

TE OGH 2012/4/24 2Ob41/11k

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 24.04.2012

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Dr. Baumann als Vorsitzenden und durch die Hofräte Dr. Veith, Dr. E. Solé, Dr. Schwarzenbacher und Dr. Nowotny als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Parteien 1. Prof. Dr. H***** D*****, vertreten durch Dr. Rudolf Krilyszyn, Rechtsanwalt in Wien, und 2. Mag. S***** N*****, vertreten durch Rechtsanwaltskanzlei Foglar-Deinhardstein KG in Wien, gegen die beklagten Parteien 1. Dr. L***** D*****, und 2. E***** F*****, beide vertreten durch (nunmehr) Draxler Rechtsanwälte KG in Wien, wegen Erbteilung (Streitinteresse: 250.000 EUR), über den Rekurs der zweitklagenden Partei gegen den Beschluss des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien als Berufungsgericht vom 16. November 2010, GZ 35 R 171/10x-55, womit infolge Berufung sämtlicher Parteien das Urteil des Bezirksgerichts Döbling vom 24. Februar 2010, GZ 6 C 661/08g-35, aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Begründung:

Die Streitteile sind Geschwister. Ihr Vater war Rechtsanwalt und betrieb im Objekt top 5 des Hauses R***** in Wien 1 seine Kanzlei. Auch die beiden Söhne sind Rechtsanwälte. Nach dem Tod des Vaters im Jahr 1972 übernahm der ältere von ihnen, der Erstbeklagte, die Anwaltskanzlei. Der Erstkläger richtete sich im Jahr 1979 in der R***** im gerade freigewordenen Objekt top 10 ebenfalls eine Rechtsanwaltskanzlei ein. Ende 1987/Anfang 1988 erweiterte er die Kanzlei um das Objekt top 11. Nach dem Tod des Vaters erlangten die Streitteile im Wege der Einantwortung zu gleichen Teilen das Eigentum an der Liegenschaft mit dem Haus R*****, während ihre Mutter das Fruchtgenussrecht erhielt. In der Folge kaufte der Erstbeklagte den Anteil der Zweitbeklagten, wodurch er zum Hälfteigentümer wurde. Die Zweitklägerin hält derzeit ebenso wie der Erstkläger einen Viertelanteil. Die Mutter der Streitteile hatte vom Erstbeklagten und zunächst auch vom Erstkläger trotz ihres Fruchtgenussrechts keinerlei Entgelt für die Nutzung der erwähnten Räumlichkeiten verlangt. Erst ab 1. 1. 1988 bezahlte der Erstkläger - nicht aber auch der Erstbeklagte - auf Vorschlag seiner Mutter für die Objekte top 10 und 11 einen „geringen Mietbetrag“.

Die Familie, aus der die Mutter der Streitteile stammte, besaß in der T***** in Wien 18 eine Liegenschaft, auf der eine alte Villa mit ca 1.000 m² Wohnfläche stand. Nach dem Tod ihres Vaters erbten die Mutter der Streitteile und zwei weitere Familienangehörige diese Liegenschaft. Der Versuch, die Villa dauerhaft zu vermieten, scheiterte. Da sich der

Vater der Streitteile mit der Liegenschaft nicht länger belasten und kein Geld investieren wollte, nahm sich der Erstbeklagte des Projekts an. Es wurden insgesamt neun Wohneinheiten errichtet und der Dachboden wurde ausgebaut. Schon während des laufenden Planungs- und Bauverfahrens konnten erste Interessenten gewonnen werden. Der Erstbeklagte schloss die Wohnungseigentumsverträge ab. Auch die ersten Verträge mit dem Bauunternehmen stammten von ihm. Geplant war, dass die Mutter der Streitteile vier der neuen Wohneinheiten erhalten sollte. Der Erstbeklagte erhielt die Wohnungen top 11 und 12 aus dem Dachgeschoss, seine Ehefrau bekam die top 10. Von seiner Mutter erhielt der Erstbeklagte den Grundanteil für diese Wohnungen geschenkt. Die Kosten des Ausbaus und die damit zusammenhängenden Baukosten trug für die top 11 und 12 er selbst, für die top 10 seine Ehefrau. Nach Fertigstellung des Gebäudes erzielte die Mutter der Streitteile aus der Vermietung der ihr gehörenden vier Wohnungen Mieteinkünfte.

Der Erstkläger erhielt von seiner Mutter die EZ ***** KG Grinzing mit dem sogenannten „W*****“ sowie zwei Bilder des Malers Walde und ein Bild des Malers Dichtl geschenkt.

Die Mutter der Streitteile verstarb am 28. 9. 2004. Sie hinterließ im Wesentlichen folgende Vermögenswerte: Die Liegenschaften EZ ***** (mit Villa, bestehend aus den Grundstücken Nr 374/2, 375/1, 375/2, 375/3 und 377/1), EZ ***** („Apfelgarten“) und EZ ***** je KG Grinzing mit der Adresse H***** in Wien 19, die in der Natur eine einheitliche Gesamtfläche darstellen; Miteigentumsanteile an der Liegenschaft EZ ***** KG Währing mit der Adresse T***** in Wien 18, mit denen das Wohnungseigentum an den Wohnungen W 1, W 2, W 6, W 7 und an einer Garage mit 17 Stellplätzen verbunden ist; Schmuck; Mobiliar und sonstiges Inventar der Villa in Grinzing.

In ihrem (formgültigen fremdhändigen) Testament vom 5. 7. 1989 hatte die Erblasserin folgende Verfügungen getroffen:

1. Meine Erben sind meine Kinder E***** F*****, S***** N*****, Dr. L***** D***** und Dr. P***** D*****. Soweit sich aus den folgenden Bestimmungen dieses Testaments nichts anderes ergibt, erben sie zu gleichen Teilen. Tritt eines von ihnen aus welchem Grunde immer die Erbschaft nicht an, so treten seine Nachkommen zu gleichen Teilen an seine Stelle; sind solche nicht vorhanden, so wächst sein Erbteil den anderen Erben zu.

2. Die Erbteilung soll wie folgt vorgenommen werden:

a) Mein Sohn L***** soll die Eigentumswohnung top Nr. 2 im Erdgeschoß des auf der EZ ***** KG Währing in Wien, Wohnhaus in Wien 18, T*****, (Grundanteil und Wohnungseigentumsrecht) erhalten.

b) Mein Sohn P***** soll die Eigentumswohnung top Nr. 6 im ersten Stock des auf der EZ ***** KG Währing errichteten Wohnhauses (Grundanteil und Wohnungseigentumsrecht) erhalten.

c) Meine Töchter E***** und S***** sollen je eine der verbleibenden Eigentumswohnungen (top Nr. 1 im Erdgeschoß und top Nr. 7 im zweiten Stock) des auf der EZ ***** KG Währing errichteten Wohnhauses (Grundanteil und Wohnungseigentumsrecht) erhalten; die Auswahl überlasse ich ihnen.

Sie sollen ferner meinen gesamten Schmuck erhalten und einvernehmlich teilen.

3. Nachstehende Zuwendungen, welche einzelne meiner Kinder bei meinen Lebzeiten von mir erhalten haben, sind auf ihren Erbteil anzurechnen:

a) Mein Sohn L***** hat von mir einen Grundanteil an der EZ ***** KG Währing in Wien erhalten; der Ausbau der entsprechenden Wohnungen top Nr. 11 und 12 wurde von ihm auf eigene Kosten vorgenommen. Der Wert des Grundanteils im Zeitpunkt meines Ablebens ist auf den Erbteil meines Sohnes L***** anzurechnen.

Anzurechnen ist ferner der Wert der Nutzung des Objektes top Nr. 5 im Hause Wien 1, R*****, welches mein Sohn L***** seit dem Tode seines Vaters als Rechtsanwaltskanzlei benützt hat, ohne hiefür an mich als Fruchtgenussberechtigte der EZ ***** KG Innere Stadt Wien ein Entgelt zu leisten. Können sich meine Erben über den hiernach anzurechnenden Wert nicht einigen, so ist dieser Wert von einem Sachverständigen unter Zugrundelegung jener Mietzinse zu ermitteln, die ich während der Zeit der Nutzung dieses Objektes durch meinen Sohn L***** seit dem Jahre 1972 bei einer Vermietung zu den jeweils gesetzlich zulässigen und marktgerechten Bedingungen hätte erzielen können.

b) Mein Sohn P***** hat von mir mit Schenkungsvertrag vom 11. März 1977 ein Teilstück des ehemaligen Gutsbestandes der Liegenschaft EZ ***** KG Grinzing mit dem sogenannten W***** geschenkt erhalten; der Ausbau

des W***** wurde von ihm auf eigene Kosten vorgenommen. Der Wert dieses Teilstücks und des W*****, ermittelt zum Zeitpunkt meines Ablebens für den Zustand, in dem sich das Objekt am 11. März 1977 befunden hat, ist auf den Erbteil meines Sohnes P***** anzurechnen.

Anzurechnen ist ferner der Wert der Nutzung des Objektes top Nr. 10 im Haus Wien, 1, R*****, welches mein Sohn P***** seit 1979 als Rechtsanwaltskanzlei benützt hat, ohne hiefür an mich als Fruchtgenussberechtigte der EZ ***** KG Innere Stadt Wien ein Entgelt zu leisten. Für die Bewertung gelten dieselben Grundsätze, wie ich sie oben unter a) für die Anrechnung bei meinem Sohn L***** angeordnet habe.

4. Es ist mein besonderer Wunsch, dass der Liegenschaftsbesitz EZ***** KG Grinzing im Eigentum meiner Kinder oder deren Nachkommen bleibt und nicht in fremde Hände kommt.

Die EZ ***** Grinzing fällt grundsätzlich zu gleichen Teilen an meine Erben. Ich erteile meinen Erben zur Sicherung der Erhaltung dieser Liegenschaft im Familienbesitz die Auflage, einander wechselseitig ein zu verbücherndes Vorkaufsrecht derart einzuräumen, dass jeder meiner Erben bei beabsichtigter Veräußerung seines Anteils oder von Teilen davon, auf welche Weise immer, entgeltlich oder unentgeltlich, verpflichtet ist, diesen Anteil zunächst den übrigen Erben zu gleichen Teilen zum Kauf gegen Zahlung des Schätzwertes im betreffenden Zeitpunkt anzubieten. Der Schätzwert ist vom Anbietenden durch ein schriftliches Gutachten eines gerichtlich beeideten Sachverständigen zu belegen. Sind die Anbotsempfänger mit diesem Schätzwert nicht einverstanden, so können sie ihrerseits Sachverständigengutachten einholen. Ist sodann eine Einigung über den Kaufpreis nicht möglich, so ist als Kaufpreis das arithmetische Mittel zwischen den Schätzwerten aller Sachverständigengutachten zugrunde zu legen. Die Anbotsfrist muss mindestens drei Monate betragen. Die Auszahlung des Kaufpreises kann auf Wunsch der Anbotsempfänger in nicht mehr als zehn gleichen wertgesicherten unverzinslichen Jahresraten erfolgen; diesfalls ist für den Kaufpreis grundbücherliche Sicherheit zu leisten. Nimmt ein Anbotsempfänger ein solches Anbot nicht an, so ist der betreffende Anteil den übrigen Berechtigten zu den gleichen Bedingungen wiederum mit mindestens dreimonatiger Frist anzubieten.

Mein Sohn P***** hat jedoch nach meinem Ableben das Recht zu erklären, dass er die Grundstücke Nr. 375/2 und 375/3 aus dem Gutsbestand der EZ ***** KG Grinzing sowie jene Teile der Grundstücke Nr. 372/2 [gemeint: 374/2], 377/1 und 375/1 aus dem Gutsbestand derselben Liegenschaft, welche zwischen der der H***** zunächst gelegenen Grenze dieser Grundstücke und jener Mauer liegen, welche hinter der Villa besteht und den Beginn des Gartens bezeichnet, allein aus meinem Nachlass übernehmen will; in diesem Fall hat er den übrigen Erben den entsprechenden Anteil des Schätzwertes dieser Grundstücke bzw Grundstücksteile im Verhältnis ihrer Erbquoten auszuzahlen, wobei er berechtigt ist, die Zahlung in zehn gleichen aufeinanderfolgenden wertgesicherten mit 3,0 % (drei Prozent) über der jeweiligen Bankrate kontokorrentmäßig zu verzinsenden Jahresraten vorzunehmen. Übernimmt mein Sohn P***** diese Liegenschaften und Liegenschaftsteile, so hat er gleichzeitig den übrigen Erben zu gleichen Teilen ein zu verbücherndes Vorkaufsrecht an diesen Grundstücken und Grundstücksteilen einzuräumen; zahlt er den Schätzwert nicht sofort, sondern in Raten aus, so ist die Forderung der anderen Erben auf den gegenständlichen Grundstücken und Grundstücksteilen grundbücherlich sicherzustellen. Die Ermittlung des anzuzahlenden Betrages hat nach den gleichen Grundsätzen zu erfolgen, welche im unmittelbar vorangehenden Absatz meines Testaments für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts festgelegt sind.

Gleichzeitig ist zugunsten des jeweiligen Eigentümers der Grundstücke Nr. 374/2, 375/1, 375/2, 375/3 und 377/1 (derzeitige Bezeichnung) die Dienstbarkeit des Geh- und Fahrweges ob jenem Teil des Grundstücks Nr. 374/1 KG Grinzing zu begründen und ob der EZ ***** KG Grinzing als dienendem Grundstück einzuverleiben, auf welchem sich derzeit die Zufahrt von der H***** zur Villa befindet.

5. Aus dem Inventar des Hauses H***** vermache ich jedem meiner Enkel Gegenstände im Wert von je öS 200.000 (österreichische Schilling zweihunderttausend) oder nach ihrer Wahl öS 200.000 (österreichische Schilling zweihunderttausend) in bar; da meine Tochter S***** N***** keine Kinder hat, soll sie selbst oder ihr Ehegatte A***** N***** diese Gegenstände oder diesen Betrag als Vorausvermächtnis erhalten.

Das verbleibende Inventar soll unter Berücksichtigung des persönlichen Bedarfes jedes meiner Kinder oder deren Rechtsnachfolger annähernd gleichmäßig verteilt werden. Mangels Einigung überlasse ich die Entscheidung über diese Verteilung meinen Töchtern E***** und S*****, welche sie gemeinsam vornehmen sollen.

6. I***** L***** erhält als Legat einen Betrag von öS 20.000 (österreichischen Schilling zwanzigtausend).

7. Die vorstehenden Anordnungen sollen eine möglichst gleichmäßige Verteilung meines Vermögens bewirken. Sollte sich nach meinem Ableben herausstellen, dass - bezogen auf den Tag meines Ablebens - eines meiner Kinder oder seine Rechtsnachfolger aufgrund dieses Testamentes unter Berücksichtigung der Vorempfänge erheblich weniger erhält als die anderen, so sind diese verpflichtet, dem oder den Betroffenen im Verhältnis ihrer Erbteile einen angemessenen Wertausgleich zu leisten; dies gilt jedoch nur, wenn der Erbteil des oder der Betroffenen unter Berücksichtigung der angeordneten Anrechnungen weniger als 80 % des Erbteils jenes Erben beträgt, der den nächsthöheren Wert erbt. Nachkommen eines Kindes sind hiebei jeweils als eine Person anzusehen.

8. Sollten sich meine Erben über die Bewertung der ihnen von mir in diesem Testament zugewendeten Nachlassteile oder über die Bewertung jener Zuwendungen, welche auf ihren Erbteil jeweils anzurechnen sind, nicht zur Gänze einigen können, sodass einzelne oder alle Nachlassteile und/oder Zuwendungen durch einen Sachverständigen zu ermitteln sind, so haben sie zunächst eine Einigung über die Person des oder der Sachverständigen zu versuchen. Ist eine solche nicht innerhalb eines Zeitraums von drei Monaten nach meinem Ableben möglich, so wählt den oder die Sachverständigen der jeweilige Präsident der Rechtsanwaltskammer für Wien über Ersuchen eines Erben aus; seine Entscheidung ist für alle Erben rechtsverbindlich.

9. Dieses Testament tritt an die Stelle aller allenfalls getroffenen früheren letztwilligen Anordnungen“

Nach Errichtung dieses Testaments verfasste die Erblasserin am 5. Juli 1989 noch ein Kodizill, mit dem sie ihren Schwiegertöchtern Andenken aus ihrem Schmuck zuwenden wollte. Schließlich verfasste sie am 7. 6. 1992 noch ein Schreiben folgenden Inhalts:

„Mein Testament vom 5. Juli 1989 ist von dem Bestreben getragen, meine Kinder möglichst gleichmäßig zu bedenken.

Die darin enthaltene Bestimmung, dass mein Sohn P***** berechtigt sein soll, die Villa in der H***** mit dazugehörigen Grundstücksteilen seinen Geschwistern abzukaufen, habe ich deshalb aufgenommen, weil mein Sohn L***** nach dem Tod meines Mannes dessen Kanzlei alleine übernommen und fortgeführt hat. Mein Sohn P***** soll daher die Möglichkeit haben, den Familienbesitz in der H***** zu erwerben, wobei seine Geschwister den Wert ihrer Anteile voll ausgezahlt erhalten sollen. Auf diese Weise soll jedem meiner Söhne ein Anteil an dem zukommen, was mein Mann für die Familie geschaffen hat.“

Die Erblasserin hatte für „bau- und liegenschaftstechnische Angelegenheiten“ stets einen Architekten und bei rechtlichen Problemen einen bestimmten Rechtsanwalt beigezogen. Auch bei ihren Überlegungen, wie sie die Liegenschaften auf ihre Nachkommen aufteilen könnte, hatte sie bei diesen beiden Personen Rat eingeholt. Sie hatte ferner ein Vermessungsbüro mit der Prüfung beauftragt, ob und wie die Liegenschaften in Grinzing aufgeteilt werden könnten.

Das Verlassenschaftsverfahren, in dem die Streitteile bedingte Erbserklärungen abgegeben haben, ist beim Bezirksgericht Döbling nach wie vor anhängig. Ein Erbteilungsübereinkommen haben die Streitteile bisher nicht zustandegebracht. Das Verlassenschaftsgericht verfügte mit Beschluss vom 8. 8. 2008 die öffentliche Feilbietung der in den Nachlass fallenden Mindestanteile an der Liegenschaft EZ ***** KG Währing (T*****) und des damit verbundenen Wohnungseigentums durch Versteigerung gemäß § 12 Abs 2 WEG 2002. Dieser Beschluss ist rechtskräftig. Das Verlassenschaftsverfahren, in dem die Streitteile bedingte Erbserklärungen abgegeben haben, ist beim Bezirksgericht Döbling nach wie vor anhängig. Ein Erbteilungsübereinkommen haben die Streitteile bisher nicht zustandegebracht. Das Verlassenschaftsgericht verfügte mit Beschluss vom 8. 8. 2008 die öffentliche Feilbietung der in den Nachlass fallenden Mindestanteile an der Liegenschaft EZ ***** KG Währing (T*****) und des damit verbundenen Wohnungseigentums durch Versteigerung gemäß Paragraph 12, Absatz 2, WEG 2002. Dieser Beschluss ist rechtskräftig.

Mit der am 19. 10. 2007 beim Erstgericht überreichten Erbteilungsklage begehrt die beidklagenden Geschwister die Aufhebung der Erbengemeinschaft, wobei sie ihre übereinstimmenden Teilungsvorschläge in das Teilungsbegehren integrierten. In der aktuellen Fassung dieses Begehrens streben die Kläger unter Anrechnung der Vorempfänge des Erstklägers und des Erstbeklagten die reale Teilung des Nachlasses zu je einem Viertel an, wobei jedoch die Aufteilung der drei Liegenschaften in der H***** , der vier Eigentumswohnungen und der Garage in der T***** sowie der Schmuckstücke Sonderregelungen vorbehalten bleiben (Punkt 1.). Demnach sollten die Liegenschaften EZ ***** und EZ ***** je KG Grinzing der Zweitklägerin zugewiesen werden (Punkt 2.1), eine näher bezeichnete Teilfläche der EZ ***** KG Grinzing hingegen dem Erstkläger und zwar gegen Zahlung eines Kaufpreises

von je 709.869,93 EUR an die drei Miterben binnen vier Wochen ab Einverleibung seines Eigentumsrechts bei sonstiger Exekution (2.2). Von den Eigentumswohnungen der EZ ***** KG Währing sollten W 1 und W 6 der Zweitbeklagten (Punkte 2.3 und 2.6), W 7 der Zweitklägerin (Punkt 2.4) und W 2 dem Erstbeklagten (Punkt 2.5) zufallen. Hinsichtlich der Garage sollte die Erbengemeinschaft durch Zivilteilung in Form der gerichtlichen Feilbietung aufgehoben werden (Punkt 2.7). Die restlichen Teilflächen der EZ ***** KG Grinzing sollten ebenfalls dem Erstkläger zukommen (Punkt 2.8). Alleineigentümerinnen des Schmucks sollten nach wertmäßiger Aufteilung zu gleichen Teilen die Zweitklägerin und die Zweitbeklagte sein, wobei allerdings auch schon die konkrete Zuweisung bestimmter Schmuckstücke vorgesehen war (Punkt 3.). Zusätzlich umfasst das Begehren Anordnungen über die Begründung von Vorkaufsrechten, die Einräumung der Dienstbarkeit des Gehens und Fahrens sowie die grundbücherliche Durchführung der vorgesehenen Verfügungen. Zu den Punkten 2.2, 2.3, 2.4, 2.5 und 2.6 wurden überdies Eventualbegehren gestellt.

Die Kläger brachten vor, es liege bereits ein Sachverständigengutachten über die Vergütungswerte für die Benutzung der beiden Rechtsanwaltskanzleien in der R***** vor, wobei entgegen dem letzten Willen der Erblasserin nicht nur für das Objekt top 10, sondern auch für das Objekt top 11 ein bestimmter Nutzungswert angenommen und überdies der Umstand, dass der Erstkläger seit 1. 1. 1989 Miete bezahle, nicht berücksichtigt worden sei. Auch für die weiteren Liegenschaften seien bereits Schätzgutachten erstattet worden. Der Erstkläger habe von seinem testamentarischen Aufgriffsrecht Gebrauch gemacht und dies den Miterben und Mitverwaltern des Nachlasses schriftlich mitgeteilt. Die Miterben hätten dies zwar zur Kenntnis genommen, den gemäß der testamentarischen Anordnung ermittelten Aufgriffspreis aber teilweise abgelehnt. Aus diesem Grund seien von den Erben verschiedene Gutachten eingeholt worden, die zu unterschiedlichen Werten gekommen seien. Das arithmetische Mittel aus diesen Schätzwerten betrage 2.839.479,75 EUR. Dies sei der Aufgriffspreis, von welchem 25 % auf den Erstkläger selbst entfallen würden. Bei einer Aufteilung des Erbes sei weiters zu beachten, dass die Begründung von Alleineigentum an den Liegenschaften EZ *****, EZ ***** und der Restfläche der EZ ***** je KG Grinzing zweckmäßig sei. Eine Realteilung erscheine nicht sachgerecht und wäre nach baurechtlichen Vorschriften nicht zulässig. Die Begründung von Miteigentum wäre zwar möglich, würde aber nur zu einer neuerlichen Teilungsklage führen.

Die beklagten Geschwister bestritten und beantragten die Abweisung des Klagebegehrens, erstatteten zuletzt aber hilfsweise ebenfalls einen Teilungsvorschlag. Entgegen dem Begehren der Kläger sei der aus den EZ *****, EZ ***** und EZ ***** je KG Grinzing bestehende Teil des Liegenschaftsbesitzes der Erblasserin zu je einem Viertel in das Miteigentum der Parteien unter der Beschränkung des wechselseitigen Vorkaufsrechts einzuverleiben. Das Aufgriffsrecht des Erstklägers könne nicht Bestandteil einer Erbteilung sein. Es begründe lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch auf Übereignung der Aufgriffsliegenschaft, den der Erstkläger mangels Einigung der Parteien in einem gesonderten Verfahren durchzusetzen habe. Bei der Garage in der T***** sei hinsichtlich der Stellplätze eine Realteilung möglich; für die Aufteilung der Wohnungen habe die Erblasserin im Testament ohnedies bindende Anordnungen getroffen. Mit ihren Anrechnungsanordnungen habe sie jedoch bestehende Vereinbarungen mit dem Erstbeklagten verletzt. Zur Klärung der Frage, ob ein Wertausgleich gemäß Punkt 7. des Testaments stattzufinden habe, sei es notwendig, das Verlassenschaftsvermögen und die tatsächlich gültigen Anrechnungsbestimmungen wertmäßig zu erfassen.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es stützte sich auf den eingangs zusammengefasst wiedergegebenen Sachverhalt und traf ua noch folgende Feststellungen:

Da sich die Erben im Verlassenschaftsverfahren nicht einigen konnten, holte jeder von ihnen ein Schätzgutachten ein:

Das vom Erstkläger beauftragte Unternehmen ermittelte den Verkehrswert der Liegenschaft EZ ***** zum Stichtag 29. 9. 2005 mit 2.054.000 EUR. Für den Fall der Wahrnehmung des Aufgriffsrechts durch den Erstkläger und die Einräumung von Vorkaufsrechten an seine Geschwister ergab sich ein Verkehrswert von 1.848.600 EUR.

Der vom Erstbeklagten beauftragte Gutachter ermittelte zum Stichtag Februar 2005 einen Verkehrswert für die drei Liegenschaften in Grinzing in Höhe von 7.920.000 EUR. Unter Berücksichtigung der ausgenützten Kaufoption durch den Erstkläger für einen Teilbereich der EZ ***** reduzierte sich dieser Wert auf 6.100.000 EUR. Die EZ ***** (allein) wurde mit 4.682.213 EUR bewertet, wovon 3.456.563 EUR auf die vom Aufgriffsrecht betroffene Fläche und 1.225.650 EUR auf die Restliegenschaft entfielen. Für die EZ ***** ergab sich ein Verkehrswert von 897.933 EUR, für die EZ ***** samt einer Teilfläche der EZ ***** ein solcher von 2.351.750 EUR.

Der von der Zweitbeklagten beauftragte Gutachter gelangte zum Stichtag Februar 2005 für die Liegenschaften in

Grinzing zu einem Gesamtwert von 6.910.000 EUR. Den Anteil der mit der Kaufoption belasteten Grundstücke setzte er mit einem Wert von 4.720.000 EUR fest. Den Sachwert für die EZ ***** und einen Anteil der EZ ***** ermittelte er mit 4.113.887 EUR. Für die EZ ***** kam er zu einem Wert von 1.145.342 EUR, wozu er noch einen Anteil der EZ ***** im Wert von 826.547 EUR hinzurechnete.

Der von der Zweitklägerin beauftragte Gutachter ermittelte den Verkehrswert einer näher bezeichneten Grundstücksfläche der EZ ***** im Ausmaß von ca 2.400 m², die sich teilweise über die Grundstücke 374/2, 375/1, 377/1 und zur Gänze über die Grundstücke 375/2 und 375/3 der EZ ***** erstreckte, mit 2.941.000 EUR. Den Verkehrswert aller drei Liegenschaften bezifferte er mit 6.442.528 EUR. Für den Fall der Ausnützung der Kaufoption durch den Erstkläger für den besagten Teilbereich verminderte sich dieser Wert auf 5.860.421 EUR. Dabei ging der Sachverständige davon aus, dass die Restfläche der EZ ***** und die EZ ***** einen Wertverlust erleiden müssten, da diese Flächen keine Zufahrtsmöglichkeit zum öffentlichen Gut mehr hätten.

Da sich die Erben über den Wert der Liegenschaften bzw Liegenschaftsteile weiterhin nicht einigen konnten, wurde vom Präsidenten der Rechtsanwaltskammer Wien eine weitere Sachverständige ausgewählt. Diese ermittelte zunächst den Wert der Liegenschaft EZ ***** des Grundbuchs Grinzings (W*****) mit 1.400.000 EUR, wobei sie für die Feststellung des Gebäudezeitwerts vom Gebäudeumfang des Jahres 1977 ausging. Die Liegenschaft EZ ***** bewertete sie mit 1.170.000 EUR, die EZ ***** mit 166.200 EUR. Für die Restflächen der EZ ***** nach Ziehung des Aufgriffsrechts durch den Erstkläger errechnete sie einen Grundstückswert von 122.400 EUR. Als höchstmöglichen Verkehrswert für die EZ ***** samt einen Gartenanteil aus der EZ ***** ermittelte sie einen Betrag von 1.737.970 EUR. Für die Restflächen der EZ ***** kam sie auf einen Wert von 1.374.300 EUR. Dies ergab einen Verkehrswert für die Gesamtflächen von rund 3.110.000 EUR. Hinsichtlich der Restflächen stellte sie eine Entwertung durch Ziehung der Kaufoption in Höhe von 1.452.247 EUR fest.

Die Sachverständige erhielt weiters den Auftrag, den Wert der Nutzung der Objekte in der R***** zu ermitteln und zwar für das Objekt top 5 vom 28. 11. 1972 und für das Objekt top 10 vom 20. 4. 1979 jeweils bis zum Stichtag 28. 9. 2004. Sie gelangte für die top 5 zu einem Wert von 1.547.152,68 EUR; für die top 10 und 11 errechnete sie einen Wert von 1.234.411,48 EUR. Der zuletzt genannte Wert verstand sich unter der Prämisse, dass keine Miete bezahlt wurde. Für den Fall, dass nur die Übernahme des Nutzungsrechts von April 1979 bis 31. 12. 1988 erfolgte und danach ein Mietzins bezahlt wurde, kam sie auf einen Betrag von 635.727 EUR.

Die Gutachterin ermittelte auch die Verkehrswerte der Eigentumswohnungen und der Garage sowie die dem Erstbeklagten und seiner Ehefrau geschenkten Grundanteile der EZ ***** KG Währing: W 1 (89,84 m²) 333.000 EUR; W 2 (156,85 m²) 270.000 EUR; W 6 (175,10 m²) 310.000 EUR; W 7 (189,84 m²) 330.000 EUR; Garage (17 Stellplätze, 444 m²) 210.000 EUR. Der Verkehrswert des zu den Wohnungen top 11 und 12 gehörigen Grundanteils wurde mit 280.000 EUR geschätzt, jener des zur Wohnung top 10 gehörigen Grundanteils mit 100.000 EUR.

Im Auftrag der Zweitklägerin erstattete das Dorotheum am 12. 12. 2006 ein Schätzungsgutachten über den vorhandenen Schmuck. Für insgesamt 49 Posten ergaben sich aktuelle Auktionsschätzwerte von zumindest 75.670 EUR bis maximal 113.710 EUR. In einem weiteren Gutachten vom 3. 1. 2007 wurde für eine Brosche ein aktueller Auktionsschätzwert von zumindest 2.000 EUR und maximal 3.000 EUR angegeben. In einem über Auftrag der Zweitbeklagten erstatteten weiteren Schätzungsgutachten vom 26. 2. 2007 wurde für insgesamt acht Schmuckstücke ein Auktionsschätzwert von zumindest 72.900 EUR und maximal 154.300 EUR angeführt.

Im Auftrag des Erstklägers war bereits am 24. 11. 2006 ein Schätzungsgutachten über die wertvollen Möbel im Vorzimmer, Salon, Esszimmer, Schlafzimmer (erster Stock) Biedermeierzimmer, sowie über Dekorationsgegenstände, Vasen, Tassen, Tafelaufsätze und Teller, Tee- und Kaffeegarnituren, Platten und Kassetten (meist Silber) sowie zumindest 17 Bilder erstattet worden, wobei ein Wert von zumindest 265.855 EUR bis maximal 362.495 EUR für die Möbel, das Geschirr, das Besteck, die Gebrauchsgegenstände und drei Bilder (die bereits erwähnten Bilder von Alfons Walde und Erwin Dichtl) sowie ein Wert von zumindest 81.000 EUR und maximal 121.500 EUR für die restlichen Bilder festgestellt wurde. Das Bild „Alfons Walde groß“ wurde mit 70.000 EUR bis 90.000 EUR bewertet, das Bild „Alfons Walde klein“ mit 22.000 EUR bis 26.000 EUR und das Bild des Malers Erwin Dichtl mit 1.500 EUR bis 2.200 EUR.

Die Erben und Legatäre einigten sich weitestgehend über die Aufteilung des Schmucks der Erblasserin und der Inventarstücke aus der Villa in der H*****. Es sind nur kleinere Beträge bzw kleinere Teile der Nachlassgegenstände noch nicht an die jeweiligen Erben und Legatäre zugeteilt. Die teuersten Schmuckstücke wurden durch die

Zweitklägerin und die Zweitbeklagte schon verteilt. Trotz einiger Unstimmigkeiten konnte auch eine weitestgehende Einigung zwischen den Legataren erzielt werden.

Im Verlassenschaftsverfahren meldete der Erstbeklagte eine Schadenersatzforderung gegen die Verlassenschaft in Höhe von monatlich 1.865,88 EUR wegen entgangenen Mietzinses für die top 10 und 11 im Haus R***** an.

In rechtlicher Hinsicht erörterte das Erstgericht, dass im Hinblick auf den obligatorischen Charakter des dem Erstkläger eingeräumten Aufgriffsrechts und aufgrund der starken Verbindung der darauf bezogenen Punkte des Klagebegehrens mit dem reinen Anspruch auf Erbteilung ein solcher Aufteilungsausspruch im Urteil nicht möglich sei. Die einzelnen Punkte des Klagebegehrens seien aber nicht ohne weiteres von den anderen abtrennbar. Die gesamte Erbteilungsregelung hänge „in der Luft“, solange keine Lösung für die Liegenschaft in Grinzing, die einen großen Anteil an der Erbmasse darstelle, gefunden werde. Außerdem müssten die Voraussetzungen konkreter bestimmt werden, weil sonst keine ausreichende Grundlage für die Durchsetzung des Erbteilungsausspruchs und eine reibungslose Abwicklung des Verlassenschaftsverfahrens vorhanden sei. Dem Punkt 2.7 des Hauptbegehrens stehe überdies der rechtskräftige Beschluss des Verlassenschaftsgerichts auf Feilbietung der Liegenschaftsanteile in der T***** entgegen. Auch weitere Punkte des Haupt- und Eventualbegehrens seien mit diesem Beschluss nicht in Einklang zu bringen, weswegen das gesamte Klagebegehren abzuweisen sei. Das vorliegende Erbteilungsbegehren samt Eventualbegehren sei für eine effektive weitere Abwicklung des Verlassenschaftsverfahrens zu kompliziert und faktisch nicht vollziehbar, insbesondere wenn man die familiäre Situation und die unversöhnliche Haltung der Streitteile zueinander bedenke. Der Versuch des Vollzugs des Erbteilungsbegehrens würde eine Vielzahl von Folgeverfahren in sich bergen, was letztlich zur Verwertung des gesamten Liegenschaftsbesitzes aus der Verlassenschaft führen würde. Dies sei aber jedenfalls nicht im Sinne der Erblasserin, deren ausdrücklicher Wunsch es gewesen sei, die Villa in Grinzing im Familienbesitz zu erhalten. Auch gehe die genaue Aufteilung des Schmucks aus den Beweismitteln nicht hervor. Die Schätzungsgutachten seien nicht auf einer deckungsgleichen Basis aufgebaut.

Das von sämtlichen Streitteilen angerufene Berufungsgericht wies die Berufungen der beklagten Parteien sowie weitere im Rechtsmittelverfahren erstattete Schriftsätze als unzulässig zurück. Hingegen gab es den Berufungen der klagenden Parteien Folge, hob das erstinstanzliche Urteil auf und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurück. Es sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 30.000 EUR übersteige und der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig sei.

Das Berufungsgericht erachtete es (mit geringen Ausnahmen) aus rechtlichen Erwägungen als verfrüht, auf die in den Berufungen enthaltenen Beweisrügen einzugehen. In rechtlicher Hinsicht vertrat es die Ansicht, in dem vorliegenden Sonderfall der Aufhebung einer Miteigentumsgemeinschaft könne ein Teilungsbegehren nicht unschlüssig sein bzw. wegen mangelnder Bestimmtheit abgewiesen werden. Das detaillierte Klagebegehren enthalte lediglich einen Teilungsvorschlag, an den das Gericht bei seiner Entscheidung nicht gebunden sei. Letztlich habe die Zuweisung einzelner Sachen unabhängig davon, ob Natural- oder Zivilteilung verlangt werde, und ungeachtet erstatteter Teilungsvorschläge durch das Gericht zu erfolgen. Das Erstgericht hätte demnach unbedingt zu einer „positiven“ Entscheidung im Sinne der Zuweisung von einzelnen Sachen an die Miterben, allenfalls in deren Miteigentum, und/oder der Anordnung einer Zivilteilung kommen müssen. Dem stehe auch nicht die Aufnahme des dem Erstkläger testamentarisch zuerkannten Aufgriffsrechts an Teilen der Liegenschaft der EZ ***** KG Grinzing in das Klagebegehren entgegen. Werde ein solches Aufgriffsrecht einem Miterben eingeräumt, stelle es eine „bloße“ Erbteilungsanordnung dar. Daraus folge, dass die entsprechende Anordnung der Erblasserin nicht das Teilungsbegehren der Kläger oder eine entsprechende Teilung der Verlassenschaft überhaupt verunmögliche. Der Berechtigte habe vielmehr aus dem Nachlass die bestimmten Sachen zu erhalten und seinen Miterben zu vergüten. Auch der in den Feststellungen zitierte Beschluss des Verlassenschaftsgerichts verhindere eine „positive“ Entscheidung über das Teilungsbegehren der Kläger nicht. Einerseits sei das Erstgericht nicht an konkrete Teilungsvorschläge gebunden, andererseits würde sich durch eine den Bestimmungen des § 12 WEG entsprechende Aufteilung bzw. Zuweisung der im Beschluss genannten Wohnungseigentumsobjekte/Miteigentumsanteile die vom Verlassenschaftsgericht angeordnete Feilbietung erübrigen. Das Berufungsgericht erachtete es (mit geringen Ausnahmen) aus rechtlichen Erwägungen als verfrüht, auf die in den Berufungen enthaltenen Beweisrügen einzugehen. In rechtlicher Hinsicht vertrat es die Ansicht, in dem vorliegenden Sonderfall der Aufhebung einer Miteigentumsgemeinschaft könne ein Teilungsbegehren nicht unschlüssig sein bzw. wegen mangelnder Bestimmtheit abgewiesen werden. Das detaillierte Klagebegehren enthalte lediglich einen Teilungsvorschlag, an den das Gericht bei seiner Entscheidung nicht gebunden sei. Letztlich habe die

Zuweisung einzelner Sachen unabhängig davon, ob Natural- oder Zivilteilung verlangt werde, und ungeachtet erstatteter Teilungsvorschläge durch das Gericht zu erfolgen. Das Erstgericht hätte demnach unbedingt zu einer „positiven“ Entscheidung im Sinne der Zuweisung von einzelnen Sachen an die Miterben, allenfalls in deren Miteigentum, und/oder der Anordnung einer Zivilteilung kommen müssen. Dem stehe auch nicht die Aufnahme des dem Erstkläger testamentarisch zuerkannten Aufgriffsrechts an Teilen der Liegenschaft der EZ ***** KG Grinzing in das Klagebegehren entgegen. Werde ein solches Aufgriffsrecht einem Miterben eingeräumt, stelle es eine „bloße“ Erbteilungsanordnung dar. Daraus folge, dass die entsprechende Anordnung der Erblasserin nicht das Teilungsbegehren der Kläger oder eine entsprechende Teilung der Verlassenschaft überhaupt verunmögliche. Der Berechtigte habe vielmehr aus dem Nachlass die bestimmten Sachen zu erhalten und seinen Miterben zu vergüten. Auch der in den Feststellungen zitierte Beschluss des Verlassenschaftsgerichts verhindere eine „positive“ Entscheidung über das Teilungsbegehren der Kläger nicht. Einerseits sei das Erstgericht nicht an konkrete Teilungsvorschläge gebunden, andererseits würde sich durch eine den Bestimmungen des Paragraph 12, WEG entsprechende Aufteilung bzw Zuweisung der im Beschluss genannten Wohnungseigentumsobjekte/Miteigentumsanteile die vom Verlassenschaftsgericht angeordnete Feilbietung erübrigen.

Dem Berufungsgericht sei jedoch wegen des Vorliegens sekundärer Feststellungsmängel noch keine abschließende Entscheidung möglich. Im Folgenden sei darzustellen, an welchen Grundsätzen sich das Erstgericht im fortgesetzten Verfahren zu orientieren und worüber es ergänzend Beweis aufzunehmen habe:

Dem Erblasser stehe es frei, Anrechnungen anzuordnen, die Grenze sei erst bei Verletzung des Pflichtteils eines Erben erreicht. Der Einwand des Erstbeklagten, die Erblasserin habe mit den ihn betreffenden Anrechnungen gegen vertragliche Vereinbarungen verstoßen, sei daher unberechtigt. Dasselbe gelte für die Anrechnungen zu Lasten des Erstklägers, denen nach dem Wortlaut des Testaments keine Einschränkung auf einen bestimmten Zeitraum zu entnehmen sei. Es erscheine allerdings einleuchtend, dass die vom Erstkläger bezahlten Mietzinse von dem durch die Sachverständige ermittelten Betrag in Abzug gebracht werden sollten. Überlegungen zu den steuerrechtlichen Auswirkungen auf Seiten der Erben oder der Erblasserin hätten dabei außer Betracht zu bleiben, weil sich dafür im Wortlaut des Testaments keinerlei Anhaltspunkte finden würden. Die Anordnung der Erblasserin habe sich schlicht darauf beschränkt, den Wert der Mietzinse zu ermitteln, die sie erzielen hätte können, und diesen auf den Erbteil anzurechnen.

Würde man allerdings die dem Wortlaut nach klaren Anweisungen der Erblasserin gemeinsam mit der von ihr angeordneten Erbteilung auszuführen versuchen, so würde dies im Endergebnis dazu führen, dass ihre ganz konkreten Teilungsanordnungen nicht durchgeführt werden könnten. Aus den ermittelten Werten einschließlich jener über die anzurechnenden Summen würde sich ergeben, dass sowohl der Erstkläger als auch der Erstbeklagte faktisch nichts mehr aus der Verlassenschaft zu erhalten hätten. Daran würde die (anteilige) Zuweisung der von der Erblasserin definierten Sachen (Liegenschaften) scheitern. So müsste sich der Erstkläger zumindest 1.400.000 EUR für das „W*****“ und 635.727 EUR für die Nutzung der Anwaltskanzlei anrechnen lassen, in Summe daher mehr als 2 Mio EUR. Dabei sei noch ungeklärt, ob das Objekt top 11 in der R***** von der Erblasserin im Testament bewusst nicht erwähnt worden oder ob sie davon ausgegangen sei, dass diese Einheit nach der Zusammenlegung mit der im Testament genannten top 10 von der Anrechnungsanordnung „automatisch“ mitumfasst sein solle. Der Erstbeklagte wiederum hätte sich nach dem Wortlaut der letztwilligen Verfügung rund 1.550.000 EUR für die Nutzung seiner Anwaltskanzlei und 280.000 EUR für den geschenkten Grundanteil der EZ ***** KG Währing anrechnen zu lassen, insgesamt somit ebenfalls rund 2 Mio EUR. Die Durchführung der Anrechnungsanordnungen würde daher im Hinblick auf die sonst vom Erstgericht festgestellten Gutachtensergebnisse und den daraus resultierenden Wert des (reinen) Nachlasses von rund 8 Mio EUR zu einem massiven Eingriff in das Pflichtteilsrecht des Erstklägers und des Erstbeklagten - deren Pflichtteil betrage jeweils ein Achtel - führe und letztlich auch die Zuweisung von Liegenschaften oder Teilen davon an sie ausschließen. Bei Anrechnung der genannten Beträge an ihre Erb- bzw Pflichtteile ergebe sich der aufgezeigte Widerspruch. Kein Anrechnungspflichtiger könne nämlich dazu verhalten werden, etwas zurückzugeben. Die Konsequenz daraus wäre, dass die Zweitklägerin und die Zweitbeklagte die Erbmasse fast zur Gänze erhielten, der Erstkläger und der Erstbeklagte hingegen nichts. Es sei daher offensichtlich, dass die Erblasserin bei Verfassung des Testaments einem Irrtum über die Durchführbarkeit der von ihr angeordneten Maßnahmen unterlegen sei.

Im fortzusetzenden Verfahren werde das Erstgericht daher die Frage zu klären haben, was der Erblasserin „wichtiger“

gewesen wäre, die Aufteilung des Nachlasses nach den detailliert ausformulierten Teilungsanordnungen oder die Anrechnung von Vorempfängen zu Lasten des Erstklägers und des Erstbeklagten. Für den Fall, dass dies nicht möglich sein sollte, sei nach den bisherigen Verfahrensergebnissen davon auszugehen, dass der primäre Wunsch der Erblasserin die Aufteilung ihres Vermögens nach den genau definierten Sachzuweisungen gewesen sei und erst in zweiter Linie die Durchführung der Anrechnungen. Dies ergebe sich schon aus ihrem Schreiben vom (richtig) 7. 6. 1992, mit dem sie ihr Hauptanliegen bei Verfassung ihres Testaments erklärt habe. In diesem Fall wäre dann die Erbteilung unter gänzlichem Entfall der Anrechnungsbestimmungen durchzuführen, weil irgendeine Form der anteiligen Kürzung der Anrechnungen wohl noch weniger dem Willen der Erblasserin entsprechen würde, es sei denn im fortgesetzten Verfahren stelle sich Gegenteiliges heraus. Diese Auslegung der letztwilligen Verfügung überschreite zwar den äußersten Wortsinn derselben. Sie erscheine aber mangels anderer Möglichkeit, dem Willen der Erblasserin wenigstens so weit wie möglich zum Durchbruch zu verhelfen, dennoch als gerechtfertigt.

Dem Willen der Erblasserin, Vorempfänge ihrer Söhne zu berücksichtigen, könne bei der vorzunehmenden Aufteilung auch auf andere Weise Rechnung getragen werden. So könnten bei der Aufteilung der Erbmasse den Söhnen weniger Vermögenswerte zugewiesen werden, als den beiden Töchtern. Dies sei bis zur „Wertgrenze“ des Punkts 7. des Testaments möglich, weil die Erblasserin dort eine „Ungleichbehandlung“ der Erben in einer gewissen Bandbreite erlaubt habe.

Bei Festsetzung des Aufgriffspreises werde auf die nach dem Willen der Erblasserin bereits eingeholten Gutachten zurückzukommen sein. Eine zusätzliche Abgeltung des Wertverlusts durch Zerschlagung des „Ensembles“ der Liegenschaft H***** durch Erhöhung des Aufgriffspreises zu Lasten des Erstklägers komme nach dem Wortlaut des Testaments nicht in Betracht. Die Festsetzung dieses Preises habe vielmehr so zu erfolgen, dass allein der von den Sachverständigen geschätzte Wert der Aufgriffsliegenschaft heranzuziehen und aus den insgesamt vier unterschiedlichen Werten das von der Erblasserin angeordnete „arithmetische Mittel“ zu errechnen sei. Umgekehrt erscheine es jedoch durchaus sachgerecht, bei der Feststellung des Werts der Restliegenschaft einen Wertverlust im Vergleich zum vorherigen Zustand zu berücksichtigen und zwar auch bei der EZ ***** und EZ *****. Hier würden daher die Schätzwerte der Sachverständigen, soweit diese die Abtrennung von Teilen der EZ ***** berücksichtige, heranzuziehen sein. In diesem Zusammenhang werde das Erstgericht vor der Aufteilung dieser „Restliegenschaften“ das von der Zweitklägerin gestellte Begehren nach Zuweisung der EZ ***** und der EZ ***** und das Begehren des Erstklägers nach Zuweisung auch der Restfläche der derzeitigen EZ ***** mit den Parteien zu erörtern haben. Gegebenenfalls sei den Parteien noch Gelegenheit zur Erstattung alternativer Teilungsvorschläge oder zu einer doch noch einvernehmlichen Lösung zu geben. Andernfalls sei zu berücksichtigen, dass die Einräumung von schlichtem Miteigentum im Umfang der Erbquoten von je 25 % dem erklärten Willen der Erblasserin nach Erhaltung der Liegenschaften im Familienbesitz kaum gerecht werden könnte, wären doch weitere Teilungsklagen zu erwarten, sodass es letztlich zu einer Zivilteilung und dem Verkauf an familienfremde Personen kommen würde. Diese dem Willen der Erblasserin keinesfalls entsprechende Folge könne durch die Zuweisung der Liegenschaften an einzelne Miterben, soweit dies nach den zu beachtenden Wertverhältnissen möglich erscheine, vermieden werden.

Diese Überlegungen würden im Wesentlichen auch für die vorzunehmende Aufteilung der Wohnungseigentumsobjekte und der Garage bzw der Miteigentumsanteile an der Liegenschaft EZ ***** KG Währing gelten. Hier würden die genauen Anordnungen der Erblasserin und die von den Sachverständigen festgestellten Werte der Wohneinheiten zu berücksichtigen sein. Das Erstgericht werde, nachdem es vor allem die beiden Töchter zuvor noch zu einem Vorbringen hinsichtlich der Zuweisung der Wohneinheiten W 1 und W 7 aufzufordern haben werde, eine Realteilung vorzunehmen haben.

Schließlich werde das Erstgericht (allenfalls unter Heranziehung des § 273 ZPO) noch Feststellungen über den Wert des Schmucks und den Umfang und den Wert des Mobiliars der Erblasserin zu treffen haben, da bisher nur höchst unterschiedliche Summen in verschiedenen vorliegenden Gutachten zitiert worden seien. Dies sei zur Bewertung der von der Erblasserin verfüigten Zuweisung vor allem des Schmucks an die Zweitklägerin und die Zweitbeklagte im Rahmen der Erbteilung erforderlich. Auch die Nachlasszugehörigkeit der drei Bilder der Maler Walde und Dichtl, die sich beim Erstkläger befänden, werde noch zu klären sein. Für die Berücksichtigung der vom Erstbeklagten erhobenen Schadenersatzansprüche gegen die Verlassenschaft bleibe kein Raum, weil diese - ebenso wie die behauptete Honorarforderung - nicht berechtigt seien. Es sei nicht ersichtlich, worin ein schuldhaftes Verhalten der Erblasserin gegenüber dem Erstbeklagten gelegen sein solle. Beim Abschluss des Mietvertrags mit dem Erstkläger im Jahr 1988

hätte sie entweder beabsichtigen oder zumindest erkennen müssen, dass sie mit einer bewusst zu niedrig gewählten Miete den Erstbeklagten als Miteigentümer des Hauses R***** schädige. Dafür bestehe kein Anhaltspunkt. Schließlich werde das Erstgericht (allenfalls unter Heranziehung des Paragraph 273, ZPO) noch Feststellungen über den Wert des Schmucks und den Umfang und den Wert des Mobiliars der Erblasserin zu treffen haben, da bisher nur höchst unterschiedliche Summen in verschiedenen vorliegenden Gutachten zitiert worden seien. Dies sei zur Bewertung der von der Erblasserin verfügten Zuweisung vor allem des Schmucks an die Zweitklägerin und die Zweitbeklagte im Rahmen der Erbteilung erforderlich. Auch die Nachlasszugehörigkeit der drei Bilder der Maler Walde und Dichtl, die sich beim Erstkläger befänden, werde noch zu klären sein. Für die Berücksichtigung der vom Erstbeklagten erhobenen Schadenersatzansprüche gegen die Verlassenschaft bleibe kein Raum, weil diese - ebenso wie die behauptete Honorarforderung - nicht berechtigt seien. Es sei nicht ersichtlich, worin ein schuldhaftes Verhalten der Erblasserin gegenüber dem Erstbeklagten gelegen sein solle. Beim Abschluss des Mietvertrags mit dem Erstkläger im Jahr 1988 hätte sie entweder beabsichtigen oder zumindest erkennen müssen, dass sie mit einer bewusst zu niedrig gewählten Miete den Erstbeklagten als Miteigentümer des Hauses R***** schädige. Dafür bestehe kein Anhaltspunkt.

Der Rekurs an den Obersten Gerichtshof sei zulässig, weil noch keine Rechtsprechung des Höchstgerichts zur Frage bestehe, ob die Aufnahme eines testamentarisch eingeräumten Aufgriffsrechts in ein vor der Einantwortung erhobenes Erbteilungsbegehren möglich sei.

Gegen den Aufhebungsbeschluss des Berufungsgerichts richtet sich der Rekurs der Zweitklägerin wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, den Spruch der angefochtenen Entscheidung zwar zu bestätigen, dem Erstgericht jedoch eine im Sinne der Rekursausführungen geänderte Rechtsansicht zu überbinden.

Die Beklagten beantragen in ihrer Rekursbeantwortung primär, in der Sache selbst zu entscheiden und das erstinstanzliche Urteil wiederherzustellen. Hilfsweise begehren sie, den Rekurs der Zweitklägerin als unzulässig zurückzuweisen bzw ihm nicht Folge zu geben, jedenfalls aber dem Erstgericht die im Sinne der Ausführungen in der Rekursbeantwortung geänderte Rechtsansicht zur Festsetzung des Übernahmepreises und zur Behandlung der Anrechnungen zu überbinden.

Der Erstbeklagte hat sich am Rekursverfahren nicht beteiligt.

Rechtliche Beurteilung

I. Zur Zulässigkeit des Rekurses:römisch eins. Zur Zulässigkeit des Rekurses:

1. Den Parteien steht der Rekurs gegen den Aufhebungsbeschluss nicht nur dann zu, wenn sie die Aufhebung der erstgerichtlichen Entscheidung bekämpfen, sondern auch dann, wenn sie lediglich die dem Erstgericht erteilten Aufträge und Bindungen anfechten, obwohl sich diese nur aus den Gründen des Beschlusses ergeben, da nicht nur die Aufhebung selbst, sondern auch eine nachteilige Rechtsansicht im Aufhebungsbeschluss die verfahrensrechtliche Stellung der Parteien beeinträchtigt (9 ObA 148/05p; RIS-Justiz RS0007094; E. Kodek in Rechberger, ZPO3 § 519 Rz 23). Auch jene Partei kann gegen einen Aufhebungsbeschluss im Berufungsverfahren Rekurs erheben, die selbst die Aufhebung erwirkt hat (RIS-Justiz RS0007094 [T5]; RIS-Justiz RS0043817 [T7]; E. Kodek aaO § 519 Rz 23). 1. Den Parteien steht der Rekurs gegen den Aufhebungsbeschluss nicht nur dann zu, wenn sie die Aufhebung der erstgerichtlichen Entscheidung bekämpfen, sondern auch dann, wenn sie lediglich die dem Erstgericht erteilten Aufträge und Bindungen anfechten, obwohl sich diese nur aus den Gründen des Beschlusses ergeben, da nicht nur die Aufhebung selbst, sondern auch eine nachteilige Rechtsansicht im Aufhebungsbeschluss die verfahrensrechtliche Stellung der Parteien beeinträchtigt (9 ObA 148/05p; RIS-Justiz RS0007094; E. Kodek in Rechberger, ZPO3 Paragraph 519, Rz 23). Auch jene Partei kann gegen einen Aufhebungsbeschluss im Berufungsverfahren Rekurs erheben, die selbst die Aufhebung erwirkt hat (RIS-Justiz RS0007094 [T5]; RIS-Justiz RS0043817 [T7]; E. Kodek aaO Paragraph 519, Rz 23).

2. Die Zweitklägerin stimmt der zweitinstanzlichen Lösung der den Zulassungsausspruch begründenden Rechtsfrage ausdrücklich zu. Selbst wenn daher das Berufungsgericht die Zulässigkeit des Rekurses zu Recht ausgesprochen haben sollte, hängt diese letztlich davon ab, ob die Zweitklägerin zumindest eine für die Entscheidung präjudizielle andere Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung geltend macht (RIS-Justiz RS0102059 [T3]). Diese Voraussetzung trifft hier zu. Der Rekurs ist zulässig, weil die in ihm bemängelte Auslegung des Testaments durch das Berufungsgericht in wesentlichen Punkten mit den Grundsätzen der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs tatsächlich nicht in Einklang zu bringen ist.

II. Zur Sache:römisch zwei. Zur Sache:

Der Rekurs ist teilweise berechtigt.

Die Zweitklägerin vertritt in ihrem Rechtsmittel die Ansicht, das Berufungsgericht sei zu Unrecht von einem unlöslichen Widerspruch der Teilungsanordnungen zu den Anrechnungsbestimmungen im Testament der Erblasserin ausgegangen. Es übersehe, dass der Erstkläger bei Geltendmachung des Aufgriffsrechts den Schätzwert der Aufgriffsliegenschaft an die Verlassenschaft zu zahlen habe und das Aufgriffsrecht somit wertneutral sei. Aus der Formulierung in Punkt 4. des Testaments, wonach die EZ ***** KG Grinzing „grundsätzlich“ zu gleichen Teilen an die Erben falle, sei abzuleiten, dass damit keine verbindliche Teilungsanordnung gemeint sei. Diese Bestimmung werde schon durch die Einräumung des Aufgriffsrechts an den Erstkläger ihrer Bedeutung weitgehend entkleidet. Die Anrechnung der Vorempfänge hätte entgegen der dem Berufungsgericht vorschwebenden Berechnung nach den Regeln des JB 114 vorgenommen werden müssen. Nach der Berechnung des Berufungsgerichts würden die Zweitklägerin und die Zweitbeklagte aus dem Nachlass jeweils um rund 1 Mio EUR weniger erhalten, als bei Anwendung der korrekten Berechnungsmethode, was durch die Heranziehung der „80 %-Regel“ des Testaments nur unzureichend abgemildert werde. Die Werte der den Söhnen zugedachten Eigentumswohnungen fänden im anteiligen Wert des Nachlasses volle Deckung. Die Überlegungen des Berufungsgerichts zu einer möglichen Verletzung von Pflichtteilsansprüchen seien obsolet, weil solche bisher nicht geltend gemacht worden seien und überdies verjährt wären.

Das Berufungsgericht gelange überdies zu einem unvertretbaren Auslegungsergebnis, wenn es primär auf die Sachzuweisungen und nur sekundär auf die Anrechnungsbestimmungen abstelle. Die Anrechnung von Vorempfängen bezwecke genau die von der Erblasserin gewollte Gleichbehandlung ihrer Kinder. Aus diesem Grund könnten die Anrechnungsbestimmungen für die Erblasserin nicht weniger wichtig gewesen sein, als die Teilungsanordnungen in ihrem Testament.

Sollte dennoch von einem Widerspruch auszugehen sein, der sich nicht im Wege der Auslegung lösen lasse, bestehe das in der Lehre mehrfach abgehandelte Problem des Widerspruchs zwischen Teilungsanordnung und Berufung der Erben zu bestimmten Quoten. Dieses sei im Sinne eines Vorrangs der Erbquoten zu lösen, sofern eine Begünstigungsabsicht des Erblassers nicht erkennbar sei. Demnach müssten entweder die Zuwendungen korrigiert werden oder es sei eine Ausgleichszahlung des durch die Teilungsanordnung faktisch begünstigten Miterben festzusetzen. Sollte aber doch vom Vorrang der Teilungsanordnung auszugehen sein, wäre eine anteilige Kürzung der Anrechnungen einem gänzlichen Wegfall vorzuziehen.

Hiezu wurde erwogen:

1. Erbteilungsklage:

1.1 Mit dem Tod eines Erblassers, der mehrere Erben hinterlässt, entsteht zwischen diesen zunächst bis zur Einantwortung eine sich auf das Erbrecht beziehende schlichte Rechtsgemeinschaft gemäß den §§ 825 ff ABGB (RIS-Justiz RS0012313). Nach der Einantwortung werden die Erben, solange keine Erbteilung stattfindet, Miteigentümer der körperlichen Nachlasssachen nach dem Verhältnis ihrer Erbteile. Die Gemeinschaft wird durch Erbteilung aufgehoben, die von jedem Miterben vor oder nach der Einantwortung verlangt werden kann, aber erst mit dieser dinglich wirksam wird; sie erfolgt entweder durch Erbteilungsübereinkommen, für welches Vertragsfreiheit herrscht, oder - mangels Einigung - durch Erbteilungsklage (2 Ob 123/07p mWN; RIS-Justiz RS0012311; Welser in Rummel, ABGB³ § 550 Rz 3; Apathy in KBB³ § 550 Rz 3). 1.1 Mit dem Tod eines Erblassers, der mehrere Erben hinterlässt, entsteht zwischen diesen zunächst bis zur Einantwortung eine sich auf das Erbrecht beziehende schlichte Rechtsgemeinschaft gemäß den Paragraphen 825, ff ABGB (RIS-Justiz RS0012313). Nach der Einantwortung werden die Erben, solange keine Erbteilung stattfindet, Miteigentümer der körperlichen Nachlasssachen nach dem Verhältnis ihrer Erbteile. Die Gemeinschaft wird durch Erbteilung aufgehoben, die von jedem Miterben vor oder nach der Einantwortung verlangt werden kann, aber erst mit dieser dinglich wirksam wird; sie erfolgt entweder durch Erbteilungsübereinkommen, für welches Vertragsfreiheit herrscht, oder - mangels Einigung - durch Erbteilungsklage (2 Ob 123/07p mWN; RIS-Justiz RS0012311; Welser in Rummel, ABGB³ Paragraph 550, Rz 3; Apathy in KBB³ Paragraph 550, Rz 3).

1.2 Die auf die Aufhebung der Erbengemeinschaft gerichtete Erbteilungsklage ist ein Fall der Teilungsklage nach § 830 ABGB (vgl. Gamerith in Rummel, ABGB³ § 830 Rz 4a; Werkusch in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 550 Rz 3). Das Klagebegehren ist auf Teilung unter Angabe des Wertverhältnisses der jedem Miterben zukommenden Portionen zu

richten. Die Teilung wird real, etwa durch Änderung in den ideellen Anteilen, oder zivil vorgenommen (7 Ob 525/90; RIS-Justiz RS0012312; Welser aaO § 550 Rz 3). In das Teilungsbegehren kann auch ein Teilungsvorschlag aufgenommen werden, wie ihn hier die Kläger erstattet haben (RIS-Justiz RS0004270). Bereits das Berufungsgericht hat allerdings zutreffend darauf hingewiesen, dass derartige Teilungsvorschläge, die auch von einem im Prozess auf Naturalteilung Beklagten erstattet werden können, das Gericht nur insoweit binden, als es eine Verhandlung und Entscheidung darüber nicht ablehnen kann. Davon abgesehen handelt es sich aber bei einem vom Kläger geltend gemachten Teilungsvorschlag nicht um ein echtes Klagebegehren. Hält das Gericht die vorgeschlagene Teilung für nicht sachgerecht, so darf es die Klage nicht abweisen, sondern es hat die ihm angemessen erscheinende Teilung zu verfügen (SZ 33/8; SZ 43/31; 7 Ob 625/93; 6 Ob 599/94; 5 Ob 23/00v; 9 Ob 48/04f; 5 Ob 151/08d; RIS-Justiz RS0004270, RS0113832). Eine die Art der Teilung regelnde Klage wird in Rechtsprechung und Lehre als (unvollkommene) Rechtsgestaltungsklage qualifiziert (5 Ob 151/08d; RIS-Justiz RS0013261, RS0113831; Gamerith aaO § 830 Rz 17; Sailer in KBB³ § 830 Rz 13 und § 841 Rz 6; vgl auch Klicka in Angst, EO² § 351 Rz 1).^{1.2} Die auf die Aufhebung der Erbengemeinschaft gerichtete Erbteilungsklage ist ein Fall der Teilungsklage nach Paragraph 830, ABGB vergleiche Gamerith in Rummel, ABGB³ Paragraph 830, Rz 4a; Werkusch in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 Paragraph 550, Rz 3). Das Klagebegehren ist auf Teilung unter Angabe des Wertverhältnisses der jedem Miterben zukommenden Portionen zu richten. Die Teilung wird real, etwa durch Änderung in den ideellen Anteilen, oder zivil vorgenommen (7 Ob 525/90; RIS-Justiz RS0012312; Welser aaO Paragraph 550, Rz 3). In das Teilungsbegehren kann auch ein Teilungsvorschlag aufgenommen werden, wie ihn hier die Kläger erstattet haben (RIS-Justiz RS0004270). Bereits das Berufungsgericht hat allerdings zutreffend darauf hingewiesen, dass derartige Teilungsvorschläge, die auch von einem im Prozess auf Naturalteilung Beklagten erstattet werden können, das Gericht nur insoweit binden, als es eine Verhandlung und Entscheidung darüber nicht ablehnen kann. Davon abgesehen handelt es sich aber bei einem vom Kläger geltend gemachten Teilungsvorschlag nicht um ein echtes Klagebegehren. Hält das Gericht die vorgeschlagene Teilung für nicht sachgerecht, so darf es die Klage nicht abweisen, sondern es hat die ihm angemessen erscheinende Teilung zu verfügen (SZ 33/8; SZ 43/31; 7 Ob 625/93; 6 Ob 599/94; 5 Ob 23/00v; 9 Ob 48/04f; 5 Ob 151/08d; RIS-Justiz RS0004270, RS0113832). Eine die Art der Teilung regelnde Klage wird in Rechtsprechung und Lehre als (unvollkommene) Rechtsgestaltungsklage qualifiziert (5 Ob 151/08d; RIS-Justiz RS0013261, RS0113831; Gamerith aaO Paragraph 830, Rz 17; Sailer in KBB³ Paragraph 830, Rz 13 und Paragraph 841, Rz 6; vergleiche auch Klicka in Angst, EO² Paragraph 351, Rz 1).

1.3 Nach ständiger Rechtsprechung ist eine Teilungsklage gegen alle Teilhaber zu richten, die nicht als Kläger auftreten; am Teilungsprozess müssen daher sämtliche Teilhaber, sei es als Kläger oder Beklagte, beteiligt sein. Mehrere klagende oder beklagte Teilhaber sind notwendige Streitgenossen iSd § 14 ZPO, bilden also eine (anspruchsgebundene) einheitliche Streitpartei (vgl 4 Ob 527/91; 4 Ob 548/91; 7 Ob 625/93; 5 Ob 12/09i; RIS-Justiz RS0013245; Gamerith aaO § 830 Rz 17a; Sailer aaO § 830 Rz 14; Fucik in Rechberger³ ZPO § 14 Rz 2).^{1.3} Nach ständiger Rechtsprechung ist eine Teilungsklage gegen alle Teilhaber zu richten, die nicht als Kläger auftreten; am Teilungsprozess müssen daher sämtliche Teilhaber, sei es als Kläger oder Beklagte, beteiligt sein. Mehrere klagende oder beklagte Teilhaber sind notwendige Streitgenossen iSd Paragraph 14, ZPO, bilden also eine (anspruchsgebundene) einheitliche Streitpartei vergleiche 4 Ob 527/91; 4 Ob 548/91; 7 Ob 625/93; 5 Ob 12/09i; RIS-Justiz RS0013245; Gamerith aaO Paragraph 830, Rz 17a; Sailer aaO Paragraph 830, Rz 14; Fucik in Rechberger³ ZPO Paragraph 14, Rz 2).

1.4 Im vorliegenden Fall sind zwar sämtliche Miterben am Prozess, nicht aber auch am gegenständlichen Rekursverfahren beteiligt. Dies schadet aber nichts, weil sich gemäß § 14 Satz 2 ZPO die Wirkung der Prozesshandlungen tätiger Streitgenossen auch auf die säumigen Streitgenossen erstreckt. Erhebt einer der Streitgenossen ein Rechtsmittel, so wirkt es auch zugunsten des Säumigen (10 Ob 47/11s mwN; Zechner in Fasching/Konecny² IV/1 § 505 Rz 14).^{1.4} Im vorliegenden Fall sind zwar sämtliche Miterben am Prozess, nicht aber auch am gegenständlichen Rekursverfahren beteiligt. Dies schadet aber nichts, weil sich gemäß Paragraph 14, Satz 2 ZPO die Wirkung der Prozesshandlungen tätiger Streitgenossen auch auf die säumigen Streitgenossen erstreckt. Erhebt einer der Streitgenossen ein Rechtsmittel, so wirkt es auch zugunsten des Säumigen (10 Ob 47/11s mwN; Zechner in Fasching/Konecny² IV/1 Paragraph 505, Rz 14).

Daran ändert auch nichts, dass für den Erstkläger an sich kein Anlass bestand, die ihn, nicht aber auch die Zweitklägerin begünstigende Rechtsansicht des Berufungsgerichts anzufechten, die zu einer gänzlichen

Vernachlässigung der Anrechnungsbestimmungen des Testaments führen könnte. Selbst bei der Annahme widersprechender Prozesserkklärungen würde der Grundsatz gelten, dass die dem Prozessstandpunkt der einheitlichen Streitpartei günstigste Erklärung maßgebend ist (4 Ob 527/91; 7 Ob 109/02h; Fucik aaO § 14 Rz 6). Dies sind hier jedenfalls die Rechtsmittelerklärungen der Zweitklägerin, die dem in erster Instanz erstatteten gemeinsamen Teilungsvorschlag der Kläger Rechnung tragen. Das bedeutet, dass das Ergebnis dieses Rekursverfahrens auch für den Erstkläger verbindlich ist. Daran ändert auch nichts, dass für den Erstkläger an sich kein Anlass bestand, die ihn, nicht aber auch die Zweitklägerin begünstigende Rechtsansicht des Berufungsgerichts anzufechten, die zu einer gänzlichen Vernachlässigung der Anrechnungsbestimmungen des Testaments führen könnte. Selbst bei der Annahme widersprechender Prozesserkklärungen würde der Grundsatz gelten, dass die dem Prozessstandpunkt der einheitlichen Streitpartei günstigste Erklärung maßgebend ist (4 Ob 527/91; 7 Ob 109/02h; Fucik aaO Paragraph 14, Rz 6). Dies sind hier jedenfalls die Rechtsmittelerklärungen der Zweitklägerin, die dem in erster Instanz erstatteten gemeinsamen Teilungsvorschlag der Kläger Rechnung tragen. Das bedeutet, dass das Ergebnis dieses Rekursverfahrens auch für den Erstkläger verbindlich ist.

2. Auslegung letztwilliger Verfügungen:

2.1 Bei der Auslegung letztwilliger Verfügungen ist zunächst vom Wortlaut und zwar von der gewöhnlichen Bedeutung der Worte auszugehen, wobei die Erklärung als Einheit in ihrem Gesamtzusammenhang zu betrachten ist (1 Ob 506/92; RIS-Justiz RS0012348). Am Wortlaut einer letztwilligen Verfügung ist aber nicht haften zu bleiben. Nach ständiger Rechtsprechung sind vielmehr auch außerhalb der Anordnung liegende Umstände aller Art, sonstige mündliche und schriftliche Äußerungen sowie ausdrückliche und konkludente Erklärungen des Erblassers zur Auslegung heranzuziehen. Die Auslegung soll möglichst so erfolgen, dass der vom Erblasser beabsichtigte Erfolg eintritt bzw wenigstens teilweise aufrecht bleibt. Allerdings muss die Auslegung in der letztwilligen Verfügung irgendeinen, wenn auch noch so geringen Anhaltspunkt finden und darf nicht völlig dem unzweideutig ausgedrückten Willen zuwiderlaufen („Aedeutungstheorie“). Außerhalb der Urkunde liegende Umstände, die einen Rückschluss auf den wahren Willen des Erblassers im Zeitpunkt der Errichtung der Urkunde erlauben, dürfen daher nicht zur Feststellung eines nicht erklärten Inhalts, wohl aber zur Auslegung des Inhalts der Verfügung herangezogen werden (2 Ob 128/10b mwN; RIS-Justiz RS0012340, RS0012342, RS0012367, RS0012372; vgl ferner Welser aaO §§ 552, 553 Rz 7 ff; Apathy aaO § 565 Rz 4 ff). Ist ein wirklicher Wille des Erblassers nicht zu ermitteln, weil der eingetretene Fall von ihm nicht bedacht wurde, greift die hypothetische Auslegung Platz, sofern der hypothetische Wille mit dem ausdrücklich erklärten Willen nicht im Widerspruch steht (6 Ob 189/98g; RIS-Justiz RS0012346).

2.1 Bei der Auslegung letztwilliger Verfügungen ist zunächst vom Wortlaut und zwar von der gewöhnlichen Bedeutung der Worte auszugehen, wobei die Erklärung als Einheit in ihrem Gesamtzusammenhang zu betrachten ist (1 Ob 506/92; RIS-Justiz RS0012348). Am Wortlaut einer letztwilligen Verfügung ist aber nicht haften zu bleiben. Nach ständiger Rechtsprechung sind vielmehr auch außerhalb der Anordnung liegende Umstände aller Art, sonstige mündliche und schriftliche Äußerungen sowie ausdrückliche und konkludente Erklärungen des Erblassers zur Auslegung heranzuziehen. Die Auslegung soll möglichst so erfolgen, dass der vom Erblasser beabsichtigte Erfolg eintritt bzw wenigstens teilweise aufrecht bleibt. Allerdings muss die Auslegung in der letztwilligen Verfügung irgendeinen, wenn auch noch so geringen Anhaltspunkt finden und darf nicht völlig dem unzweideutig ausgedrückten Willen zuwiderlaufen („Aedeutungstheorie“). Außerhalb der Urkunde liegende Umstände, die einen Rückschluss auf den wahren Willen des Erblassers im Zeitpunkt der Errichtung der Urkunde erlauben, dürfen daher nicht zur Feststellung eines nicht erklärten Inhalts, wohl aber zur Auslegung des Inhalts der Verfügung herangezogen werden (2 Ob 128/10b mwN; RIS-Justiz RS0012340, RS0012342, RS0012367, RS0012372; vergleiche ferner Welser aaO Paragraphen 552, 553, Rz 7 ff; Apathy aaO Paragraph 565, Rz 4 ff). Ist ein wirklicher Wille des Erblassers nicht zu ermitteln, weil der eingetretene Fall von ihm nicht bedacht wurde, greift die hypothetische Auslegung Platz, sofern der hypothetische Wille mit dem ausdrücklich erklärten Willen nicht im Widerspruch steht (6 Ob 189/98g; RIS-Justiz RS0012346).

2.2 Das Berufungsgericht erblickte zwischen den letztwilligen Teilungsanordnungen der Erblasserin und deren Anrechnungsbestimmungen einen unlösbaren Widerspruch. Im fortgesetzten Verfahren sei der Wille der Erblasserin dahin zu erforschen, welche dieser Verfügungen für sie wichtiger gewesen sei. Lasse sich dies nicht mehr klären, sei die Erbteilung unter gänzlichem Entfall der Anrechnungsbestimmungen durchzuführen.

Zu Recht wendet sich die Zweitklägerin gegen diese dem Erstgericht überbundene Rechtsansicht, die mit den dargelegten Auslegungsgrundsätzen nicht in Einklang zu bringen ist. Die Erblasserin hat ihrem Willen eindeutig dahin

Ausdruck verliehen, dass die von ihr angestrebte „möglichst gleichmäßige Verteilung“ ihres Vermögens (vgl. Punkt 7. des Testaments) unter Anrechnung ganz konkret bezeichneter Zuwendungen an ihre beiden Söhne zu erfolgen hat (Punkt 3. des Testaments). Zu Recht wendet sich die Zweitklägerin gegen diese dem Erstgericht überbundene Rechtsansicht, die mit den dargelegten Auslegungsgrundsätzen nicht in Einklang zu bringen ist. Die Erblasserin hat ihrem Willen eindeutig dahin Ausdruck verliehen, dass die von ihr angestrebte „möglichst gleichmäßige Verteilung“ ihres Vermögens (vergleiche Punkt 7. des Testaments) unter Anrechnung ganz konkret bezeichneter Zuwendungen an ihre beiden Söhne zu erfolgen hat (Punkt 3. des Testaments).

Die dem Berufungsgericht vorschwebende Lösung (im Sinne eines „entweder-oder“) stünde mit dem ausdrücklich erklärten Willen der Erblasserin im Widerspruch. Sie kommt daher nicht in Betracht. Es ist vielmehr durch Auslegung des Testaments nach anderen Wegen zu suchen, die dem Willen der Erblasserin auch in diesem Punkt möglichst entsprechen.

3. Anrechnungsanordnungen:

3.1 Bei der testamentarischen Erbfolge kommt es gemäß § 790 Satz 1 ABGB nur dann zur Anrechnung, wenn sie - wie hier - der Erblasser „ausdrücklich“ (im Sinne von hinreichend deutlich) anordnet. Im Zweifel kommt der Vorteil aus der Anrechnung allen anderen eingesetzten Erben zu (Kralik, Erbrecht [1983] 340 f; Welser aaO §§ 790-793 Rz 5; Eccher in Schwimann, ABGB³ III § 792 Rz 5; Umlauf, Die Anrechnung von Schenkungen und Vorempfängen im Erb- und Pflichtteilsrecht [2001] 63). Der Erblasser kann die Anrechnung jedem Erben hinsichtlich jeder Art von Zuwendung und unabhängig von § 794 ABGB in dem von ihm festgesetzten Betrag auferlegen, soweit er damit nicht Pflichtteilsansprüche verletzt (Eccher aaO § 792 Rz 5; Umlauf aaO 63 f; Aichberger-Beig in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Vermögensnachfolge [2010] § 4 Rz 10). Träfe Letzteres zu, so ist die Anrechnungsanordnung in ihrem beschränkenden Umfang dennoch nicht absolut nichtig, sondern lediglich nach § 774 ABGB anfechtbar (vgl. Kralik aaO 310 und 340; Eccher aaO § 792 Rz 5; Umlauf aaO 64). 3.1 Bei der testamentarischen Erbfolge kommt es gemäß Paragraph 790, Satz 1 ABGB nur dann zur Anrechnung, wenn sie - wie hier - der Erblasser „ausdrücklich“ (im Sinne von hinreichend deutlich) anordnet. Im Zweifel kommt der Vorteil aus der Anrechnung allen anderen eingesetzten Erben zu (Kralik, Erbrecht [1983] 340 f; Welser aaO Paragraphen 790 -, 793, Rz 5; Eccher in Schwimann, ABGB³ römisch drei Paragraph 792, Rz 5; Umlauf, Die Anrechnung von Schenkungen und Vorempfängen im Erb- und Pflichtteilsrecht [2001] 63). Der Erblasser kann die Anrechnung jedem Erben hinsichtlich jeder Art von Zuwendung und unabhängig von Paragraph 794, ABGB in dem von ihm festgesetzten Betrag auferlegen, soweit er damit nicht Pflichtteilsansprüche verletzt (Eccher aaO Paragraph 792, Rz 5; Umlauf aaO 63 f; Aichberger-Beig in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Vermögensnachfolge [2010] Paragraph 4, Rz 10). Träfe Letzteres zu, so ist die Anrechnungsanordnung in ihrem beschränkenden Umfang dennoch nicht absolut nichtig, sondern lediglich nach Paragraph 774, ABGB anfechtbar (vergleiche Kralik aaO 310 und 340; Eccher aaO Paragraph 792, Rz 5; Umlauf aaO 64).

3.2 Die Anrechnung ist primär so vorzunehmen, wie sie der Erblasser verfügte. Wurde keine entsprechende Regelung getroffen, so ist im Zweifel wie bei der gesetzlichen Erbfolge (Umlauf aaO 95), somit - trotz des Wortlauts des § 793 ABGB - wie bei der Pflichtteilsanrechnung (§§ 788 f ABGB) vorzugehen: Die anzurechnenden Posten werden zum Nachlass hinzugerechnet; davon werden die Werte der Erbteile ermittelt und von diesen die anrechnungspflichtigen Empfänge abgezogen (Apathy aaO § 793 Rz 1; Welser aaO §§ 790-793 Rz 10; Eccher aaO § 793 Rz 2; Bittner/Hawel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 793 Rz 1). Hat der Erblasser keine andere Anrechnungsmethode gewünscht, so ist diese Methode auch bei gewillkürter Anrechnung anzuwenden (Eccher aaO § 793 Rz 2; vgl. auch Weiß in Klang² III 938 f). 3.2 Die Anrechnung ist primär so vorzunehmen, wie sie der Erblasser verfügte. Wurde keine entsprechende Regelung getroffen, so ist im Zweifel wie bei der gesetzlichen Erbfolge (Umlauf aaO 95), somit - trotz des Wortlauts des Paragraph 793, ABGB - wie bei der Pflichtteilsanrechnung (Paragraphen 788, f ABGB) vorzugehen: Die anzurechnenden Posten werden zum Nachlass hinzugerechnet; davon werden die Werte der Erbteile ermittelt und von diesen die anrechnungspflichtigen Empfänge abgezogen (Apathy aaO Paragraph 793, Rz 1; Welser aaO Paragraphen 790 -, 793, Rz 10; Eccher aaO Paragraph 793, Rz 2; Bittner/Hawel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 Paragraph 793, Rz 1). Hat der Erblasser keine andere Anrechnungsmethode gewünscht, so ist diese Methode auch bei gewillkürter Anrechnung anzuwenden (Eccher aaO Paragraph 793, Rz 2; vergleiche auch Weiß in Klang² römisch drei 938 f).

3.3 Im vorliegenden Fall hat die Erblasserin in ihrem Testament über die Vorgangsweise bei der Anrechnung nichts verfügt. Die Zweitklägerin bemängelt daher zu Recht, dass das Berufungsgericht - wie im Übrigen auch Jd in ihrem im Auftrag der Beklagten erstatteten Privatgutachten (Beilage ./25) - bei seinen Berechnungen nicht von der dargestellten

Anrechnungsmethode ausgegangen ist. Unterstellt man wie das Berufungsgericht - ausreichend präzise Feststellungen liegen dazu noch nicht vor - einen Reinnachlass von rund 8 Mio EUR sowie anrechnungspflichtige Zuwendungen von je rund 2 Mio EUR an den Erstkläger und den Erstkbeklagten, so würden sich die Werte der vier Erbteile mit je 3 Mio EUR ergeben. Von diesen wären beim Erstkläger und beim Erstkbeklagten die Werte ihrer Vorauserpfänge wieder abzuziehen, sodass ihnen nach diesem Rechenbeispiel aus dem Nachlass noch Werte von je 1 Mio EUR zukommen müssten, um eine gleichmäßige Verteilung unter den Miterben zu erreichen. Darin fänden rein rechnerisch nicht nur die Werte der ihnen zugedachten Eigentumswohnungen Deckung, sondern zumindest teilweise auch noch der auf sie entfallende Anteil an der Liegenschaft EZ ***** KG Grinzing (dazu später).

3.4 Bereits an dieser Stelle ist festzuhalten, dass im Zusammenhang mit den anzurechnenden Posten noch einige klärungsbedürftige Fragen offen sind. Dies betrifft nicht nur die vom Berufungsgericht erkannte Unklarheit, ob die Anrechnungspflicht des Erstklägers auch die Nutzung des Objekts top 11 in der R***** umfasst, sondern auch den Umstand, dass der Erstkläger nach den Feststellungen bereits seit 1. 1. 1988 „geringe Mietbeträge“ an die Erblasserin zahlte, während die Gutachterin Mietzinszahlungen erst ab 1. 1. 1989 berücksichtigt hat. Auch der durch Sachvorbringen gestützte Einwand des Erstkbeklagten, die Erblasserin habe durch ihre Anrechnungsanordnungen bestehende Vereinbarungen (mit ihm) verletzt, ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht schlechthin unbeachtlich, weil auch im Wege von gewillkürten Anrechnungsbestimmungen nicht einseitig in ein zweiseitiges Rechtsgeschäft eingegriffen werden kann (vgl Umlauf aaO 64). Dies wird im fortzusetzenden Verfahren zu beachten sein.

3.4 Bereits an dieser Stelle ist festzuhalten, dass im Zusammenhang mit den anzurechnenden Posten noch einige klärungsbedürftige Fragen offen sind. Dies betrifft nicht nur die vom Berufungsgericht erkannte Unklarheit, ob die Anrechnungspflicht des Erstklägers auch die Nutzung des Objekts top 11 in der R***** umfasst, sondern auch den Umstand, dass der Erstkläger nach den Feststellungen bereits seit 1. 1. 1988 „geringe Mietbeträge“ an die Erblasserin zahlte, während die Gutachterin Mietzinszahlungen erst ab 1. 1. 1989 berücksichtigt hat. Auch der durch Sachvorbringen gestützte Einwand des Erstkbeklagten, die Erblasserin habe durch ihre Anrechnungsanordnungen bestehende Vereinbarungen (mit ihm) verletzt, ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht schlechthin unbeachtlich, weil auch im Wege von gewillkürten Anrechnungsbestimmungen nicht einseitig in ein zweiseitiges Rechtsgeschäft eingegriffen werden kann vergleiche Umlauf aaO 64). Dies wird im fortzusetzenden Verfahren zu beachten sein.

4. Teilungsanordnungen und Vorausvermächtnis:

4.1 Will der Erblasser einem besonders bezeichneten Erben einzelne Vermögensgegenstände des Nachlasses zuwenden, so muss er eine vorweggenommene Nachlassteilung in der letztwilligen Verfügung vornehmen. Dies kann durch eine Teilungsanordnung oder durch ein Vorausvermächtnis (§ 648 ABGB) geschehen (Bittner in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Vermögensnachfolge [2010] § 13 Rz 1).

4.1 Will der Erblasser einem besonders bezeichneten Erben einzelne Vermögensgegenstände des Nachlasses zuwenden, so muss er eine vorweggenommene Nachlassteilung in der letztwilligen Verfügung vornehmen. Dies kann durch eine Teilungsanordnung oder durch ein Vorausvermächtnis (Paragraph 648, ABGB) geschehen (Bittner in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Vermögensnachfolge [2010] Paragraph 13, Rz 1).

4.2 Das ABGB enthält zwar - anders als § 2048 BGB - keine ausdrückliche Regelung über die Zulässigkeit von Teilungsanordnungen des Erblassers, diese ist jedoch unbestritten (Apathy, Teilungsanordnung und Erbeinsetzung, JBl 2006, 137; M. Gruber, Erbteilungsübereinkommen und Testament, FS Welser [2004] 242). Sie verschafft dem betreffenden Miterben einen obligatorischen Anspruch gegen den oder die anderen Miterben, der durch rechtsgestaltende Erklärung geltend gemacht und im Rahmen der Erbteilung durchgesetzt werden kann (Apathy, JBl 2006, 138; Weiß aaO 170). Die Teilungsanordnung ändert nichts an den Erbquoten und regelt nur die Verteilung des Nachlasses. Sie ist für die Erben grundsätzlich bindend, diese können aber einvernehmlich eine abweichende Verteilung beschließen (Apathy, JBl 2006 137 f; Bittner aaO Rz 6; vgl auch Welser aaO § 550 Rz 4). Auch für das die Teilung durchführende Gericht ist die Teilungsanordnung zu berücksichtigen, soweit sie mit den gesetzlichen Vorschriften verträglich sind (Weiß aaO 170). Die durch die Teilungsanordnung den einzelnen Erben zugewiesenen Sachen sind wertmäßig auf den jeweiligen Erbteil anzurechnen (Apathy, JBl 2006, 139).

4.2 Das ABGB enthält zwar - anders als Paragraph 2048, BGB - keine ausdrückliche Regelung über die Zulässigkeit von Teilungsanordnungen des Erblassers, diese ist jedoch unbestritten (Apathy, Teilungsanordnung und Erbeinsetzung, JBl 2006, 137; M. Gruber, Erbteilungsübereinkommen und Testament, FS Welser [2004] 242). Sie verschafft dem betreffenden Miterben einen

obligatorischen Anspruch gegen den oder die anderen Miterben, der durch rechtsgestaltende Erklärung geltend gemacht und im Rahmen der Erbteilung durchgesetzt werden kann (Apathy, JBl 2006, 138; Weiß aaO 170). Die Teilungsanordnung ändert nichts an den Erbquoten und regelt nur die Verteilung des Nachlasses. Sie ist für die Erben grundsätzlich bindend, diese können aber einvernehmlich eine abweichende Verteilung beschließen (Apathy, JBl 2006 137 f; Bittner aaO Rz 6; vergleiche auch Welser aaO Paragraph 550, Rz 4). Auch für das die Teilung durchführende Gericht ist die Teilungsanordnung zu berücksichtigen, soweit sie mit den gesetzlichen Vorschriften verträglich sind (Weiß aaO 170). Die durch die Teilungsanordnung den einzelnen Erben zugewiesenen Sachen sind wertmäßig auf den jeweiligen Erbteil anzurechnen (Apathy, JBl 2006, 139).

4.3 Durch ein echtes Vorausvermächtnis (Prälegat) wird eine Sache einem Mit- oder Alleinerben ohne Anrechnung auf den Erbteil vermacht. Das Prälegat belastet also ohne besondere Anordnung des Erblassers alle Erben (einschließlich) des Prälegatars verhältnismäßig und begünstigt insoweit den Prälegatar gegenüber den anderen Miterben. Es hat zur Folge, dass dem derart bedachten Erben mehr zukommt, als es seiner Erbquote entspricht (Apathy, JBl 2006, 139; ders KBB³ § 648 Rz 2; Welser aaO § 648 Rz 1; Bittner aaO Rz 8). Der Begünstigte gilt als Vermächtnisnehmer. Das Legat gebührt ihm bei Fälligkeit (§ 685 ABGB) und ist bis zur rechtskräftigen Einantwortung gegen den ruhenden Nachlass, danach gegen die (übrigen) Erben durchsetzbar (Apathy, JBl 2006, 138; Bittner aaO Rz 8).

4.3 Durch ein echtes Vorausvermächtnis (Prälegat) wird eine Sache einem Mit- oder Alleinerben ohne Anrechnung auf den Erbteil vermacht. Das Prälegat belastet also ohne besondere Anordnung des Erblassers alle Erben (einschließlich) des Prälegatars verhältnismäßig und begünstigt insoweit den Prälegatar gegenüber den anderen Miterben. Es hat zur Folge, dass dem derart bedachten Erben mehr zukommt, als es seiner Erbquote entspricht (Apathy, JBl 2006, 139; ders KBB³ Paragraph 648, Rz 2; Welser aaO Paragraph 648, Rz 1; Bittner aaO Rz 8). Der Begünstigte gilt als Vermächtnisnehmer. Das Legat gebührt ihm bei Fälligkeit (Paragraph 685, ABGB) und ist bis zur rechtskräftigen Einantwortung gegen den ruhenden Nachlass, danach gegen die (übrigen) Erben durchsetzbar (Apathy, JBl 2006, 138; Bittner aaO Rz 8).

4.4 Demgegenüber erhält der Miterbe aufgrund eines unechten Prälegats (Hineinvermächtnisses) nicht mehr, als seiner Erbquote entspricht. Es ist deshalb nach überwiegender Ansicht gar nicht als echtes Legat zu behandeln, sondern als Teilungsanordnung, wodurch der bedachte Miterbe die ihm zugedachte Sache nicht als Legatar sondern als Erbe erwirbt (Welser aaO § 648 Rz 5; Eccher aaO § 648 Rz 2; Bittner aaO Rz 4 f; Weiß aaO 496; Eigner, Einzelzuwendungen an die Erben, NZ 1980, 142 [143]; aA Apathy, JBl 2006, 139; ders KBB³ § 648 Rz 3; Kralik aaO 208). Uneinigkeit besteht auch in der Frage, ob im Zweifel von einem echten (so Apathy, KBB³ § 648 Rz 4; Eccher aaO § 648 Rz 3; Kralik aaO 208; Spruzina in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 648 Rz 5), oder unechten (so Welser aaO § 648 Rz 5; Eigner aaO 143 mit Hinweis auf GIU 13) Prälegat auszugehen ist (vgl auch 2 Ob 315/52 = JBl 1953, 236, wo der Erblasser ausdrücklich das Wort „Vorausvermächtnis“ gebraucht hatte).

4.4 Demgegenüber erhält der Miterbe aufgrund eines unechten Prälegats (Hineinvermächtnisses) nicht mehr, als seiner Erbquote entspricht. Es ist deshalb nach überwiegender Ansicht gar nicht als echtes Legat zu behandeln, sondern als Teilungsanordnung, wodurch der bedachte Miterbe die ihm zugedachte Sache nicht als Legatar sondern als Erbe erwirbt (Welser aaO Paragraph 648, Rz 5; Eccher aaO Paragraph 648, Rz 2; Bittner aaO Rz 4 f; Weiß aaO 496; Eigner, Einzelzuwendungen an die Erben, NZ 1980, 142 [143]; aA Apathy, JBl 2006, 139; ders KBB³ Paragraph 648, Rz 3; Kralik aaO 208). Uneinigkeit besteht auch in der Frage, ob im Zweifel von einem echten (so Apathy, KBB³ Paragraph 648, Rz 4; Eccher aaO Paragraph 648, Rz 3; Kralik aaO 208; Spruzina in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 Paragraph 648, Rz 5), oder unechten (so Welser aaO Paragraph 648, Rz 5; Eigner aaO 143 mit Hinweis auf GIU 13) Prälegat auszugehen ist vergleiche auch 2 Ob 315/52 = JBl 1953, 236, wo der Erblasser ausdrücklich das Wort „Vorausvermächtnis“ gebraucht hatte).

4.5 Einen Sonderfall bildet die Einräumung eines Aufgriffsrechts:

4.5.1 Das Aufgriffsrecht ist gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt. Es ist das einem Erben oder einem Dritten zustehende Recht, den Nachlass oder bestimmte Teile davon gegen Zahlung eines Übernahmepreises zu erwerben (8 Ob 594/85; 1 Ob 161/98b; RIS-Justiz RS0012830; Welser aaO § 550 Anh Rz 1; Eccher aaO § 653 Rz 2). Die Ausgestaltung des Aufgriffsrechts obliegt bei letztwilligen Verfügungen dem Erblasser, es gibt keine allgemein gültigen Regeln. Zweifel sind durch Auslegung der letztwilligen Anordnung zu klären (1 Ob 161/98b mwN; Welser aaO § 550 Anh Rz 2). Die Einräumung des Rechts begründet einen schuldrechtlichen Anspruch des Aufgriffsberechtigten, der sich bis zur Einantwortung gegen den ruhenden Nachlass richtet, danach gegen die Erben (Welser aaO § 550 Anh Rz 3).

4.5.1 Das Aufgriffsrecht ist gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt. Es ist das einem Erben oder einem Dritten zustehende Recht, den Nachlass oder bestimmte Teile davon gegen Zahlung eines Übernahmepreises zu erwerben

(8 Ob 594/85; 1 Ob 161/98b; RIS-Justiz RS0012830; Welser aaO Paragraph 550, Anh Rz 1; Eccher aaO Paragraph 653, Rz 2). Die Ausgestaltung des Aufgriffsrechts obliegt bei letztwilligen Verfügungen dem Erblasser, es gibt keine allgemein gültigen Regeln. Zweifel sind durch Auslegung der letztwilligen Anordnung zu klären (1 Ob 161/98b mwN; Welser aaO Paragraph 550, Anh Rz 2). Die Einräumung des Rechts begründet einen schuldrechtlichen Anspruch des Aufgriffsberechtigten, der sich bis zur Einantwortung gegen den ruhenden Nachlass richtet, danach gegen die Erben (Welser aaO Paragraph 550, Anh Rz 3).

4.5.2 Das einem Miterben letztwillig eingeräumte Aufgriffsrecht wird in Lehre und Rechtsprechung überwiegend als bloße Erbteilungsanordnung angesehen (SZ 15/112; SZ 23/180; 1 Ob 108/54 = EFSlg 1463; Apathy in KBB³ § 653 Rz 3; Bittner aaO Rz 7; Eccher aaO § 653 Rz 4), wobei die Durchführung der Teilung von der Geltendmachung durch den Aufgriffsberechtigten abhängt (Welser aaO § 550 Anh Rz 7). Es kann aber auch Gegenstand eines Vorausvermächtnisses (als Unterfall des sog legatum venditionis) sein (Kralik aaO 216; Eccher aaO § 653 Rz 1 und 5; vgl auch Welser in Rummel, § 550 Anh Rz 7, der den für das Legat charakteristischen Vorteil ungeachtet der Höhe des Übernahme-preises in der Einräumung des Wahlrechts an den Aufgriffsberechtigten sieht; ders § 647 Rz 4; aA hingegen Weiß aaO 496 f). Für die Pflicht zum Abschluss des Kaufvertrags gilt dann Vermächtnisrecht, der Vertrag selbst und seine Erfüllung richten sich nach Schuldrecht (Kralik aaO 216; Welser aaO § 647 Rz 4). Erreicht aber die Leistung des Legatars (der Übernahme-preis) den Wert der Sache oder übersteigt er denselben, ist von einem Hineinvermächtnis, im Ergebnis also wieder von einer Teilungsanordnung auszugehen (vgl Welser aaO § 648 Rz 5; Kralik aaO 216; Weiß aaO 496 f).

4.5.2 Das einem Miterben letztwillig eingeräumte Aufgriffsrecht wird in Lehre und Rechtsprechung überwiegend als bloße Erbteilungsanordnung angesehen (SZ 15/112; SZ 23/180; 1 Ob 108/54 = EFSlg 1463; Apathy in KBB³ Paragraph 653, Rz 3; Bittner aaO Rz 7; Eccher aaO Paragraph 653, Rz 4), wobei die Durchführung der Teilung von der Geltendmachung durch den Aufgriffsberechtigten abhängt (Welser aaO Paragraph 550, Anh Rz 7). Es kann aber auch Gegenstand eines Vorausvermächtnisses (als Unterfall des sog legatum venditionis) sein (Kralik aaO 216; Eccher aaO Paragraph 653, Rz 1 und 5; vergleiche auch Welser in Rummel, Paragraph 550, Anh Rz 7, der den für das Legat charakteristischen Vorteil ungeachtet der Höhe des Übernahme-preises in der Einräumung des Wahlrechts an den Aufgriffsberechtigten sieht; ders Paragraph 647, Rz 4; aA hingegen Weiß aaO 496 f). Für die Pflicht zum Abschluss des Kaufvertrags gilt dann Vermächtnisrecht, der Vertrag selbst und seine Erfüllung richten sich nach Schuldrecht (Kralik aaO 216; Welser aaO Paragraph 647, Rz 4). Erreicht aber die Leistung des Legatars (der Übernahme-preis) den Wert der Sache oder übersteigt er denselben, ist von einem Hineinvermächtnis, im Ergebnis also wieder von einer Teilungsanordnung auszugehen vergleiche Welser aaO Paragraph 648, Rz 5; Kralik aaO 216; Weiß aaO 496 f).

4.6 Probleme entstehen, wenn der Erblasser einzelnen Erben mehr zuweist, als es deren Erbteil entspricht, wobei der Überschuss auch aufgrund anrechnungspflichtiger Vorauserpfindungen entstehen kann. Mit dieser Problematik haben sich in der Literatur vor allem Welser (Berufung zu Erbquoten und Zuweisung einzelner Sachen, FS Rechberger [2005] 709) und Apathy (JBI 2006, 137) eingehend befasst:

4.6.1 Welser sieht zunächst als einfachste und dogmatisch sauberste Lösung dieses Falls, bei dem übermäßig Bedachten Vorausvermächtnisse (§ 648 ABGB) anzunehmen, sodass der Begünstigte die Sachzuweisung als Prälegat und die Quote am verbleibenden Nachlass als Erbe bekommt. Diese Lösung würde aber nach Ansicht des Autors (ua) an einer ausdrücklichen Verfügung des Erblassers scheitern, wonach entweder der Empfänger die Sachzuwendungen als Erbe erhalten soll oder die Zuwendungen auf den Erbteil anzurechnen sind. Dasselbe soll gelten, wenn der Erblasser von einer für seine Erben geltenden „Teilungsanordnung“ spricht. Dann läge, so Welser, zwar die Figur des Hineinvermächtnisses oder der Teilungsanordnung nahe, die allerdings unpassend sei, wenn die Zuwendungen an manche Erben weit über deren Quote hinausgehen würden. Dann erwürbe ein Begünstigter Teile als Erbe und Teile als Vermächtnisnehmer, was meist nicht dem Erblasserwillen entspreche.

4.6.1 Welser sieht zunächst als einfachste und dogmatisch sauberste Lösung dieses Falls, bei dem übermäßig Bedachten Vorausvermächtnisse (Paragraph 648, ABGB) anzunehmen, sodass der Begünstigte die Sachzuweisung als Prälegat und die Quote am verbleibenden Nachlass als Erbe bekommt. Diese Lösung würde aber nach Ansicht des Autors (ua) an einer ausdrücklichen Verfügung des Erblassers scheitern, wonach entweder der Empfänger die Sachzuwendungen als Erbe erhalten soll oder die Zuwendungen auf den Erbteil anzurechnen sind. Dasselbe soll gelten, wenn der Erblasser von einer für seine Erben geltenden „Teilungsanordnung“ spricht. Dann läge, so Welser, zwar die Figur des Hineinvermächtnisses oder der

Teilungsanordnung nahe, die allerdings unpassend sei, wenn die Zuwendungen an manche Erben weit über deren Quote hinausgehen würden. Dann erwürbe ein Begünstigter Teile als Erbe und Teile als Vermächtnisnehmer, was meist nicht dem Erblasserwillen entspreche.

Ein deutliches Auseinanderklaffen von Erbquoten und Sachzuweisungen setze wohl einen Irrtum des Erblassers voraus. Es sei danach zu fragen, ob sich dieser Irrtum auf den Wert der Zuwendungen (Variante 1) oder auf die Relevanz oder die Höhe der Quote (Variante 2) bezogen habe.

a) Die erste Variante sei dadurch gekennzeichnet, dass dem Erblasser eine relativ fixe Verteilung des Gesamtwerts an bestimmte Personen vorgeschwebt sei, zu deren Realisierung er eine ihm sinnvoll erscheinende, oft auch von anderen Motiven getragene Zuordnung der Nachlassgegenstände vorgenommen habe. Unter dieser Voraussetzung könne der Irrtum nur in der zu einer überproportionalen Zuwendung führenden Beurteilung des Werts der Sachen gelegen sein. Eine an den Quoten orientierte Korrektur der Sachzuweisung könne dadurch erfolgen, dass die Zuweisung, so weit dies möglich erscheine, erweitert oder gekürzt oder ein Restnachlass zum Ausgleich verwendet werde.

b) Im zweiten Fall habe der Erblasser bestimmten Erben jedenfalls bestimmte Sachen zukommen lassen wollen, dabei aber über die Höhe der aufgrund der Sachzuwendungen zu bestimmenden Quote geirrt. Für die Lösung dieser Fälle böten die §§ 556 ff ABGB eine Rechtfertigung für eine zur Durchsetzung des wahren Erblasserwillens notwendige Richtigstellung der Wertzuweisungen oder der Quoten. b) Im zweiten Fall habe der Erblasser bestimmten Erben jedenfalls bestimmte Sachen zukommen lassen wollen, dabei aber über die Höhe der aufgrund der Sachzuwendungen zu bestimmenden Quote geirrt. Für die Lösung dieser Fälle böten die Paragraphen 556, ff ABGB eine Rechtfertigung für eine zur Durchsetzung des wahren Erblasserwillens notwendige Richtigstellung der Wertzuweisungen oder der Quoten.

c) Schließlich könnten besondere Umstände im Einzelfall sowohl für die erste als auch für die zweite Variante immer wieder zu anderen, vielleicht sogar gegenteiligen Ergebnissen führen. Die Auslegung müsse aber jedenfalls einen Weg finden, um den Willen des Erblassers möglichst aufrecht zu erhalten („favor testamenti“).

4.6.2 Apathy unterscheidet für die Abgrenzung zwischen Teilungsanordnung und Vermächtnis unter Bedachtnahme auf die von ihm näher dargestellte Rechtslage in Deutschland danach, ob der Testator den „überquotale“ bedachten Miterben gegenüber den anderen Miterben begünstigen wollte oder nicht (so auch Eigner aaO 143). Die Begünstigung könne auch darin gesehen werden, dass einem Miterben aufgrund einer Teilungsanordnung Sachen zufielen, die mehr wert seien, als es der Erbquote entspreche und keine Ausgleichszahlung geleistet werden müsse. Genau genommen handle es sich bei dieser Zuwendung bis zur Erbquote um ein Hineinvermächtnis oder um einen Erwerb als Erbe, darüber hinaus um ein echtes Prälegat.

Ob der Erblasser eine solche Begünstigung eines Miterben gewollt habe, sei eine Frage der Auslegung der letztwilligen Verfügung. Dabei spiele auch eine erhebliche Rolle, ob der Testator im Zusammenhang mit der Abfassung der letztwilligen Verfügung rechtskundig beraten worden sei.

Habe der Testator keine Begünstigung gewollt, aber doch einem Miterben durch die Teilungsanordnung mehr zugedacht, als es dessen Anteil entspreche, so bedürfe es einer Korrektur. Diese könnte entweder dadurch erfolgen, dass die Teilungsanordnung an den Erbteil anzupassen, also die Zuwendung analog § 692 ABGB zu kürzen, oder dem begünstigten Miterben eine Ausgleichszahlung gegenüber den anderen Miterben aufzuerlegen sei. Letzterem sei der Vorzug zu geben, weil diese Lösung eher dem Erblasserwillen entsprechen werde, als eine Kürzung der Zuwendungen. Habe der Testator keine Begünstigung gewollt, aber doch einem Miterben durch die Teilungsanordnung mehr zugedacht, als es dessen Anteil entspreche, so bedürfe es einer Korrektur. Diese könnte entweder dadurch erfolgen, dass die Teilungsanordnung an den Erbteil anzupassen, also die Zuwendung analog Paragraph 692, ABGB zu kürzen, oder dem begünstigten Miterben eine Ausgleichszahlung gegenüber den anderen Miterben aufzuerlegen sei. Letzterem sei der Vorzug zu geben, weil diese Lösung eher dem Erblasserwillen entsprechen werde, als eine Kürzung der Zuwendungen.

Für die Ermittlung des erblasserischen Willens - ob nämlich ein Miterbe gegenüber den anderen begünstigt werden solle - sei somit von erheblicher Bedeutung, ob die Sachzuwendung als Teilungsanordnung oder als Vermächtnis deklariert sei. Sei in der letztwilligen Verfügung ausdrücklich von einer Teilungsanordnung die Rede, so spreche dies dafür, dass der vom Erblasser überquotale bedachte Miterbe ausgleichspflichtig sei, solange dieser nicht beweisen könne, dass ihn der Erblasser über die Erbquote hinaus zu Lasten der anderen Miterben bedenken habe wollen (für

die Ausgleichspflicht auch Bittner aaO Rz 5).

5. Auslegung im konkreten Fall:

5.1 Die Feststellungen des Erstgerichts über die Gepflogenheit der Erblasserin, in Rechtsfragen einen ihr vertrauten Rechtsanwalt zu Rate zu ziehen, legen ebenso wie die Systematik und die Diktion der Verfügung nahe, dass sie sich auch bei der Abfassung des Testaments eines fachkundigen Rechtsbeistands bediente (zu diesem Kriterium Punkt 4.6.2). Es ist daher davon auszugehen, dass der eine „Erbteilung“ anordnende Punkt 2. des Testaments tatsächlich eine (echte) Teilungsanordnung enthält (vgl. dagegen die Punkte 5. und 6., wo von „vermachen“, „Vorausvermächtnis“ und „Legat“ die Rede ist). Die von dieser Regelung erfassten Nachlassgegenstände sind daher auf die Erbteile anzurechnen, in denen ihr jeweiliger Wert auch Deckung findet (siehe Punkt 3.3).

5.1 Die Feststellungen des Erstgerichts über die Gepflogenheit der Erblasserin, in Rechtsfragen einen ihr vertrauten Rechtsanwalt zu Rate zu ziehen, legen ebenso wie die Systematik und die Diktion der Verfügung nahe, dass sie sich auch bei der Abfassung des Testaments eines fachkundigen Rechtsbeistands bediente (zu diesem Kriterium Punkt 4.6.2). Es ist daher davon auszugehen, dass der eine „Erbteilung“ anordnende Punkt 2. des Testaments tatsächlich eine (echte) Teilungsanordnung enthält (vergleiche dagegen die Punkte 5. und 6., wo von „vermachen“, „Vorausvermächtnis“ und „Legat“ die Rede ist). Die von dieser Regelung erfassten Nachlassgegenstände sind daher auf die Erbteile anzurechnen, in denen ihr jeweiliger Wert auch Deckung findet (siehe Punkt 3.3).

5.2 Schwieriger ist die Beurteilung der Frage, wie Punkt 4. des Testaments zu verstehen ist:

5.2.1 In diesem Zusammenhang ist zunächst dem Rekursargument zu widersprechen, nach welchem der erste Teil dieser Bestimmung wegen der Verwendung des Worts „grundsätzlich“ keine „verbindliche Teilungsanordnung“ enthalten und schon durch die nachfolgende Einräumung eines Aufgriffsrechts zugunsten des Erstklägers „ihrer Bedeutung weitgehend entkleidet“ sein soll. Nach dem klaren Sinngehalt dieser Anordnung stand vielmehr für die Erblasserin die Zuwendung des für sie besonders wichtigen Liegenschaftsbesitzes der EZ ***** KG Grinzing „zu gleichen Teilen“ an die Erben im Vordergrund. Dem Erstkläger stand es hingegen frei, das ihm eingeräumte Aufgriffsrecht gegen Zahlung eines dem Schätzwert der betreffenden Grundstücksteile entsprechenden Übernahmepreises zu übernehmen oder auch nicht. Er konnte von dem Recht Gebrauch machen, musste dies aber nicht.

5.2.2 Wie die Zweitklägerin in ihrem Rechtsmittel allerdings zutreffend hervorhebt, ist die Ausübung des Aufgriffsrechts für den Nachlass und den aufgriffsberechtigten Erstkläger wertneutral. Der ideelle Nutzen, den er daraus zu ziehen vermag, rechtfertigt zwar im Sinne der in Punkt 4.5.2 erörterten Lehrmeinungen Welsers, Kraliks und Ecchers die Beurteilung des Aufgriffsrechts als Vermächtnis, es ist jedoch - wegen seiner Wertneutralität - von einem unechten Prälegat (Hineinvermächtnis) auszugehen, das wie eine Teilungsanordnung wirkt und entgegen der Auffassung der Beklagten der Einbeziehung in das Erbteilungsverfahren grundsätzlich nicht entgegensteht. Insbesondere ist eine gesonderte Vermächtnisklage nicht erforderlich.

5.2.3 Im Testament wurde das Aufgriffsrecht dem Erstkläger als Recht eingeräumt, bestimmte Grundstücksteile gegen Auszahlung des anteiligen Schätzwerts an die Erben zu „übernehmen“. Erst im späteren Schreiben vom 7. 6. 1992 ist davon die Rede, dass der Erstkläger die betroffenen Grundstücksteile seinen Geschwistern „abkaufen“ können soll. Trotz dieser scheinbaren Präzisierung ist die Anordnung in ihrem Gesamtzusammenhang im Sinne einer Option zu verstehen, also der Einräumung eines Gestaltungsrechts durch einseitige Erklärung, bei der sogleich die Leistung beansprucht werden kann (vgl. RIS-Justiz RS0115633; Bollenberger in KBB³ § 861 Rz 10).

5.2.3 Im Testament wurde das Aufgriffsrecht dem Erstkläger als Recht eingeräumt, bestimmte Grundstücksteile gegen Auszahlung des anteiligen Schätzwerts an die Erben zu „übernehmen“. Erst im späteren Schreiben vom 7. 6. 1992 ist davon die Rede, dass der Erstkläger die betroffenen Grundstücksteile seinen Geschwistern „abkaufen“ können soll. Trotz dieser scheinbaren Präzisierung ist die Anordnung in ihrem Gesamtzusammenhang im Sinne einer Option zu verstehen, also der Einräumung eines Gestaltungsrechts durch einseitige Erklärung, bei der sogleich die Leistung beansprucht werden kann (vergleiche RIS-Justiz RS0115633; Bollenberger in KBB³ Paragraph 861, Rz 10).

5.2.4 Da der Erstkläger das Aufgriffsrecht bereits „geltend gemacht“ hat, werden die betroffenen Grundstücksteile durch die Forderung des ruhenden Nachlasses auf Erstattung des Übernahmepreises ersetzt (SZ 26/64). Bei einer teilbaren Nachlassforderung tritt aber die Aufhebung der Gemeinschaft mit Rechtskraft der Einantwortung ex lege ein. Sie zerfällt in selbständige obligatorische Teilforderungen iSd §§ 888 f ABGB nach Maßgabe der Erbteile, die von den

einzelnen Miterben geltend gemacht werden können (6 Ob 599/94). Derartige Nachlassforderungen könnten daher nur bis zur Einantwortung Gegenstand einer Erbteilung sein. 5.2.4 Da der Erstkläger das Aufgriffsrecht bereits „geltend gemacht“ hat, werden die betroffenen Grundstücksteile durch die Forderung des ruhenden Nachlasses auf Erstattung des Übernahmepreises ersetzt (SZ 26/64). Bei einer teilbaren Nachlassforderung tritt aber die Aufhebung der Gemeinschaft mit Rechtskraft der Einantwortung ex lege ein. Sie zerfällt in selbständige obligatorische Teilforderungen iSd Paragraphen 888, f ABGB nach Maßgabe der Erbteile, die von den einzelnen Miterben geltend gemacht werden können (6 Ob 599/94). Derartige Nachlassforderungen könnten daher nur bis zur Einantwortung Gegenstand einer Erbteilung sein.

5.2.5 Die in der Rekursbeantwortung (abermals) aufgeworfene Frage, ob der Erstkläger nach Geltendmachung des Aufgriffsrechts den Miterben auch den dadurch bedingten Wertverlust der Restliegenschaft abgelten müsse, hat mit dem Übernahmepreis für die „Aufgriffsfläche“ nichts zu tun, der nach den detaillierten Vorgaben der Erblasserin zu ermitteln ist. Darauf, ob einzelne der befassten Schätzgutachter diese Problematik „von sich aus“ aufgegriffen und den Wertverlust in den Übernahmepreis einbezogen haben, kommt es nicht an, weil den Gutachtern nach der insoweit klaren Anordnung der Erblasserin lediglich die Ermittlung des auszuzahlenden Betrags in Höhe des anteiligen Schätzwerts der übernommenen Grundstücksteile oblegen ist.

Die in diesem Zusammenhang von den Beklagten erblickte Aktenwidrigkeit liegt nicht vor (§ 510 Abs 3 dritter Satz ZPO). Die in diesem Zusammenhang von den Beklagten erblickte Aktenwidrigkeit liegt nicht vor (Paragraph 510, Absatz 3, dritter Satz ZPO).

Im Übrigen trifft die Wertminderung der Restflächen sämtliche Miterben gleichermaßen (also auch den Erstkläger) und ist logische und wohl auch bedachte Konsequenz des von der Erblasserin nur in einem bestimmtem Umfang eingeräumten Aufgriffsrechts. Ersatzansprüche des ruhenden Nachlasses (nach Einantwortung: der Erben) gegen den Erstkläger sind daraus nicht ableitbar.

6. Zusammenfassung und vorläufiges Ergebnis:

6.1 Im fortgesetzten Verfahren wird das Erstgericht vorrangig präzise Feststellungen über Umfang und Wert des Nachlasses sowie über die Anrechnungsposten (Punkt 3.4) zu treffen haben, wobei auch die aktenkundigen Nachlassverbindlichkeiten zu berücksichtigen sind. Sodann werden nach Abzug der Legate unter Bedachtnahme auf die anzurechnenden Vorausempfänge die Erbteile aller Miterben wertmäßig zu bestimmen sein. Auf diese sind sodann die durch die Teilungsanordnung der Erblasserin im Einzelnen verfügten Zuwendungen anzurechnen. Die Auflösung der danach verbleibenden Widersprüche zwischen Erbteilen und Sachzuweisungen ist im Sinne der Vorschläge von Welser und Apathy (Punkt 4.6) entweder durch Kürzung bzw Erweiterung einzelner Sachzuweisungen oder durch eine Korrektur der Quoten, allenfalls auch durch die Auferlegung von Ausgleichszahlungen herbeizuführen. Dabei ist zu beachten, dass die Erblasserin eine „möglichst gleichmäßige Verteilung“ ihres Vermögens bewirken wollte und diesem Wunsch - unter Berücksichtigung der anzurechnenden Zuwendungen - nach Möglichkeit Rechnung zu tragen ist. Als von ihr vorgesehenes Korrektiv kommt auch Punkt 7. des Testaments in Betracht.

6.2 Welche der denkbaren Lösungsvarianten dem Willen der Erblasserin am ehesten entsprechen würde, kann nach dem derzeitigen Stand des Verfahrens noch nicht beurteilt werden. Das Berufungsgericht hielt ergänzende Feststellungen zum (hypothetischen) Willen der Erblasserin für erforderlich. Dem kann der Oberste Gerichtshof, der nicht Tatsacheninstanz ist, nicht entgegengetreten (RIS-Justiz RS0042179). Das Erstgericht wird demnach die dargestellte Rechtslage mit den Parteien zu erörtern und das Verfahren in diesem Sinne wie auch im Sinne der hier unbeanstandet gebliebenen Aufträge des Berufungsgerichts zu ergänzen haben. Auf weitere Detailfragen ist im derzeitigen Verfahrensstadium noch nicht einzugehen.

6.3 Da sich an der Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils durch das Berufungsgericht nichts ändert, kann der Spruch nur dahin lauten, dass dem Rekurs nicht Folge gegeben wird (9 ObA 148/05p mwN).

6.4 Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 ZPO. 6.4 Der Kostenvorbehalt gründet sich auf Paragraph 52, ZPO.

Textnummer

E100794

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2012:0020OB00041.11K.0424.000

Im RIS seit

30.05.2012

Zuletzt aktualisiert am

28.03.2014

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at