

# TE OGH 1998/5/19 10b30/98p

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 19.05.1998

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr.Schlosser als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr.Schiemer, Dr.Gerstenecker, Dr.Rohrer und Dr.Zechner als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Helmut K\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr.Hans Günther Medwed, Mag.Heinz Kupferschmid und Mag.Michael Medwed, Rechtsanwälte in Graz, wider die beklagte Partei Gerda W\*\*\*\*\*, Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch Dr.Herbert Hüttner, Rechtsanwalt in Graz, wegen Legatserfüllung (Streitwert 500.000,-- S), infolge außerordentlicher Revision und Rekurses der klagenden Partei gegen das Teilurteil und den Beschluß des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgerichts vom 2.Oktober 1997, GZ 4 R 158/97f-69, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Graz vom 2.Mai 1997, GZ 23 Cg 17/94w-61, insoweit bestätigt und infolge Berufung der beklagten Partei insoweit aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

## Spruch

I. Die außerordentliche Revision der klagenden Partei wird zurückgewiesen.römisch eins. Die außerordentliche Revision der klagenden Partei wird zurückgewiesen.

II. Dem Rekurs wird Folge gegeben.römisch II. Dem Rekurs wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluß wird dahin abgeändert, daß

1. das Ersturteil in Punkt 2.) soweit ersatzlos behoben wird, als die beklagte Partei schuldig erkannt wurde, die Liegenschaft EZ \*\*\*\*\* insgesamt - also nicht mit der sich aus II.2.b) dieser Entscheidung ergebenden Einschränkung - von einer zugunsten der Girozentrale und Bank der österreichischen Sparkassen Aktiengesellschaft zur Sicherung einer Forderung von 127.600 S einverleibten Hypothek zu entlasten;1. das Ersturteil in Punkt 2.) soweit ersatzlos behoben wird, als die beklagte Partei schuldig erkannt wurde, die Liegenschaft EZ \*\*\*\*\* insgesamt - also nicht mit der sich aus römisch II.2.b) dieser Entscheidung ergebenden Einschränkung - von einer zugunsten der Girozentrale und Bank der österreichischen Sparkassen Aktiengesellschaft zur Sicherung einer Forderung von 127.600 S einverleibten Hypothek zu entlasten;

2. das Ersturteil - unter Einschluß des im Berufungsverfahren bestätigten und im Revisionsverfahren unberührt gebliebenen Punktes 3.) sowie unter Ausklammerung des zu II.1. dieser Entscheidung behobenen Teils - teilweise wiederhergestellt und teilweise abgeändert wird und demzufolge insgesamt wie folgt zu lauten hat:2. das Ersturteil - unter Einschluß des im Berufungsverfahren bestätigten und im Revisionsverfahren unberührt gebliebenen Punktes 3.) sowie unter Ausklammerung des zu römisch II.1. dieser Entscheidung behobenen Teils - teilweise wiederhergestellt und teilweise abgeändert wird und demzufolge insgesamt wie folgt zu lauten hat:

"a) Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen acht Wochen 65/180 Anteile der Liegenschaft EZ \*\*\*\*\* verbunden mit Wohnungseigentum an der Wohnung top.Nr. 3 im Dachgeschoß des Hauses \*\*\*\*\* , samt allem

rechtlichen und natürlichen, fest mit Grund und Boden verbundenen Zubehör zu übertragen und in die grundbücherliche Einverleibung des Eigentumsrechts für die klagende Partei einzuwilligen.

Die Einwilligung gilt nach Ablauf der Leistungsfrist als erteilt.

Das Klagemehrbegehren, die Einwilligung gelte bereits mit Rechtskraft der Entscheidung als erteilt, wird abgewiesen.

b) Die beklagte Partei ist weiters schuldig, binnen acht Wochen die Löschung des auf der Liegenschaft EZ \*\*\*\*\* als Nebeneinlage unter C-LNr. 3a zur Sicherung einer Forderung der Girozentrale und Bank der österreichischen Sparkassen Aktiengesellschaft von 127.600 S haftenden Simultanpfandrechts auf den für die klagende Partei gemäß Pkt. II.2.a) dieser Entscheidung zu begründenden Miteigentumsanteilen zu veranlassen. b) Die beklagte Partei ist weiters schuldig, binnen acht Wochen die Löschung des auf der Liegenschaft EZ \*\*\*\*\* als Nebeneinlage unter C-LNr. 3a zur Sicherung einer Forderung der Girozentrale und Bank der österreichischen Sparkassen Aktiengesellschaft von 127.600 S haftenden Simultanpfandrechts auf den für die klagende Partei gemäß Pkt. römisch II.2.a) dieser Entscheidung zu begründenden Miteigentumsanteilen zu veranlassen.

c) Dagegen wird das Klagebegehren, die beklagte Partei sei schuldig, die Liegenschaften EZ \*\*\*\*\* und EZ \*\*\*\*\* je \*\*\*\*\* zu einem einheitlichen Grundbuchskörper zu vereinigen und der klagenden Partei 65/180 Anteile daran lastenfrei zu übertragen, abgewiesen.

d) Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 101.371,80 S (darin 15.249,30 S Umsatzsteuer und 9.876 S Barauslagen) bestimmten Kosten des Verfahrens erster Instanz binnen 14 Tagen zu bezahlen."

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 45.538,40 S (darin 4.381,40 S Umsatzsteuer und 13.240 S Barauslagen) bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens binnen 14 Tagen zu bezahlen.

## **Text**

Entscheidungsgründe:

II. Am 28. August 1984 verstarb die Mutter der Streitteile. Diese hatte in ihrer letztwilligen Verfügung vom 8. Oktober 1970 angeordnet: römisch II. Am 28. August 1984 verstarb die Mutter der Streitteile. Diese hatte in ihrer letztwilligen Verfügung vom 8. Oktober 1970 angeordnet:

"In meinem Haus, wo mein Sohn schon seit seiner Verehelichung wohnt, soll das obere Stockwerk ihm, resp. seinen Nachkommen gehören. Für das noch verbleibende Erbteil wird meine Tochter ... eingesetzt.

Mein Sohn Helmut hat den Betrieb bekommen, der heute einen Millionenwert darstellt. Es war der Wunsch meines Mannes, der Sohn den Betrieb u das Heim meiner Tochter gehören soll. Sie wurde ohnehin bei vielen benachteiligt (Tante Minnis Grund) ....".

In den Nachlaß fielen auch die streitverfangenen Liegenschaften, die zu Lebzeiten der Erblasserin einen einheitlichen Grundbuchskörper bildeten und aus dem Gartengrundstück 117/14 im Ausmaß von 1.071 m<sup>2</sup> und der Baufläche 536 mit Wohnhaus in Graz im Ausmaß von 78 m<sup>2</sup> bestanden. Der Grundwert beträgt nach einem Schätzgutachten im Verlassenschaftsverfahren 482.580,- S, der Bauwert des Wohnhauses, eines Nebengebäudes und einer Garage 1.379.600 S. Die Wohnung im ausgebauten Dachgeschoß wurde mit 403.580 S bewertet. Die Beklagte bot dem Kläger in der Verlassenschaftsabhandlung am 17. Jänner 1986 "die Einräumung bzw Begründung von Wohnungseigentum" unter der Bedingung an, daß letzterer "unter Vermeidung jeglichen Rechtsstreits keine weiteren Forderungen, insbesondere auf Pflichtteilsergänzung oder Ersatz der getätigten Investitionen in Höhe von 182.000 S gegen sie oder den Nachlaß geltend" mache und die Kosten der Begründung von Wohnungseigentum selbst trage. Die Streitteile erzielten jedoch nach längeren Verhandlungen keine Einigung. Im April 1986 wurde der Beklagten der Nachlaß ihrer Mutter rechtskräftig als Alleinerbin eingewantwortet. Mit Pfandbestellungsurkunde vom 28. Juli 1986 räumte sie einer Bank zur Sicherung einer Darlehensforderung von 127.600 S eine Hypothek ein. Damals bildeten die streitverfangenen Liegenschaften als Pfandobjekt noch einen einheitlichen Grundbuchskörper. Später veranlaßte die Beklagte dessen Teilung. Für das Baugrundstück wurde ein neuer Grundbuchskörper angelegt, auf dem als Nebeneinlage jetzt das erwähnte Pfandrecht simultan haftet. Das Wohnhaus auf diesem Grundstück war ein Einfamilienhaus mit einer "Einliegerwohnung im Dachgeschoß". Nach Umbauarbeiten verfügt es nunmehr über insgesamt drei selbständige Wohneinheiten im Tief-, Erd- und Dachgeschoß. Diese Umbauten kosteten 69.000 S. Davon entfielen auf die Dachgeschoßwohnung 26.400 S. Mit Bescheid des Magistrats Graz vom 23. Oktober 1991 wurde einem

Parifizierungsantrag der Beklagten rechtskräftig stattgegeben. Danach entfallen auf die drei Wohnungen folgende Mindestanteile: Tiefgeschoß 50/180, Erdgeschoß und Dachgeschoß je 65/180. Die Aufwendungen der Beklagten für diese Parifizierung betragen 20.564 S. Seit 17.Jänner 1986 wendete die Beklagte im übrigen 476.061,84 S für die Sanierung und Verbesserung des Bestands, für Reparaturen, die Bündelversicherung, Zinsen und andere laufende Kosten auf. Der Kläger, der die Dachgeschoßwohnung verwendet, bezahlte im selben Zeitraum 26.130,40 S für eine Kaminreparatur, er leistet jedoch seit dem Tod der Erblasserin weder eine Benützungsgebühr noch anteilige Betriebskosten. Er trug auch nichts zu den seit 28.August 1984 (Todesstag der Erblasserin) angefallenen Reparatur- und Investitionskosten bei.

Der Kläger begehrte, die Beklagte schuldig zu erkennen, die durch Grundstücksteilung entstandenen Grundbuchskörper wiederzuvereinigen, ihm 65/180 Anteile des einheitlichen Grundbuchskörpers verbunden mit Wohnungseigentum an der Dachgeschoßwohnung zu übertragen und in die bürgerliche Einverleibung seines Eigentumsrechts einzuwilligen, "ohne daß dadurch die auf den beiden ... Liegenschaften haftenden Lasten auf die klagende Partei übergehen". Er brachte vor, die Beklagte habe dem Klagebegehren in Erfüllung seines Legatsanspruchs zu entsprechen. Die Erblasserin habe ihm Wohnungseigentum unter Bestimmung eines Miteigentumsanteils an der ungeteilten Liegenschaft einräumen wollen, sei doch die Liegenschaft im Zeitpunkt der letztwilligen Verfügung noch ungeteilt gewesen. Er sei nur bereit, jene Kosten zu tragen, die auf die Begründung von Wohnungseigentum an seiner Wohnung entfielen.

Die Beklagte wendete ein, die letztwillige Verfügung ihrer Mutter sei so auszulegen, daß dem Kläger die Dachgeschoßwohnung nur zum Gebrauch überlassen worden sei. Dem Testament sei kein Hinweis dafür zu entnehmen, daß dem Kläger Miteigentum am Gartengrundstück zukommen solle. Diesem sei letztwillig ausschließlich die Dachgeschoßwohnung zugedacht worden. Zur Schaffung der technischen Voraussetzungen und rechtlichen Grundlagen für die Parifizierung und Begründung von Wohnungseigentum habe sie 367.032,27 S aufgewendet und Parifizierungskosten von 55.524 S getragen. Dazu habe der Kläger nichts beigetragen und auch keinen Mietzins bezahlt. Eine Parifizierung allein der Dachgeschoßwohnung sei nicht möglich gewesen. Der Kläger könne die Einräumung von Wohnungseigentum nur Zug um Zug gegen Ersatz der anteiligen Parifizierungs- und Betriebskosten von 235.171,92 S begehren. Die zur Aufrechterhaltung der Bewohnbarkeit des Hauses notwendigen und allein von ihr getragenen Reparatur- und Investitionskosten hätten den Wert und die Wohnqualität der Dachgeschoßwohnung erhöht. Der Kläger habe zur Vermeidung einer ungerechtfertigten Bereicherung ein Drittel dieser Kosten zu tragen. Gegen das Klagebegehren werde daher einschließlich der Parifizierungskosten ein Betrag von 373.655 S aufrechnungsweise eingewendet.

Das Erstgericht verurteilte die Beklagte zur Übertragung von 65/180 Anteilen am Baugrundstück an den Kläger und zur Einwilligung in die bürgerliche Einverleibung dessen Eigentumsrechts. Im übrigen erkannte es die Beklagte schuldig, die Löschung des auf dem Baugrundstück als Nebeneinlage haftenden Pfandrechts in der Haupteinlage zu veranlassen. Das Klagemehrbegehren auf Wiedervereinigung der durch Grundstücksteilung entstandenen Grundbuchskörper wies es dagegen ab. Nach seiner Ansicht ist der Vermächtniswortlaut gemäß § 655 ABGB in seiner gewöhnlichen Bedeutung so zu verstehen, daß der Begriff "gehören" eine Eigentumsbeziehung ausdrücke. Die Beklagte sei daher als Alleinerbin mit einer Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung belastet. Es bestehe kein Anhaltspunkt dafür, daß die Erblasserin das Wort "gehören" etwa nur im Sinne eines Miet- bzw eines unentgeltlichen Wohnrechts verstanden habe. Da Stockwerkseigentum aus rechtlichen Gründen ausscheide, komme nur die Begründung von Wohnungseigentum in Betracht. Die Erblasserin habe mit ihrer letztwilligen Verfügung zwei Ziele verwirklichen wollen. Einerseits habe sie einen Ausgleich für vorherige vermögensrechtliche Benachteiligungen der Beklagten angestrebt, andererseits aber auch dem Wunsch ihres vorverstorbenen Ehegatten entsprechen wollen, daß der Beklagten das "Heim" gehören solle. Das rechtfertige die Annahme, daß die Erblasserin die Rechte des Klägers auf die Dachgeschoßwohnung beschränken habe wollen, ohne diese auf bestimmte Miteigentumsanteile an einer ungeteilten Liegenschaft zu beziehen. Der Kläger habe daher keinen Anspruch auf Wiedervereinigung der durch Liegenschaftsteilung entstandenen Grundbuchskörper. Ein Legatar könne gemäß § 662 Satz 3 ABGB auch keine lastenfreie Übergabe der vermachten Sache verlangen. Sei die Belastung - wie hier - nach dem Tod des Erblassers entstanden, habe sie der Legatar im Zweifel zu übernehmen, wenn deren Begründung zur Gewährleistung einer ordnungsgemäßen Verwaltung der Sache geboten gewesen sei. Die Beklagte habe jedoch eine Pfandbelastung der Liegenschaft zur Finanzierung der ordentlichen Verwaltung nicht dargetan, weshalb sie zur Lastenfreistellung

verpflichtet sei. Die Aufrechnung mit einer Gegenforderung in Geld scheide mangels Gleichartigkeit der wechselseitigen Ansprüche aus. Die Einrede gemäß § 1052 Satz 1 ABGB setze die "wechselseitige Leistungsabhängigkeit" berechtigter und fälliger Ansprüche voraus. Der Erbe habe alle Voraussetzungen für die Erfüllung eines Legats auf eigene Kosten zu schaffen. Die Beklagte habe daher die Kosten für die Begründung von Wohnungseigentum selbst zu tragen. Sie habe die vom Kläger erklärte Bereitschaft zur anteiligen Kostentragung bestritten. Diese Erklärung sei daher unbeachtlich. Dem Gesetz sei ferner keine wechselseitige Leistungsabhängigkeit von Reparatur-, Investitions- und Betriebskosten einerseits und dem Anspruch auf Legatserfüllung durch Begründung von Wohnungseigentum andererseits zu entnehmen. Zur Durchsetzung solcher Kosten, die nicht im Erbrecht wurzelten, stehe der Beklagten das Instrumentarium des Mietrechts zur Verfügung. Wertsteigernde Investitionen seien unbeachtlich, weil der durch ein Vermächtnis belastete Erbe dem Legatar eine solche Wertsteigerung nicht aufdrängen dürfe. Die Beklagte habe daher auch allfällige Bereicherungsansprüche gesondert geltend zu machen. Das Erstgericht verurteilte die Beklagte zur Übertragung von 65/180 Anteilen am Baugrundstück an den Kläger und zur Einwilligung in die bürgerliche Einverleibung dessen Eigentumsrechts. Im übrigen erkannte es die Beklagte schuldig, die Löschung des auf dem Baugrundstück als Nebeneinlage haftenden Pfandrechts in der Haupteinlage zu veranlassen. Das Klagemehrbegehren auf Wiedervereinigung der durch Grundstücksteilung entstandenen Grundbuchskörper wies es dagegen ab. Nach seiner Ansicht ist der Vermächtniswortlaut gemäß Paragraph 655, ABGB in seiner gewöhnlichen Bedeutung so zu verstehen, daß der Begriff "gehören" eine Eigentumsbeziehung ausdrücke. Die Beklagte sei daher als Alleinerbin mit einer Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung belastet. Es bestehe kein Anhaltspunkt dafür, daß die Erblasserin das Wort "gehören" etwa nur im Sinne eines Miet- bzw eines unentgeltlichen Wohnrechts verstanden habe. Da Stockwerkseigentum aus rechtlichen Gründen ausscheide, komme nur die Begründung von Wohnungseigentum in Betracht. Die Erblasserin habe mit ihrer letztwilligen Verfügung zwei Ziele verwirklichen wollen. Einerseits habe sie einen Ausgleich für vorherige vermögensrechtliche Benachteiligungen der Beklagten angestrebt, andererseits aber auch dem Wunsch ihres vorverstorbenen Ehegatten entsprechen wollen, daß der Beklagten das "Heim" gehören solle. Das rechtfertige die Annahme, daß die Erblasserin die Rechte des Klägers auf die Dachgeschoßwohnung beschränken habe wollen, ohne diese auf bestimmte Miteigentumsanteile an einer ungeteilten Liegenschaft zu beziehen. Der Kläger habe daher keinen Anspruch auf Wiedervereinigung der durch Liegenschaftsteilung entstandenen Grundbuchskörper. Ein Legatar könne gemäß Paragraph 662, Satz 3 ABGB auch keine lastenfreie Übergabe der vermachten Sache verlangen. Sei die Belastung - wie hier - nach dem Tod des Erblassers entstanden, habe sie der Legatar im Zweifel zu übernehmen, wenn deren Begründung zur Gewährleistung einer ordnungsgemäßen Verwaltung der Sache geboten gewesen sei. Die Beklagte habe jedoch eine Pfandbelastung der Liegenschaft zur Finanzierung der ordentlichen Verwaltung nicht dargetan, weshalb sie zur Lastenfreistellung verpflichtet sei. Die Aufrechnung mit einer Gegenforderung in Geld scheide mangels Gleichartigkeit der wechselseitigen Ansprüche aus. Die Einrede gemäß Paragraph 1052, Satz 1 ABGB setze die "wechselseitige Leistungsabhängigkeit" berechtigter und fälliger Ansprüche voraus. Der Erbe habe alle Voraussetzungen für die Erfüllung eines Legats auf eigene Kosten zu schaffen. Die Beklagte habe daher die Kosten für die Begründung von Wohnungseigentum selbst zu tragen. Sie habe die vom Kläger erklärte Bereitschaft zur anteiligen Kostentragung bestritten. Diese Erklärung sei daher unbeachtlich. Dem Gesetz sei ferner keine wechselseitige Leistungsabhängigkeit von Reparatur-, Investitions- und Betriebskosten einerseits und dem Anspruch auf Legatserfüllung durch Begründung von Wohnungseigentum andererseits zu entnehmen. Zur Durchsetzung solcher Kosten, die nicht im Erbrecht wurzelten, stehe der Beklagten das Instrumentarium des Mietrechts zur Verfügung. Wertsteigernde Investitionen seien unbeachtlich, weil der durch ein Vermächtnis belastete Erbe dem Legatar eine solche Wertsteigerung nicht aufdrängen dürfe. Die Beklagte habe daher auch allfällige Bereicherungsansprüche gesondert geltend zu machen.

Das Berufungsgericht bestätigte die Abweisung des Begehrens auf Wiedervereinigung der durch Grundstücksteilung entstandenen Grundbuchskörper als Teilurteil, sprach dazu aus, daß der Wert des Entscheidungsgegenstands 50.000 S übersteige und die ordentliche Revision nicht zulässig sei. Im übrigen hob es das angefochtene Urteil auf und verwies die Rechtssache in diesem Umfang zur Ergänzung der Verhandlung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurück. Dazu sprach es ferner aus, daß der Wert des Entscheidungsgegenstands 50.000 S übersteige und der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig sei. Es erwog in rechtlicher Hinsicht, daß die Auslegung einer letztwilligen Verfügung von der gewöhnlichen Bedeutung der Worte auszugehen habe und die Erklärung als Einheit in ihrem Gesamtzusammenhang zu verstehen sei. Allein der Wortlaut sei nicht maßgeblich. Auslegungsziel sei die Erforschung des wahren Erblasserwillens. Diesem sei nach Möglichkeit zu entsprechen, solle doch der vom Erblasser erstrebte

Erfolg eintreten. Die Auslegung müsse jedoch im Wortlaut der letztwilligen Verfügung irgendeine, wenn auch noch so geringe Stütze finden. Die Erforschung des letzten Willens der Erblasserin sei hier allein am Testamentsinhalt zu orientieren, weil keine sonstigen Tatsachen, die Rückschlüsse auf den Testierwillen zuließen, feststünden. Die Auslegung des Erstgerichts sei zu billigen. Es fehle jeder Anhaltspunkt dafür, daß die Erblasserin ihrem Sohn lediglich ein Wohnungsgebrauchsrecht habe einräumen wollen. Mangels Begründbarkeit von Stockwerkseigentum sei die letztwillige Anordnung als Wohnungseigentumsvermächtnis zu beurteilen. Die Erblasserin habe frühere vermögensrechtliche Benachteiligungen der Beklagten ausgleichen wollen. Danach solle der Beklagten - abgesehen vom "oberen Stockwerk" im Wohnhaus - das restliche Vermögen als Erbteil verbleiben. Das Wohnungseigentumslegat habe sich "primär auf die Räumlichkeiten" dieses Stockwerks bezogen. Die letztwillige Verfügung sei daher einer Grundstücksteilung nicht im Wege gestanden. Der Kläger habe somit keinen Anspruch auf Wiedervereinigung der durch Grundstücksteilung entstandenen Grundbuchskörper. Mit der eingewendeten Geldforderung könne mangels Gleichartigkeit nicht aufgerechnet werden. Die Gegenforderung wäre ausdrücklich im Urteilspruch abzuweisen gewesen. Das Unterbleiben eines solchen Ausspruchs sei jedoch nicht gerügt worden, sodaß es mit der Erledigung der Aufrechnungseinrede allein in den Entscheidungsgründen sein Bewenden haben müsse.

Das Prinzip der Zug-um-Zug-Leistung gemäß § 1052 Satz 1 ABGB sei auf alle zweiseitig verbindlichen entgeltlichen Verträge anzuwenden, es sei denn, es bestünde eine vereinbarte Vorleistungspflicht oder eine gesetzliche Sonderregelung. Die wechselseitige Leistungsabhängigkeit folge demnach entweder aus dem Gesetz oder aus einem Vertrag. Die Beziehung der wechselseitig abhängigen Leistungen müsse aber nicht geradezu synallagmatisch sein. Mangels einer bestimmten letztwilligen Anordnung bzw einer Vereinbarung der Streitteile über die Aufteilung der Aufwendungen der Beklagten komme hier nur ein allfälliges gesetzliches Zurückbehaltungsrecht in Frage. Für die "zur Legatserfüllung erforderlichen Kosten" bestehe kein solches Recht, habe doch der Belastete alle Voraussetzungen für den Eigentumserwerb des Legatars an der vermachten Sache zu schaffen. Die Beklagte habe daher die Aufwendungen zur Begründung von Wohnungseigentum in Erfüllung des Legats selbst zu tragen. Der Umstand, daß der Kläger zur Bezahlung dieser Kosten bereit gewesen sei, berechtige die Beklagte mangels Anbotsannahme nicht zur Aufschiebung der Legatserfüllung. Soweit die Beklagte ferner Aufwendungen ins Treffen geführt habe, die der Aufrechterhaltung der Bewohnbarkeit des Hauses gedient hätten, seien für einen allfälligen Aufwandsersatz im Verhältnis zwischen dem Vermächtnisnehmer und Vermächtnisschuldner die Regelungen der §§ 824 Satz 1 und 326 ff ABGB analog heranzuziehen. Die Beklagte könne sich nicht auf eine Rechtsstellung als redliche Besitzerin berufen, weil ihr der Legatserfüllungsanspruch des Klägers schon vor Entstehen des geltend gemachten Aufwands bekannt gewesen sei. Deshalb sei der Aufwandsersatzanspruch nicht gemäß § 331 ABGB, sondern nach § 336 ABGB in Verbindung mit den §§ 1035 ff ABGB zu beurteilen. Danach dürfe die Legatserfüllung nur im Fall einer notwendigen oder nützlichen Geschäftsführung gemäß §§ 1036 und 1037 ABGB von einer Gegenleistung abhängig gemacht werden. Habe der Geschäftsführer nicht nur ein fremdes Geschäft besorgt, sondern auch Eigeninteressen verfolgt, schließe das die Anwendung der Geschäftsführungsregeln nicht aus. Die Beklagte habe jedoch nicht einmal behauptet, einen Versuch zur Erlangung der Einwilligung des Klägers für beabsichtigte Geschäftsführungsakte unternommen bzw einen solchen wegen Untunlichkeit unterlassen zu haben. Ein derartiges Verhalten wäre aber die Voraussetzung eines Aufwandsersatzanspruchs gemäß § 1037 ABGB. Ein solcher Anspruch sei somit zu verneinen. Dagegen könne ein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten wegen notwendiger Geschäftsführungsakte im Sinne des § 1036 ABGB bestehen. Eine derartige Geschäftsführung erfordere jedoch die Absicht, einen unmittelbar bevorstehenden Schaden abzuwenden. Das Vorliegen eines solchen Notfalls sei nach den Umständen des Einzelfalls aus der Sicht eines redlichen und objektiven Beobachters zu beurteilen. Der Schadensbegriff umfasse im verwendeten Zusammenhang nur eine drohende Gesundheits- bzw Vermögensbeeinträchtigung, dagegen nicht entgangenen Gewinn. Die Geschäftsführung im Notfall sei in der Regel rechtmäßig. Ein Notfall sei jedoch zu verneinen, wenn der Geschäftsführer die Zustimmung des Geschäftsherrn rechtzeitig hätte einholen können. Daß eine solche Möglichkeit hier nicht bestanden habe, sei von der Beklagten - wie bereits erörtert - nicht einmal behauptet worden. "Entgegenstehende Erklärungen des Geschäftsherrn" im Sinne des § 1040 ABGB seien jedoch nur beachtlich, wenn sie nicht gesetz- bzw sittenwidrig seien. Sittenwidrig wäre aber ein "Verbot von Reparaturen an einem Miteigentumsobjekt bei schwerer Gefährdung". Hätte daher die Beklagte Aufwendungen zur Behebung ernster, die Bausubstanz des Wohnhauses bedrohender Schäden getragen, wäre sie selbst im Falle eines Aufwendungsverbots des Klägers als rechtmäßige Notgeschäftsführerin anzusehen und könnte, soweit ein solcher Aufwand nicht ausschließlich die vom Vermächtnis nicht umfaßten Hausteile betroffen hätte, gemäß § 1036 ABGB Aufwandsersatz begehren. Eine abschließende rechtliche

Beurteilung in dieser Hinsicht sei mangels ausreichender Feststellungen noch nicht möglich. Das Prinzip der Zug-um-Zug-Leistung gemäß Paragraph 1052, Satz 1 ABGB sei auf alle zweiseitig verbindlichen entgeltlichen Verträge anzuwenden, es sei denn, es bestünde eine vereinbarte Vorleistungspflicht oder eine gesetzliche Sonderregelung. Die wechselseitige Leistungsabhängigkeit folge demnach entweder aus dem Gesetz oder aus einem Vertrag. Die Beziehung der wechselseitig abhängigen Leistungen müsse aber nicht geradezu synallagmatisch sein. Mangels einer bestimmten letztwilligen Anordnung bzw. einer Vereinbarung der Streitparteien über die Aufteilung der Aufwendungen der Beklagten komme hier nur ein allfälliges gesetzliches Zurückbehaltungsrecht in Frage. Für die "zur Legatserfüllung erforderlichen Kosten" bestehe kein solches Recht, habe doch der Belastete alle Voraussetzungen für den Eigentumserwerb des Legatars an der vermachten Sache zu schaffen. Die Beklagte habe daher die Aufwendungen zur Begründung von Wohnungseigentum in Erfüllung des Legats selbst zu tragen. Der Umstand, daß der Kläger zur Bezahlung dieser Kosten bereit gewesen sei, berechne die Beklagte mangels Anbotsannahme nicht zur Aufschiebung der Legatserfüllung. Soweit die Beklagte ferner Aufwendungen ins Treffen geführt habe, die der Aufrechterhaltung der Bewohnbarkeit des Hauses gedient hätten, seien für einen allfälligen Aufwandsatz im Verhältnis zwischen dem Vermächtnisnehmer und Vermächtnisschuldner die Regelungen der Paragraphen 824, Satz 1 und 326 ff ABGB analog heranzuziehen. Die Beklagte könne sich nicht auf eine Rechtsstellung als redliche Besitzerin berufen, weil ihr der Legatserfüllungsanspruch des Klägers schon vor Entstehen des geltend gemachten Aufwands bekannt gewesen sei. Deshalb sei der Aufwandsatzanspruch nicht gemäß Paragraph 331, ABGB, sondern nach Paragraph 336, ABGB in Verbindung mit den Paragraphen 1035, ff ABGB zu beurteilen. Danach dürfe die Legatserfüllung nur im Fall einer notwendigen oder nützlichen Geschäftsführung gemäß Paragraphen 1036 und 1037 ABGB von einer Gegenleistung abhängig gemacht werden. Habe der Geschäftsführer nicht nur ein fremdes Geschäft besorgt, sondern auch Eigeninteressen verfolgt, schließe das die Anwendung der Geschäftsführungsregeln nicht aus. Die Beklagte habe jedoch nicht einmal behauptet, einen Versuch zur Erlangung der Einwilligung des Klägers für beabsichtigte Geschäftsführungsakte unternommen bzw. einen solchen wegen Untunlichkeit unterlassen zu haben. Ein derartiges Verhalten wäre aber die Voraussetzung eines Aufwandsatzanspruchs gemäß Paragraph 1037, ABGB. Ein solcher Anspruch sei somit zu verneinen. Dagegen könne ein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten wegen notwendiger Geschäftsführungsakte im Sinne des Paragraph 1036, ABGB bestehen. Eine derartige Geschäftsführung erfordere jedoch die Absicht, einen unmittelbar bevorstehenden Schaden abzuwenden. Das Vorliegen eines solchen Notfalls sei nach den Umständen des Einzelfalls aus der Sicht eines redlichen und objektiven Beobachters zu beurteilen. Der Schadensbegriff umfasse im verwendeten Zusammenhang nur eine drohende Gesundheits- bzw. Vermögensbeeinträchtigung, dagegen nicht entgangenen Gewinn. Die Geschäftsführung im Notfall sei in der Regel rechtmäßig. Ein Notfall sei jedoch zu verneinen, wenn der Geschäftsführer die Zustimmung des Geschäftsherrn rechtzeitig hätte einholen können. Daß eine solche Möglichkeit hier nicht bestanden habe, sei von der Beklagten - wie bereits erörtert - nicht einmal behauptet worden. "Entgegenstehende Erklärungen des Geschäftsherrn" im Sinne des Paragraph 1040, ABGB seien jedoch nur beachtlich, wenn sie nicht gesetz- bzw. sittenwidrig seien. Sittenwidrig wäre aber ein "Verbot von Reparaturen an einem Miteigentumsobjekt bei schwerer Gefährdung". Hätte daher die Beklagte Aufwendungen zur Behebung ernster, die Bausubstanz des Wohnhauses bedrohender Schäden getragen, wäre sie selbst im Falle eines Aufwendungsverbots des Klägers als rechtmäßige Notgeschäftsführerin anzusehen und könnte, soweit ein solcher Aufwand nicht ausschließlich die vom Vermächtnis nicht umfaßten Hausteile betroffen hätte, gemäß Paragraph 1036, ABGB Aufwandsatz begehren. Eine abschließende rechtliche Beurteilung in dieser Hinsicht sei mangels ausreichender Feststellungen noch nicht möglich.

Sei die vermachte Sache verpfändet oder belastet, habe der Vermächtnisnehmer eine solche Belastung gemäß § 662 Satz 3 ABGB zu übernehmen. Deshalb bestehe kein Anspruch auf lastenfreie Übergabe durch Pfandfreimachung. Das gelte im Zweifel auch für eine erst nach dem Tod des Erblassers begründete Hypothek, die der ordnungsgemäßen Verwaltung der Sache diene. Das Prozeßvorbringen der Beklagten in diesem Punkt sei unvollständig. Sie sei daher im fortgesetzten Verfahren zur Vervollständigung ihrer ungenügenden Tatsachenbehauptungen anzuleiten. Erst dann könne aufgrund entsprechender Feststellungen entschieden werden, ob die Beklagte dem Kläger in Erfüllung ihrer Legatsverbindlichkeit die Lastenfreistellung schulde. Sei die Hypothek im Interesse einer ordnungsgemäßen Verwaltung der vermachten Sache begründet worden, stehe der Beklagten "ein gesetzliches Zurückbehaltungsrecht zugunsten ihres Aufwands als Geschäftsführerin ohne Auftrag" aber nur soweit zu, als den Kläger als Legatar nicht ohnehin ein Pfandrecht zur Sicherung eines Darlehens, mit dem solche Verwaltungsaufwendungen finanziert worden seien, belaste. Die uneingeschränkte Verurteilung der Beklagten zur Lastenfreistellung (Löschung der in der Nebeneinlage einverleibten Simultanhypothek) überschreite das Klagebegehren. Darin liege ein Verfahrensmangel, der

ebenfalls zur Urteilsaufhebung führe. Sei die vermachte Sache verpfändet oder belastet, habe der Vermächtnisnehmer eine solche Belastung gemäß Paragraph 662, Satz 3 ABGB zu übernehmen. Deshalb bestehe kein Anspruch auf lastenfreie Übergabe durch Pfandfreimachung. Das gelte im Zweifel auch für eine erst nach dem Tod des Erblassers begründete Hypothek, die der ordnungsgemäßen Verwaltung der Sache diene. Das Prozeßvorbringen der Beklagten in diesem Punkt sei unvollständig. Sie sei daher im fortgesetzten Verfahren zur Vervollständigung ihrer ungenügenden Tatsachenbehauptungen anzuleiten. Erst dann könne aufgrund entsprechender Feststellungen entschieden werden, ob die Beklagte dem Kläger in Erfüllung ihrer Legatsverbindlichkeit die Lastenfreistellung schulde. Sei die Hypothek im Interesse einer ordnungsgemäßen Verwaltung der vermachten Sache begründet worden, stehe der Beklagten "ein gesetzliches Zurückbehaltungsrecht zugunsten ihres Aufwands als Geschäftsführerin ohne Auftrag" aber nur soweit zu, als den Kläger als Legatar nicht ohnehin ein Pfandrecht zur Sicherung eines Darlehens, mit dem solche Verwaltungsaufwendungen finanziert worden seien, belaste. Die uneingeschränkte Verurteilung der Beklagten zur Lastenfreistellung (Löschung der in der Nebeneinlage einverleibten Simultanhypothek) überschreite das Klagebegehren. Darin liege ein Verfahrensmangel, der ebenfalls zur Urteilsaufhebung führe.

Der Rekurs ist im Ergebnis berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Das Gericht zweiter Instanz stellte die grundsätzliche Anwendbarkeit des § 1052 Satz 1 ABGB auf die Rechtsbeziehung der Streitparteien zutreffend dar. Darauf wird gemäß § 510 Abs 3 ZPO verwiesen. Das Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 1052 Satz 1 ABGB ist jedoch nicht von Amts zu beachten, sondern setzt eine Einrede der Beklagten voraus (1 Ob 9/97y; 5 Ob 75/97h; SZ 60/15; JBl 1975, 262; SZ 43/63 uva; Aicher in Rummel, ABGB2 Rz 11 zu § 1052; Binder in Schwimann, ABGB2 Rz 68 zu § 1052; Kodek in Rechberger, Kommentar zur ZPO Rz 4 zu § 405; Koziol/Welser, Grundriß I10 229). Das ist hier deshalb von Bedeutung, weil ein Anspruch der Beklagten auf anteiligen Ersatz ihres allfälligen Aufwands als Geschäftsführerin im Notfall (Aufwand zur Erhaltung der Bewohnbarkeit des Hauses und zur Vermeidung dessen weiteren Verfalls) deren unbedingten Verurteilung nur dann im Wege stünde, wenn sich deren Einrede, einer allfälligen Leistungspflicht im Sinne des Klagebegehrens nur Zug um Zug gegen den Aufwandsersatz entsprechen zu wollen, gerade auf einen solchen notwendigen Aufwand bezöge. Das Gericht zweiter Instanz stellte die grundsätzliche Anwendbarkeit des Paragraph 1052, Satz 1 ABGB auf die Rechtsbeziehung der Streitparteien zutreffend dar. Darauf wird gemäß Paragraph 510, Absatz 3, ZPO verwiesen. Das Leistungsverweigerungsrecht gemäß Paragraph 1052, Satz 1 ABGB ist jedoch nicht von Amts zu beachten, sondern setzt eine Einrede der Beklagten voraus (1 Ob 9/97y; 5 Ob 75/97h; SZ 60/15; JBl 1975, 262; SZ 43/63 uva; Aicher in Rummel, ABGB2 Rz 11 zu Paragraph 1052 ; Binder in Schwimann, ABGB2 Rz 68 zu Paragraph 1052 ; Kodek in Rechberger, Kommentar zur ZPO Rz 4 zu Paragraph 405 ; Koziol/Welser, Grundriß I10 229). Das ist hier deshalb von Bedeutung, weil ein Anspruch der Beklagten auf anteiligen Ersatz ihres allfälligen Aufwands als Geschäftsführerin im Notfall (Aufwand zur Erhaltung der Bewohnbarkeit des Hauses und zur Vermeidung dessen weiteren Verfalls) deren unbedingten Verurteilung nur dann im Wege stünde, wenn sich deren Einrede, einer allfälligen Leistungspflicht im Sinne des Klagebegehrens nur Zug um Zug gegen den Aufwandsersatz entsprechen zu wollen, gerade auf einen solchen notwendigen Aufwand bezöge.

Das Berufungsgericht unterstellte seiner rechtlichen Beurteilung, die Beklagte habe "über die mit der Parifizierung und Begründung von Wohnungseigentum zusammenhängenden Aufwendungen hinaus auch noch zur Aufrechterhaltung der Bewohnbarkeit des Hauses getätigte Investitionen zur Begründung ihres Zug-um-Zug-Einwandes ins Treffen geführt". Das stimmt mit dem Akteninhalt nicht überein. Die Einrede der Beklagten gemäß § 1052 Satz 1 ABGB, die in der Verhandlungstagsatzung vom 6. Dezember 1995 erhoben wurde (ON 34 S. 1 ff), hatte nur "die mit der Parifizierung als Voraussetzung für die Begründung dieses angestrebten Wohnungseigentums verbundenen Kosten bzw anteiligen Kosten und anteiligen Betriebskosten in der Höhe von insgesamt 235.171,92 S samt 4 % Zinsen ab 1.1.1993" zum Gegenstand. Daß solche Aufwendungen - mangels Zurückbehaltungsrechts der Beklagten gemäß § 471 ABGB - keine taugliche Grundlage für eine Einrede gemäß § 1052 Satz 1 ABGB darstellen, wurde vom Berufungsgericht zutreffend erkannt. Die Beklagte erstreckte ihre Einrede, zur Legatserfüllung nur Zug um Zug gegen Bewirkung einer Gegenleistung verpflichtet zu sein, erst in ihrer Berufungsschrift auf die "durchgeführten notwendigen Instandsetzungs- und Sanierungsarbeiten" (ON 63 Seiten 11 f). Dieses Vorbringen ist eine gemäß § 482 Abs 1 ZPO unzulässige und daher auch unbeachtliche Neuerung (5 Ob 75/97h; 4 Ob 1651/95; SZ 43/63 ua; Aicher in Rummel aaO; Binder in Schwimann aaO). Die Beklagte hatte eine solche Einwendung im Verfahren erster Instanz auch nicht schlüssig erhoben, weil sie - entsprechend den zutreffenden Ausführungen der Vorinstanzen - zu Unrecht der Ansicht war,

wegen des allfälligen Sanierungsaufwands und der Parifizierungskosten mit einer Geldforderung gegen das Klagebegehren aufrechnen zu können, und die Einrede gemäß § 1052 Satz 1 ABGB nur auf den anteiligen Parifizierungs- und Betriebskostenaufwand gestützt hatte. Später brachte sie noch vor, der Kläger habe die Parifizierungskosten zur Gänze zu tragen, weil deren Aufwand notwendig gewesen sei, um die Voraussetzungen zur Begründung von Wohnungseigentum für den Kläger zu schaffen (ON 49). Diese selektive Rechtsverteidigung, je nach Art der Aufwendung unterschiedliche Einreden zu erheben, erfolgte also bewußt. Die Aufrechnungseinrede wurde schon vom Erstgericht abgewiesen. Das blieb unbekämpft. Die Beklagte versuchte daraufhin im Berufungsverfahren, ihre im Verfahren erster Instanz gescheiterte Aufrechnungseinrede in die Einwendung, zur Leistung bloß Zug um Zug gegen Erbringung der erörterten Gegenleistung verpflichtet zu sein, "umzuwandeln". Das ist jedoch - wie bereits dargelegt - als unzulässige Neuerung unbeachtlich. Das Berufungsgericht unterstellte seiner rechtlichen Beurteilung, die Beklagte habe "über die mit der Parifizierung und Begründung von Wohnungseigentum zusammenhängenden Aufwendungen hinaus auch noch zur Aufrechterhaltung der Bewohnbarkeit des Hauses getätigte Investitionen zur Begründung ihres Zug-um-Zug-Einwandes ins Treffen geführt". Das stimmt mit dem Akteninhalt nicht überein. Die Einrede der Beklagten gemäß Paragraph 1052, Satz 1 ABGB, die in der Verhandlungstagsatzung vom 6. Dezember 1995 erhoben wurde (ON 34 S. 1 ff), hatte nur "die mit der Parifizierung als Voraussetzung für die Begründung dieses angestrebten Wohnungseigentums verbundenen Kosten bzw anteiligen Kosten und anteiligen Betriebskosten in der Höhe von insgesamt 235.171,92 S samt 4 % Zinsen ab 1.1.1993" zum Gegenstand. Daß solche Aufwendungen - mangels Zurückbehaltungsrechts der Beklagten gemäß Paragraph 471, ABGB - keine taugliche Grundlage für eine Einrede gemäß Paragraph 1052, Satz 1 ABGB darstellen, wurde vom Berufungsgericht zutreffend erkannt. Die Beklagte erstreckte ihre Einrede, zur Legatserfüllung nur Zug um Zug gegen Bewirkung einer Gegenleistung verpflichtet zu sein, erst in ihrer Berufungsschrift auf die "durchgeführten notwendigen Instandsetzungs- und Sanierungsarbeiten" (ON 63 Seiten 11 f). Dieses Vorbringen ist eine gemäß Paragraph 482, Absatz eins, ZPO unzulässige und daher auch unbeachtliche Neuerung (5 Ob 75/97h; 4 Ob 1651/95; SZ 43/63 ua; Aicher in Rummel aaO; Binder in Schwimann aaO). Die Beklagte hatte eine solche Einwendung im Verfahren erster Instanz auch nicht schlüssig erhoben, weil sie - entsprechend den zutreffenden Ausführungen der Vorinstanzen - zu Unrecht der Ansicht war, wegen des allfälligen Sanierungsaufwands und der Parifizierungskosten mit einer Geldforderung gegen das Klagebegehren aufrechnen zu können, und die Einrede gemäß Paragraph 1052, Satz 1 ABGB nur auf den anteiligen Parifizierungs- und Betriebskostenaufwand gestützt hatte. Später brachte sie noch vor, der Kläger habe die Parifizierungskosten zur Gänze zu tragen, weil deren Aufwand notwendig gewesen sei, um die Voraussetzungen zur Begründung von Wohnungseigentum für den Kläger zu schaffen (ON 49). Diese selektive Rechtsverteidigung, je nach Art der Aufwendung unterschiedliche Einreden zu erheben, erfolgte also bewußt. Die Aufrechnungseinrede wurde schon vom Erstgericht abgewiesen. Das blieb unbekämpft. Die Beklagte versuchte daraufhin im Berufungsverfahren, ihre im Verfahren erster Instanz gescheiterte Aufrechnungseinrede in die Einwendung, zur Leistung bloß Zug um Zug gegen Erbringung der erörterten Gegenleistung verpflichtet zu sein, "umzuwandeln". Das ist jedoch - wie bereits dargelegt - als unzulässige Neuerung unbeachtlich.

Die Verletzung des von Amts wegen wahrzunehmenden Neuerungsverbots (Kodek aaO Rz 8 zu § 482) kann im Rechtsmittel gegen einen Aufhebungsbeschluß geltend gemacht werden. Das entspricht herrschender Ansicht (6 Ob 587/92; JBl 1976, 591; EvBl 1969/344; SZ 27/65; Fasching, Kommentar IV 169; ders, LB2 Rz 1733; Fucik, Das Neuerungsverbot im Zivilgerichtsverfahrensrecht, ÖJZ 1992, 425 [429]; Kodek aaO Rz 6 zu § 482 und Rz 5 zu § 519; Rechberger/Simotta, ZPR4 Rz 827) und wird damit begründet, daß die Zivilprozeßordnung die Rechtsmittelgründe für das Rekursverfahren - anders als für das Revisionsverfahren - nicht erschöpfend regelt und ein in Mißachtung des Neuerungsverbots erlassener Aufhebungs- und Zurückverweisungsbeschluß das Verfahren gesetzwidrig verlängert. Die Verletzung des Verfahrensrechts durch Mißachtung des Neuerungsverbots stellt jedoch nach ebenfalls herrschender Ansicht keinen Revisionsgrund dar (1 Ob 55/97p; 2 Ob 235/97s; NZ 1970, 31 uva; Fasching, Kommentar IV 168; ders, LB2 Rz 1733; Fucik, ÖJZ 1992, 429; Kodek aaO Rz 6 zu § 482; Rechberger/Simotta aaO Rz 827). Dabei wird zwischen den einzelnen Neuerungsstatbeständen gemäß § 482 Abs 1 und 2 ZPO nicht unterschieden. Den gedanklichen Hintergrund letzterer Auffassung bildet jedoch das Neuerungsverbot gemäß § 482 Abs 2 ZPO, wird doch vor allem ins Treffen geführt, daß die Verbreiterung der Entscheidungsgrundlage in Mißachtung des Neuerungsverbots niemals die Annahme einer nicht erschöpfenden Erörterung und gründlichen Beurteilung der Streitsache erlaube (EvBl 1969/344; SZ 27/65; Fasching, LB2 Rz 1733; Rechberger/Simotta aaO Rz 827). Das Berufungsgericht ist aber, wie Fucik (ÖJZ 1992, 428) zutreffend hervorhebt, nur "im Rahmen der geltend gemachten Ansprüche und Einreden und der

vorgebrachten Tatsachen" in "der rechtlichen Qualifikation des Sachverhalts völlig frei". Wird dagegen im Verfahren zweiter Instanz eine neue Einrede im Sinne des § 482 Abs 1 ZPO erhoben, die sich - wie die Einrede gemäß § 1052 Satz 1 ABGB - auf nicht von Amts wegen zu beachtende Umstände bezieht, erscheint es fraglich, ob eine solche unzulässige Neuerung (EvBl 1971/2 [Verpflichtung zur Zug-um-Zug-Leistung]), selbst wenn deren abschließende rechtliche Beurteilung etwa aufgrund ausreichender (überschießender) Tatsachenfeststellungen im Ersturteil möglich wäre, als ein im Revisionsverfahren unbekämpfbarer Abänderungsgrund herangezogen werden darf. Dem ist jedoch hier nicht weiter nachzugehen, weil die Aufhebung des Ersturteils zur Feststellung von bereits im Verfahren erster Instanz behaupteten Tatsachen, die auch der erst im Berufungsverfahren als unzulässige Neuerung erhobenen Einrede gemäß § 1052 Satz 1 ABGB als taugliche Grundlage dienen könnten, - wie bereits dargestellt - jedenfalls im Rekurs gegen den Aufhebungsbeschluß gerügt werden kann. Die Verletzung des von Amts wegen wahrzunehmenden Neuerungsverbots (Kodek aaO Rz 8 zu Paragraph 482,) kann im Rechtsmittel gegen einen Aufhebungsbeschluß geltend gemacht werden. Das entspricht herrschender Ansicht (6 Ob 587/92; JBl 1976, 591; EvBl 1969/344; SZ 27/65; Fasching, Kommentar römisch IV 169; ders, LB2 Rz 1733; Fucik, Das Neuerungsverbot im Zivilgerichtsverfahrensrecht, ÖJZ 1992, 425 [429]; Kodek aaO Rz 6 zu Paragraph 482 und Rz 5 zu Paragraph 519 ;, Rechberger/Simotta, ZPR4 Rz 827) und wird damit begründet, daß die Zivilprozeßordnung die Rechtsmittelgründe für das Rekursverfahren - anders als für das Revisionsverfahren - nicht erschöpfend regelt und ein in Mißachtung des Neuerungsverbots erlassener Aufhebungs- und Zurückverweisungsbeschluß das Verfahren gesetzwidrig verlängert. Die Verletzung des Verfahrensrechts durch Mißachtung des Neuerungsverbots stellt jedoch nach ebenfalls herrschender Ansicht keinen Revisionsgrund dar (1 Ob 55/97p; 2 Ob 235/97s; NZ 1970, 31 uva; Fasching, Kommentar römisch IV 168; ders, LB2 Rz 1733; Fucik, ÖJZ 1992, 429; Kodek aaO Rz 6 zu Paragraph 482 ;, Rechberger/Simotta aaO Rz 827). Dabei wird zwischen den einzelnen Neuerungstatbeständen gemäß Paragraph 482, Absatz eins und 2 ZPO nicht unterschieden. Den gedanklichen Hintergrund letzterer Auffassung bildet jedoch das Neuerungsverbot gemäß Paragraph 482, Absatz 2, ZPO, wird doch vor allem ins Treffen geführt, daß die Verbreiterung der Entscheidungsgrundlage in Mißachtung des Neuerungsverbots niemals die Annahme einer nicht erschöpfenden Erörterung und gründlichen Beurteilung der Streitsache erlaube (EvBl 1969/344; SZ 27/65; Fasching, LB2 Rz 1733; Rechberger/Simotta aaO Rz 827). Das Berufungsgericht ist aber, wie Fucik (ÖJZ 1992, 428) zutreffend hervorhebt, nur "im Rahmen der geltend gemachten Ansprüche und Einreden und der vorgebrachten Tatsachen" in "der rechtlichen Qualifikation des Sachverhalts völlig frei". Wird dagegen im Verfahren zweiter Instanz eine neue Einrede im Sinne des Paragraph 482, Absatz eins, ZPO erhoben, die sich - wie die Einrede gemäß Paragraph 1052, Satz 1 ABGB - auf nicht von Amts wegen zu beachtende Umstände bezieht, erscheint es fraglich, ob eine solche unzulässige Neuerung (EvBl 1971/2 [Verpflichtung zur Zug-um-Zug-Leistung]), selbst wenn deren abschließende rechtliche Beurteilung etwa aufgrund ausreichender (überschießender) Tatsachenfeststellungen im Ersturteil möglich wäre, als ein im Revisionsverfahren unbekämpfbarer Abänderungsgrund herangezogen werden darf. Dem ist jedoch hier nicht weiter nachzugehen, weil die Aufhebung des Ersturteils zur Feststellung von bereits im Verfahren erster Instanz behaupteten Tatsachen, die auch der erst im Berufungsverfahren als unzulässige Neuerung erhobenen Einrede gemäß Paragraph 1052, Satz 1 ABGB als taugliche Grundlage dienen könnten, - wie bereits dargestellt - jedenfalls im Rekurs gegen den Aufhebungsbeschluß gerügt werden kann.

Der Kläger bekämpft eine solche Mißachtung des Neuerungsverbots zwar nicht ausdrücklich, er wendet sich aber gegen das von der Beklagten in Anspruch genommene Recht und kommt zum Ergebnis, der "Einwand des Zurückbehaltungsrechts" sei "zu verwehren". Der Oberste Gerichtshof ist daher nicht gehindert, den in der erörterten Mißachtung des Neuerungsverbots verwirklichten Verfahrensmangel, der eine unzutreffende rechtliche Beurteilung der Streitsache zur Folge hatte, aufzugreifen, weil sich dieser Mangel in der bekämpften unrichtigen Lösung einer entscheidungswesentlichen materiell-rechtlichen Streitfrage zum Nachteil des Rekurswerbers auswirkte. Dann kann aber nicht unbeachtet bleiben, daß die Beklagte den hier maßgeblichen, auf § 1052 Satz 1 ABGB gestützten materiell-rechtlichen Einwand als unzulässige Neuerung erst im Rechtsmittelverfahren erhoben hatte. Ist auf diese Einrede demzufolge nicht Bedacht zu nehmen, bedarf es auch nicht mehr der vom Berufungsgericht für erforderlich gehaltenen Verfahrensergänzung, um zu klären, ob die Beklagte nur Zug um Zug gegen die angestrebte Gegenleistung (anteiliger notwendiger Sanierungsaufwand) verpflichtet wäre, der Einverleibung von Wohnungseigentum für den Kläger in Erfüllung einer Vermächtnisverbindlichkeit zuzustimmen. Der Kläger bekämpft eine solche Mißachtung des Neuerungsverbots zwar nicht ausdrücklich, er wendet sich aber gegen das von der Beklagten in Anspruch genommene Recht und kommt zum Ergebnis, der "Einwand des Zurückbehaltungsrechts" sei "zu verwehren". Der Oberste

Gerichtshof ist daher nicht gehindert, den in der erörterten Mißachtung des Neuerungsverbots verwirklichten Verfahrensmangel, der eine unzutreffende rechtliche Beurteilung der Streitsache zur Folge hatte, aufzugreifen, weil sich dieser Mangel in der bekämpften unrichtigen Lösung einer entscheidungswesentlichen materiell-rechtlichen Streitfrage zum Nachteil des Rekurswerbers auswirkte. Dann kann aber nicht unbeachtet bleiben, daß die Beklagte den hier maßgeblichen, auf Paragraph 1052, Satz 1 ABGB gestützten materiell-rechtlichen Einwand als unzulässige Neuerung erst im Rechtsmittelverfahren erhoben hatte. Ist auf diese Einrede demzufolge nicht Bedacht zu nehmen, bedarf es auch nicht mehr der vom Berufungsgericht für erforderlich gehaltenen Verfahrensergänzung, um zu klären, ob die Beklagte nur Zug um Zug gegen die angestrebte Gegenleistung (anteiliger notwendiger Sanierungsaufwand) verpflichtet wäre, der Einverleibung von Wohnungseigentum für den Kläger in Erfüllung einer Vermächtnisverbindlichkeit zuzustimmen.

Nicht zu folgen vermag der erkennende Senat auch der Ansicht des Berufungsgerichts, die Beklagte werde zu einem Prozeßvorbringen anzuleiten sein, ob sie das pfandrechtlich sichergestellte Darlehen "zur Finanzierung der ordentlichen Verwaltung der Liegenschaft" benötigt habe, weil die begehrte Lastenfreistellung nur in einem solchen Fall Erfolg haben könne. Wie das Erstgericht zutreffend darlegte, stellte die Beklagte im Verfahren erster Instanz keine Behauptungen auf, die, wären sie wahr, dem Klagebegehren auf Lastenfreistellung entgegenstehen könnten. Sie erstattete also in diesem Punkt nicht etwa ein im Sinne des § 182 Abs 1 ZPO bloß unvollständiges Vorbringen, sondern sie läßt Prozeßbehauptungen, die deshalb als Bestreitung der Lastenfreistellungspflicht verstanden werden könnten, weil die Begründung der pfandrechtlich gesicherten Darlehensschuld erforderlich gewesen sei, um die ordnungsgemäße Verwaltung der Liegenschaft zu gewährleisten, überhaupt vermissen. Die Beklagte brachte vielmehr nur vor, der Kläger habe das "Wiederaufbaudarlehen" der Erblasserin, das im Zeitpunkt deren Todes noch in Höhe von 117.313,60 S ungetilgt gewesen sei, anteilig zu übernehmen (ON 56 Seite 3). Dabei handelt es sich jedoch nicht um jene Belastung, auf die sich das Klagebegehren auf Lastenfreistellung bezieht. Nicht zu folgen vermag der erkennende Senat auch der Ansicht des Berufungsgerichts, die Beklagte werde zu einem Prozeßvorbringen anzuleiten sein, ob sie das pfandrechtlich sichergestellte Darlehen "zur Finanzierung der ordentlichen Verwaltung der Liegenschaft" benötigt habe, weil die begehrte Lastenfreistellung nur in einem solchen Fall Erfolg haben könne. Wie das Erstgericht zutreffend darlegte, stellte die Beklagte im Verfahren erster Instanz keine Behauptungen auf, die, wären sie wahr, dem Klagebegehren auf Lastenfreistellung entgegenstehen könnten. Sie erstattete also in diesem Punkt nicht etwa ein im Sinne des Paragraph 182, Absatz eins, ZPO bloß unvollständiges Vorbringen, sondern sie läßt Prozeßbehauptungen, die deshalb als Bestreitung der Lastenfreistellungspflicht verstanden werden könnten, weil die Begründung der pfandrechtlich gesicherten Darlehensschuld erforderlich gewesen sei, um die ordnungsgemäße Verwaltung der Liegenschaft zu gewährleisten, überhaupt vermissen. Die Beklagte brachte vielmehr nur vor, der Kläger habe das "Wiederaufbaudarlehen" der Erblasserin, das im Zeitpunkt deren Todes noch in Höhe von 117.313,60 S ungetilgt gewesen sei, anteilig zu übernehmen (ON 56 Seite 3). Dabei handelt es sich jedoch nicht um jene Belastung, auf die sich das Klagebegehren auf Lastenfreistellung bezieht.

Das Gericht hat in einem Verfahren, in dem anwaltlich vertretene Parteien - wie hier - mehrere Jahre über zahlreiche Detailfragen prozessieren, keine Erwägungen darüber anzustellen, ob ein bestimmter Teil des Klagebegehrens allenfalls wegen anderer als der tatsächlich erhobenen Einwendungen undurchsetzbar sein könnte. Jede Partei hat ihre prozessualen Interessen selbst zu wahren. Das bedeutet, daß das Gericht hier in Ausübung der materiellen Prozeßleitungspflicht gemäß § 182 Abs 1 ZPO nur dann auf die Vervollständigung ungenügender Tatsachenbehauptungen hinzuwirken gehabt hätte, wenn dem Prozeßvorbringen der Beklagten die erörterte Einwendung zumindest im Ansatz zu entnehmen gewesen wäre. Es wurde jedoch ein entsprechendes Vorbringen überhaupt nicht erstattet. In diesem Zusammenhang rügt der Kläger zutreffend, die Beklagte könnte im Falle einer Urteilsaufhebung "bisher nicht einmal angedeutetes Vorbringen" nachholen. Das Berufungsgericht darf ein Urteil jedoch nicht deshalb aufheben, um einer Partei die Erstattung bisher versäumten Vorbringens zu ermöglichen (Kodek in Rechberger aaO Rz 4 zu § 496 mN aus der Rsp). Da das Vorbringen der Beklagten jedenfalls keinen Sachverhalt berührt, der den Kläger als Legatar verpflichten könnte, das von der Beklagten aufgenommene und durch ein Pfandrecht auf der streitverfangenen Liegenschaft sichergestellte Darlehen anteilig zur Rückzahlung zu übernehmen, erweist sich das Lastenfreistellungsbegehren, das sich nach dem Urteilsantrag nur auf das künftige Wohnungseigentum des Klägers bezieht, als berechtigt. Das Gericht hat in einem Verfahren, in dem anwaltlich vertretene Parteien - wie hier - mehrere Jahre über zahlreiche Detailfragen prozessieren, keine Erwägungen darüber anzustellen, ob ein bestimmter Teil des Klagebegehrens allenfalls wegen anderer als der tatsächlich erhobenen

Einwendungen undurchsetzbar sein könnte. Jede Partei hat ihre prozessualen Interessen selbst zu wahren. Das bedeutet, daß das Gericht hier in Ausübung der materiellen Prozeßleitungspflicht gemäß Paragraph 182, Absatz eins, ZPO nur dann auf die Vervollständigung ungenügender Tatsachenbehauptungen hinzuwirken gehabt hätte, wenn dem Prozeßvorbringen der Beklagten die erörterte Einwendung zumindest im Ansatz zu entnehmen gewesen wäre. Es wurde jedoch ein entsprechendes Vorbringen überhaupt nicht erstattet. In diesem Zusammenhang rügt der Kläger zutreffend, die Beklagte könnte im Falle einer Urteilsaufhebung "bisher nicht einmal angedeutetes Vorbringen" nachholen. Das Berufungsgericht darf ein Urteil jedoch nicht deshalb aufheben, um einer Partei die Erstattung bisher versäumten Vorbringens zu ermöglichen (Kodek in Rechberger aaO Rz 4 zu Paragraph 496, mN aus der Rsp). Da das Vorbringen der Beklagten jedenfalls keinen Sachverhalt berührt, der den Kläger als Legatar verpflichten könnte, das von der Beklagten aufgenommene und durch ein Pfandrecht auf der streitverfangenen Liegenschaft sichergestellte Darlehen anteilig zur Rückzahlung zu übernehmen, erweist sich das Lastenfreistellungsbegehren, das sich nach dem Urteilsantrag nur auf das künftige Wohnungseigentum des Klägers bezieht, als berechtigt.

Die Streitsache ist daher insgesamt entscheidungsreif, sodaß der Oberste Gerichtshof gemäß § 519 Abs 2 ZPO in der Sache selbst erkennen kann. Das führt zur weitgehenden Wiederherstellung des im Berufungsverfahren aufgehobenen Ersturteils. Dazu ist vorerst hervorzuheben, daß ein Vermächtnis als tauglicher Titel für die Begründung von Wohnungseigentum anzusehen ist, wenn der Erlasser - wie hier - alleiniger Liegenschaftseigentümer war (EvBl 1998/66). Der Ausspruch auf Lastenfreistellung war - entsprechend dem Klagebegehren - nur auf den zu begründenden Miteigentumsanteil des Klägers und das damit verbundene Wohnungseigentum an der Dachgeschoßwohnung zu beschränken, weil insofern bereits das Gericht zweiter Instanz zutreffend aufzeigte, daß das Erstgericht, soweit es die Beklagte schuldig erkannte, "die Löschung des auf der Liegenschaft ... als Nebeneinlage unter C-LNr 3a eingetragenen Pfandrechts" einer Bank über 127.600 S "in der Haupteinlage ... einzuverleiben", das Klagebegehren überschritt, beschränkt sich dieses doch in seinem auf die Lastenfreistellung bezogenen Teil auf das für den Kläger in Legatserfüllung zu schaffende Wohnungseigentum. Eine solche Überschreitung des Klagebegehrens verletzt § 405 ZPO und stellt nach jetzt ständiger Rechtsprechung einen Verfahrensmangel dar, der zur ersatzlosen Aufhebung des über den Urteilsantrag hinausgehenden Zuspruchs führt (ÖBl 1989, 149; ÖBl 1982, 132 ua). Es bedurfte daher auch in diesem Punkt keiner Bestätigung des Aufhebungsbeschlusses zu Punkt 2.) des Ersturteils. Die Wirkung des Urteils als Einwilligung der Beklagten in die Einverleibung des Miteigentumsrechts des Klägers auf dem Baugrundstück ist an den Ablauf der Leistungsfrist zu knüpfen, weil die an die Rechtskraft der Entscheidung gebundene Einwilligungswirkung noch vor Ablauf der Frist für die Übertragung von Miteigentumsanteilen einträte und es dann am erforderlichen Gleichklang der zur Legatserfüllung notwendigen Maßnahmen fehlte. Die Streitsache ist daher insgesamt entscheidungsreif, sodaß der Oberste Gerichtshof gemäß Paragraph 519, Absatz 2, ZPO in der Sache selbst erkennen kann. Das führt zur weitgehenden Wiederherstellung des im Berufungsverfahren aufgehobenen Ersturteils. Dazu ist vorerst hervorzuheben, daß ein Vermächtnis als tauglicher Titel für die Begründung von Wohnungseigentum anzusehen ist, wenn der Erlasser - wie hier - alleiniger Liegenschaftseigentümer war (EvBl 1998/66). Der Ausspruch auf Lastenfreistellung war - entsprechend dem Klagebegehren - nur auf den zu begründenden Miteigentumsanteil des Klägers und das damit verbundene Wohnungseigentum an der Dachgeschoßwohnung zu beschränken, weil insofern bereits das Gericht zweiter Instanz zutreffend aufzeigte, daß das Erstgericht, soweit es die Beklagte schuldig erkannte, "die Löschung des auf der Liegenschaft ... als Nebeneinlage unter C-LNr 3a eingetragenen Pfandrechts" einer Bank über 127.600 S "in der Haupteinlage ... einzuverleiben", das Klagebegehren überschritt, beschränkt sich dieses doch in seinem auf die Lastenfreistellung bezogenen Teil auf das für den Kläger in Legatserfüllung zu schaffende Wohnungseigentum. Eine solche Überschreitung des Klagebegehrens verletzt Paragraph 405, ZPO und stellt nach jetzt ständiger Rechtsprechung einen Verfahrensmangel dar, der zur ersatzlosen Aufhebung des über den Urteilsantrag hinausgehenden Zuspruchs führt (ÖBl 1989, 149; ÖBl 1982, 132 ua). Es bedurfte daher auch in diesem Punkt keiner Bestätigung des Aufhebungsbeschlusses zu Punkt 2.) des Ersturteils. Die Wirkung des Urteils als Einwilligung der Beklagten in die Einverleibung des Miteigentumsrechts des Klägers auf dem Baugrundstück ist an den Ablauf der Leistungsfrist zu knüpfen, weil die an die Rechtskraft der Entscheidung gebundene Einwilligungswirkung noch vor Ablauf der Frist für die Übertragung von Miteigentumsanteilen einträte und es dann am erforderlichen Gleichklang der zur Legatserfüllung notwendigen Maßnahmen fehlte.

Die Kostenentscheidung stützt sich auf die §§ 41 und 50 Abs 1 ZPO. Zunächst ist festzuhalten, daß die Bewertungsvorschrift de

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

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)