 2 Ob 45/15d, mit welcher der erkennende Senat der Kritik in der Lehre entgegengetreten ist und die Judikaturlinie verfestigt hat; zust *Verweijen*, Anmerkung zu OGH 9.9.2015, 2 Ob 45/15d, EvBl 308 (311); aA *Mondel*, Anmerkung zu OGH 9.9.2015, 2 Ob 45/15d, iFamZ 2016/37.

79 OGH in RIS-Justiz RS0129074; OGH 21.11.2013, 1 Ob 245/12d; 21.11.2013, 1 Ob 107/13m.

80 OGH 27.7.2017, 2 Ob 120/17m mwN; 9.9.2015, 2 Ob 45/15d; OGH in RIS-Justiz RS0129074; *Verweijen*, EvBl 308 (311), weist darauf hin, dass bestimmte Genehmigungen *in praxi* bereits vorab im Beststellungsbeschluss des Nachlasskurators erteilt werden.

81 *Tschugguel*, Anmerkung zu OGH 9.9.2015, 2 Ob 45/15d, EF-Z 2016, 49 (51).

82 OGH 21.11.2013, 1 Ob 245/12d; 21.11.2013, 1 Ob 107/13m.

83 OGH 21.11.2013, 1 Ob 245/12d.

84 Vgl OGH 21.11.2013, 1 Ob 245/12d; 21.11.2013, 1 Ob 107/13m, wonach diese besonders bei satzungsändernden Beschlüssen zu prüfen seien.

85 OGH 11.12.2007, 5 Ob 255/07x; 24.6.2008, 5 Ob 108/08f; 27.1.2011, 2 Ob 148/10v.

86 *Kals* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup> § 34 Rz 71.

87 OGH 11.12.2007, 5 Ob 255/07x.

88 OGH 24.5.1950, 3 Ob 206/50.

#### IV. Ausübung im Falle einer Erbenmehrheit

Haben mehrere Personen Erbantrittserklärungen abgegeben und einen Erbrechtsnachweis erbracht, üben sie die Rechte gem § 810 ABGB gemeinsam aus. Sie können – wie bereits oben erwähnt – davon Abweichendes vereinbaren (§ 810 Abs 1 Satz 2 ABGB). So können die Erbansprecher vereinbaren, dass einer von ihnen alle Rechte des § 810 ABGB alleine ausüben soll oder die Verwaltung der Verlassenschaft unter ihnen aufteilen.<sup>89</sup> Sie können die Verwaltung auch einem Dritten übertragen, zB einem Legatar.<sup>90</sup> Grundsätzlich hat jede diesbezügliche Vereinbarung zwischen den Erben nur solange Bestand, als Einvernehmen zwischen allen Miterben besteht (vgl § 173 Abs 1 erster Fall AußStrG und unter Punkt V.1.).

Ist eine Person selbst Partei (zB Erbe) und gleichzeitig Vertreter einer anderen Partei (zB gesetzlicher Vertreter einer anderen Partei), ist ggf ein Kollisionskurator zu bestellen.<sup>91</sup>

#### V. Ende der Vertretungsmacht

Die Erben haben bei Vorliegen der Voraussetzungen ein subjektives Recht auf Benützung, Verwaltung und Vertretung der Verlassenschaft.<sup>92</sup> Ein Entzug der Vertretungsmacht gegen den Willen des vertretungsbefugten Erben wird daher nur bei Vorliegen besonderer Umstände vorkommen.

Neben der Eröffnung der Nachlassinsolvenz (im Hinblick auf das insolvenzverfängene Vermögen)<sup>93</sup> und der Nachlassseparation<sup>94</sup> haben insbesondere die nachstehenden Fälle das Erlöschen des Verwaltungsrechts der ausgewiesenen Erbansprecher zur Folge:

##### 1. Wegfall der Einigung der vertretungsbefugten Erbansprecher

Gemäß § 173 Abs 1 erster Fall AußStrG hat das Verlassenschaftsgericht erforderlichenfalls einen Ver-

lassenschaftskurator zu bestellen, wenn sich die Personen, denen gemeinschaftlich die Rechte nach § 810 ABGB zukommen, über die Art der Vertretung oder einzelne Vertretungshandlungen nicht einigen können. War das Erbrecht ursprünglich hinreichend ausgewiesen und kommen nachträglich (widersprechende) Erbantrittserklärungen hinzu, so fällt der „hinreichende Ausweis des Erbrechts“ nachträglich weg.<sup>95</sup> Durch die Einsetzung des Kurators endet das Vertretungsrecht der Erbansprecher, bereits ausgestellte Amtsbestätigungen sind vom Gerichtskommissär abzufordern (§ 173 Abs 2 AußStrG).<sup>96</sup>

##### 2. Einleitung eines Rechtsstreits über das Erbrecht

Gemäß § 173 Abs 1 zweiter Fall AußStrG hat das Verlassenschaftsgericht erforderlichenfalls einen Verlassenschaftskurator zu bestellen, wenn ein Verfahren über das Erbrecht (§§ 160 AußStrG) einzuleiten ist, dh insb bei einander widersprechender Erbantrittserklärungen. Dies ist zB meist dann der Fall, wenn die Erbprätendenten zu unterschiedlichen Quoten oder aufgrund unterschiedlicher Erwerbsgründe (Testament und gesetzliche Erbfolge)<sup>97</sup> Erbantrittserklärungen abgeben.

##### 3. Einantwortung

Mit der Einantwortung hört die Verlassenschaft als juristische Person auf zu existieren, Universalsukzession tritt ein.<sup>98</sup> In diesem Zeitpunkt enden daher auch die (*ex lege* gem § 810 ABGB bestehenden) Verwaltungs- und Vertretungsrechte der Erbansprecher, die eingantworteten Erben handeln ab diesem Zeitpunkt nicht mehr als Vertreter der Verlassenschaft, sondern aus eigenem Recht bzw eigener Pflicht. Setzt der Erbe eine Handlung, die gem § 810 ABGB der Genehmigung des Verlassenschaftsgerichts bedurft hätte, ohne eine solche einzuholen, ersetzt die Einantwortung den Gerichtsbeschluss (Heilung).<sup>99</sup>

89 *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 810 ABGB Rz 19.

90 So *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 810 ABGB Rz 19.

91 *Mondel*, Kuratoren im Verlassenschaftsverfahren, NZ 2007/67, 289.

92 Vgl *Nemeth* in *Schwimann/Kodex*, Praxiskommentar ABGB<sup>5</sup> § 810 Rz 1; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 810 ABGB Rz 3 mit Nachweisen aus der Rsp.

93 Vgl *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 810 Rz 10.

94 Vgl *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 810 Rz 11; *Nemeth* in *Schwimann/Kodex*, Praxiskommentar ABGB<sup>5</sup> § 810 Rz 1 und 7; die Rechte der Erbansprecher werden um die dem Absonderungskurator zukommenden Rechte gekürzt.

95 Ob die Vertretungsbefugnis damit automatisch wegfällt oder erst mit der Bestellung eines Verlassenschaftskurators, ist unklar, vgl *Spitzer*, NZ 2006/8, 33 (Punkt D.1.). UE kann es keinen Unterschied machen, ob es von Beginn an oder erst später wider-

sprechende Erbantrittserklärungen gibt, in beiden Fällen kann es ab diesem Zeitpunkt kein Vertretungsrecht geben. Der Gerichtskommissär wird den verwaltenden Erbansprecher so rasch als möglich davon in Kenntnis zu setzen haben, die Abforderung der Amtsbestätigung selbst kann uE (wie ihre Ausstellung) nur deklarativ wirken.

96 *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 810 Rz 27.

97 Es gibt Ausnahmefälle, zB: Der Testator verfügt (bewusst) nicht über sein gesamtes Vermögen (zB nur über 50% der Verlassenschaft), weshalb entsprechend dieser letztwilligen Anordnung Erbantrittserklärung abgegeben werden.

98 *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 798a Rz 5.

99 *Nemeth* in *Schwimann/Kodex*, Praxiskommentar ABGB<sup>5</sup> § 810 Rz 11; *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 798a Rz 16; OGH 12.10.1949, 3 Ob 250/49.



Nicht mit der Einantwortung, sondern erst mit der Enthhebung endet allerdings die Vertretungsbefugnis des Verlassenschaftskurators.<sup>100</sup>

## VI. Gestaltungsmöglichkeiten in Testament und Gesellschaftsvertrag

Dem Erblasser steht die gesamte Palette des erbrechtlichen Instrumentariums zur Verfügung, das Schicksal seiner Verlassenschaft zu regeln. Im Folgenden beschränken wir uns auf die Möglichkeiten im Zusammenhang mit der Verwaltung der Verlassenschaft, diese können freilich mit anderen Gestaltungen (zB einer Vor-/Nacherbschaft, Ersatzerbschaft, Sozinische Klauseln etc) kombiniert werden. Zu beachten sind freilich auch die allgemeinen Grundsätze und Beschränkungen des Erbrechts (Irrtumsanfechtung letztwilliger Verfügungen, Beschränkungen aus Gründen der Sittenwidrigkeit oder des Pflichtteilsrechts<sup>101</sup> etc), bezüglich derer an dieser Stelle ebenfalls ein pauschaler Hinweis genügen soll.

### 1. Gestaltung durch letztwillige Verfügungen

Der Erblasser kann durch letztwillige Verfügung (auch konkludent) einem der Miterben die Verwaltung (der gesamten Verlassenschaft oder eines Teiles, zB des in

die Verlassenschaft fallenden Unternehmens oder Geschäftsanteils) übertragen; auch dem Legatar kann er die Verwaltung der mit Legat überlassenen Vermögenswerte übertragen.<sup>102</sup>

Schließlich kann der Erblasser den Erben die Verwaltung der Verlassenschaft auch zur Gänze entziehen und einen (Dritten als) Nachlassverwalter einsetzen,<sup>103</sup> ohne dass dieser zwingend auch gerichtlich als Verlassenschaftskurator bestellt werden müsste.<sup>104</sup> Setzt der Erblasser einen Testamentsvollstrecker (§ 816 ABGB) ein, kommen diesem Verwaltungsrechte allerdings nicht *ex lege*, sondern nur im Falle einer ausdr entsprechenden letztwilligen Verfügung zu.<sup>105</sup> Nach stRsp können alle Erbansprecher gemeinsam die Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers widerrufen.<sup>106</sup> Anderes gilt, wenn der Erblasser Gegenteiliges (also die Unwiderruflichkeit durch die Erben) anordnet.<sup>107</sup> Hier steht es dem Erblasser uE auch frei, einen Mittelweg zu gehen und den Erben den Widerruf der Vertretungsbefugnis des Testamentsvollstreckers nur im Falle des Vorliegens wichtiger Gründe zu gestatten.<sup>108</sup> Es obliegt daher der Gestaltung durch den Erblasser, wie und mit welcher Bestandkraft er Verwaltungsrechte eines von ihm eingesetzten Nachlassverwalters ausgestaltet.<sup>109</sup> So kann der Erblasser die Entziehung der Verwaltungsrechte der Erben und die Duldung des Testamentsvollstreckers durch diese bei sonstiger Verwirkung der Erb-

100 *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 810 ABGB Rz 25; *Sailer in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG I<sup>2</sup> § 173 Rz 4.

101 Vgl dazu *Sprung/Fink*, Letztwillig angeordnete Nachlassverwaltung im österreichischen Recht, JBl 1996, 205 (212 ff).

102 *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 810 ABGB Rz 7 und 19.

103 *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 810 ABGB Rz 26.

104 AA *Gruber/Sprobar-Heimlich/Scheuba*, Instrumente zur Sicherung des Erblasserwillens, in *Gruber/Kals/Müller/Schauer*, Handbuch Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup> § 19 Rz 50.

105 *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 816 Rz 5 f; *Nemeth* in *Schwimmann/Kodek*, Praxiskommentar ABGB § 816 Rz 6; vgl auch OGH 14.3.2013, 1 Ob 3/13t.

106 Vgl zuletzt OGH 23.12.2014, 1 Ob 233/14t, RIS-Justiz RS0123356; dies betrifft allerdings nur die Verwaltungsbefugnis; den Verlust seines Amtes kann nur das Abhandlungsgericht aus wichtigem Grund verfügen (siehe dazu sogleich unten FN 108. Die zitierte E fand Zustimmung (zB NZ 2005/85, 268 [*Hofmann*]), aber auch Widerspruch (NZ 2005/85, 269 [*Welser*]; *Spruzina* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 810 Rz 13).

107 Der E OGH 23.12.2014, 1 Ob 233/14t kann dies zumindest implizit entnommen werden; dafür spricht uE auch die Testierfreiheit; aA *Hofmann* (NZ 2005/85, 269).

108 Ordnet der Erblasser schlicht die Unwiderruflichkeit der Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers an, kann der Erblasser uE immer noch vom Abhandlungsgericht aus wichtigem Grund abberufen werden (vgl grds zu dieser Möglichkeit OGH 14.2.2008, 2 Ob 1/08y; 14.3.2013, 1 Ob 3/13t). UE kann sich das Gericht auch auf den Entzug der Verwaltungsbefugnis beschränken, falls sich der „wichtige Grund“ alleine auf die Verwaltung bezieht („ultima ratio“-Grundsatz der außerordent-

lichen Beendigung von Dauerschuldverhältnissen). Zur Qualifikation der Nachlassverwaltung als Dauerrechtsverhältnis vgl auch *Zankl*, Vertretungs- und schadenersatzrechtliche Aspekte der Testamentsvollstreckung, JBl 1998, 293 (297).

109 UE ist es auch durchaus sachgerecht, dass bei fehlender Regelung durch den Erblasser die erbantrittserklärten Erben gemeinsam die Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers widerrufen können: Dies entspricht uE der gesetzlichen Systematik, wonach dem Testamentsvollstrecker grds nur Überwachungsfunktion zukommt und alle darüber hinausgehende Befugnisse durch letztwillige Anordnung begründet werden müssen, den erbantrittserklärten Erben hingegen die Entscheidung über die Verwaltung zukommt, solange Einigkeit zwischen ihnen herrscht (§ 810 ABGB, § 173 AußStrG). Auch die in der Lit für die bereits grds Unwiderruflichkeit ins Treffen geführte Argumente der Dispositivität des § 810 ABGB (vgl *Till*, Freie Widerrufbarkeit der Nachlassverwaltung durch die Erben? Wertungswiderspruch mit erbrechtlichen Prinzipien, iFamZ 2015, 132) führt uE ebenfalls nur zur grds Möglichkeit der Einräumung der Verwaltungsbefugnis an einen externen Nachlassverwalter, sagt aber noch nicht zwingend etwas darüber aus, wie dieses bei Fehlen einer erblasserischen Anordnung inhaltlich ausgestaltet ist. Schließlich führt die Ansicht der stRsp zu einem Gleichlauf für die Zeit vor und nach Einantwortung: Nach der Einantwortung steht den Erben grds das Volrecht (Eigentum) zu, sodass eine durchsetzbare Verwaltungsanordnung wohl ebenfalls nur über eine Auflage erreicht werden kann (so *Nemeth* in *Schwimmann/Kodek*, Praxiskommentar ABGB § 816 Rz 6).

schaft durch die Setzung von Bedingungen oder Auflagen absichern.<sup>110</sup>

Gleiches muss uE für den Fall gelten, dass der Erblasser einen Miterben oder Legatar mit der Verwaltung (eines Teils) der Verlassenschaft betraut; auch hier kommt es also auf den Wortlaut der Verfügung an, bei Fehlen einer Regelung können die Miterben die Verwaltungsbefugnis (iZw ohne Vorliegen wichtiger Gründe) beenden.<sup>111</sup>

Sieht der Erblasser nur für Teile des Nachlassvermögens eine Sonderregel vor, richtet sich die Verwaltung der übrigen Verlassenschaft nach den allgemeinen Bestimmungen. Im Übrigen sind auch die vom Erblasser bestimmten Nachlassverwalter der verlassenschaftsgerichtlichen Kontrolle und Genehmigungspflicht unterworfen, wie es auch die Erbensprecher gem § 810 ABGB wären.<sup>112</sup>

Einigen sich die Erben gemeinsam auf einen Nachlassverwalter, enden diese Rechte mit Wegfall des Einvernehmens zwischen den Erben. Einen vom Erblasser eingesetzter Nachlassverwalter (Testamentsvollstrecker) kann die Erbengemeinschaft allerdings nur gemeinschaftlich die Verwaltungsrechte entziehen, der Widerspruch eines einzelnen Erben oder der Mehrheit genügt dafür nicht (es sei denn, der Erblasser hat anderes angeordnet).<sup>113</sup>

Daraus ergibt sich, dass es der Erblasser – entschließt er sich dazu, die Verwaltung der Verlassenschaft abweichend vom Konzept des § 810 ABGB zu regeln – nicht bei der bloßen Nennung der Person des Nachlassverwalters belassen sollte, sondern auch damit zusammenhängende Fragen (zB betreffend die Beendigung der Funktion, der Entlohnung) einer genauen Regelung zuführen sollte. Teils greifen sonst (nicht unbedingt immer gewünschte) dispositiven Regelungen, teils sind die Bestimmungen schlicht nicht mehr anwendbar (sieht der Erblasser beispielsweise für den Fall der Abberufung oder des Rücktritts des Nachlassverwalters keine Regelungen für die Bestellung eines Nachfolgers vor, greift wiederum das gesetzliche Konzept gem § 810 ABGB<sup>114</sup>).

Die bisherigen Ausführungen bezogen sich auf die Übertragung von Überwachungs- bzw Verwaltungsrechten an einen Testamentsvollstrecker bzw Nachlassverwalter (also die Vertretung der Verlassenschaft betreffend). Der Erblasser kann hingegen nicht die Vertretung der Erben im Verlassenschaftsverfahren verbindlich anordnen, entsprechende Verfügungen sind wirkungslos.<sup>115</sup> Für die Vertretung vor Gericht ist zudem § 3 Abs 1 GKG (relativer Anwalts- bzw Notarszwang) zu beachten.

## 2. Gestaltungsmöglichkeiten im Gesellschaftsvertrag

Der Gesellschaftsvertrag einer Kapitalgesellschaft kann Regelungen über das Schicksal von Anteilen im Falle des Todes eines Gesellschafters treffen, zB Beschränkungen des Kreises eintrittsberechtigter Personen, Teilungsverbote, Zustimmungserfordernisse oder Übertragungsverpflichtungen.<sup>116</sup> Im Zusammenhang mit der Kommanditgesellschaft beurteilte die Rsp eine Bestimmung des Gesellschaftsvertrages, wonach die Erben bis zu deren Eintragung im Firmenbuch einen gemeinsamen Bevollmächtigten für die Ausübung der Gesellschafterrechte zu bestellen haben, als zulässig.<sup>117</sup> Vor dem Hintergrund der durch die Verlassenschaftszugehörigkeit des Anteils geschaffenen Unsicherheitslage in Bezug auf die Vertretung für die Mitgesellschafter erachtete der OGH eine Regelung, wonach die Rechtsnachfolger des Erblassers – bzw vor deren Rechtserwerb die Verlassenschaft selbst – klarzustellen haben, wem die Ausübung der Gesellschafterrechte zukommt und einen gemeinsamen Bevollmächtigten zu benennen haben, als zweckmäßig.<sup>118</sup> Die zugrunde liegenden Erwägungen sind unseres Erachtens verallgemeinerungsfähig und auch auf den Fall der GmbH, in der sich die Unsicherheit in Bezug auf die Vertretungsbefugnis aus Sicht der Gesellschaft bzw der Mitgesellschafter in gleicher Weise stellt, übertragbar. Die Person des Bevollmächtigten kann dem Erben vom Erblasser nicht verbindlich

110 Vgl *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 816 ABGB Rz 12 mwN; *Sprung/Fink*, JBl 1996, 205 (210 f); aus der Rsp vgl OGH 14.2.2008, 2 Ob 1/08y: die Auflage sollte ausdrücklich angeordnet werden, da iZw nur ein unbeachtlicher Wunsch des Erblassers angenommen wird. Vgl auch *Nemeth* in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar ABGB § 816 Rz 6.

111 Die diesbezügliche Rsp (referiert von *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 810 ABGB Rz 19) ist teils widersprüchlich.

112 Zum Testamentsvollstrecker vgl *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 816 Rz 10; OGH 3.9.1996, 10 Ob 2204/96g.

113 *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 816 Rz 10; 14.2.2008, 2 Ob 1/08y.

114 *Gruber/Sprobar-Heimlich/Scheuba* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Handbuch Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup> § 19 Rz 48.

115 *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 816 ABGB Rz 20 mwN; *Sprung/Fink*, JBl 1996, 205 (208).

116 *Kalss* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Handbuch Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup> § 34 Rz 9 ff; zu Aufgriffsrechten vgl *Weber/Lotz*, JEV 2019, 169 (178 ff).

117 OGH 26.3.2009, 6 Ob 258/08x; vgl auch *Schauer* in *Kalss/Norwojny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> Rz 2/785; *P. Schörghofer*, Anmerkung zu OGH 26.3.2009, 6 Ob 258/08x, in *GesRZ* 2009, 288 (292). Nicht zulässig sind hingegen Einschränkungen der Stimmrechte, zB im Falle der Teilung des Geschäftsanteils, die dazu führen, dass nicht jedem Gesellschafter mindestens eine Stimme zukommt, vgl *Enzinger* in *Straube*, WK GmbHG § 39 Rz 23 mwN.

118 Siehe auch *Kalss/Probst*, Familienunternehmen Rz 5/142, denen zufolge sich in der Praxis „Vertreterklauseln“ zur Vermeidung der Vertretung von Minderheitsanteilen durch mehrere Personen etabliert haben.



vorgegeben werden, die Erben können eine vom Erblasser allenfalls erteilte Vollmacht widerrufen.<sup>119</sup> Diese Vorkehrungen kann der Gesellschafter/Erblasser im Verhältnis der Erben zur Gesellschaft treffen, er kann allerdings nicht in die Rechtstellung der Erben im Verlassenschaftsverfahren eingreifen (siehe dazu soeben unter V.1. aE). Es sollte jedoch jedenfalls sichergestellt werden, dass sich gesellschaftsvertragliche Bestimmungen und letztwillige Anordnungen nicht widersprechen. Zudem kann der Erblasser für die Deckung von Pflichtteilsansprüchen detailliert vorsorgen.<sup>120</sup>

## VII. Schlussbetrachtung

Die Vertretungsregelung des § 810 ABGB eröffnet den erbantrittserklärten Erben in Abhängigkeit davon, ob Erbantrittserklärungen zur gesamten Verlassenschaft abgegeben werden, weitgehende Vertretungsbefugnisse hinsichtlich der Verlassenschaft. Sofern Erbantrittserklärungen zur gesamten Verlassenschaft abgegeben wurden, bedürfen auch Vertretungshandlungen im Bereich des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebs (mit Ausnahme von Vermögensveräußerungen) keiner ab-

handlungsgerichtlichen Genehmigung mehr. Diese Vertretungsbefugnis ermöglicht den erbantrittserklärten Erben auch die vertretungsweise Ausübung von Gesellschafterrechten und insbesondere von Stimmrechten, welche mit einem in die Verlassenschaft fallenden GmbH-Geschäftsanteil verbundenen sind. Dies kann wesentlich dazu beitragen, dass die Gesellschaft auch während des Verlassenschaftsverfahrens handlungsfähig bleibt. Schwierige Abgrenzungsfragen können sich dann ergeben, wenn Erbantrittserklärungen (noch) nicht zur gesamten Verlassenschaft abgegeben wurden (oder ein Verlassenschaftskurator zur Vertretung und Verwaltung der Verlassenschaft bestellt wird). In diesem Fall ist jeweils im Einzelfall unter Berücksichtigung der Risiken und Auswirkungen der jeweiligen Vertretungshandlung bzw des Beschlussgegenstandes zu untersuchen, ob ein verlassenschaftsgerichtliches Genehmigungserfordernis besteht. Im Hinblick auf mögliche Unwägbarkeiten bei einer Mehrzahl von Erbansprechern kann in der Satzung der GmbH sowie in der letztwilligen Verfügung entsprechende Vorsorge in Gestalt einer Vertretungsregelung für die Erbenmehrheit während des Verlassenschaftsverfahrens getroffen werden.

119 § 1022 ABGB, vgl ferner *Nemeth* in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar ABGB § 816 Rz 2; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 816 ABGB Rz 20.

120 *Kals* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Handbuch Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup> § 34 Rz 64 ff.

## Buchbesprechung

**Familiäre Vermögensplanung – Länderberichte und Rechtsvergleich – Deutschland, Österreich & Schweiz, Herausgeber: Margareta Baddeley, Barbara Dauner-Lieb, Astrid Deixler-Hübner, Susanne Kalss, Martin Schauer, Rita Trigo Trindade, Manz Verlag 2020, 650 Seiten**

Dieses wissenschaftliche Werk analysiert die Vermögensplanung anhand einer rechtsvergleichenden Studie; es orientiert sich dabei an fünf möglichen Lebensphasen, nämlich dem Eingehen einer Beziehung in Form einer Lebensgemeinschaft oder Ehe, an der Jungfamilie mit minderjährigen Kindern, an der Auflösung der Lebensgemeinschaft und Ehe, an der Familie mit volljährigen Kindern und den dabei anstehenden Aufgaben einer vorweggenommenen Erbfolge; schließlich steht der Tod und seine Folgen für das Vermögen der Familie im Fokus.

Das Buch besteht aus drei Teilen: Teil I fächert anhand eines Fragenkatalogs für jedes einzelne an der Studie teilnehmende Land die Kernpunkte der Vermögensplanung in den Lebensphasen eines Menschen auf.



Teil II widmet sich der rechtsvergleichenden Darstellung durch nähere Analyse der einzelnen Länderberichtsergebnisse mithilfe einiger Graphiken und vieler Beispiele, wie sie in der Praxis relevant sind.

Teil III stellt abschließend Thesen zu jeder der Lebensphasen auf und streicht hervor, in welchen Bereichen Änderungen, Klarstellungen oder auch (rechtspolitisch) Alternativen denkbar sind.

Dieses Buch geht über die „bloße“ Rechtsvergleichung hinaus, da es durch die Aufarbeitung des Gesamtgefüges der einzelnen Themenbereiche Gesellschaftsrecht, Familienrecht und Erbrecht in drei verschiedenen Rechtsordnungen und in weiterer Folge durch die Herausarbeitung spezifischer Punkte innerhalb der Lebensbereiche Klarheit schafft und neue Überlegungen anstellt.