

# TE OGH 1986/11/19 30b579/86

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 19.11.1986

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofes Kinzel als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Hule, Dr.Warta, Dr.Klinger und Mag.Engelmaier als Richter in der Rechtssache der klagenden Parteien 1) Dr. Dieter N\*\*\*, Rechtsanwalt, 2700 Wiener Neustadt, Langegasse 8, 2) Dr. Klaus N\*\*\*, Kaufmann, 1030 Wien, Gerlgasse 10, und 3) Mario N\*\*\*, Kaufmann, Sao Paulo, Rua Luiz Franca 308, Brasilien, alle vertreten durch Dr. Maximilian Eiselsberg, Dr.Franz Helbich, Dr.Dieter Natlacec (dieser nur hinsichtlich Zweit- und Drittkläger), Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagten Parteien 1) Anita N\*\*\*, Angestellte, 1020 Wien, Schwarzierstraße 2/1/6, 2) Mauro N\*\*\*, Kaufmann, 2391 Kaltenleutgeben, Promenadengasse 21, und 3) Dr. Oskar N\*\*\*, Kaufmann I-20124 Mailand, Via Privata Sarno 1, alle vertreten durch Dr.Axel Friedberg, Rechtsanwalt in Wien, wegen Abgabe einer Erklärung infolge Revision der beklagten Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgerichtes vom 21.Februar 1986, GZ 13 R 286/85-14, womit infolge Berufung der beklagten Parteien das Urteil des Landesgerichtes für ZRS Wien vom 25.Juli 1985, GZ 26 Cg 144/85-9, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die Beklagten sind schuldig, den klagenden Parteien binnen 14 Tagen die mit 16.895,80 S bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin 1.481,43 S Umsatzsteuer und 600 S Barauslagen) zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Am 27. Oktober 1979 verstarb der damals in Wiener Neustadt wohnhaft gewesene italienische Staatsangehörige Marius N\*\*\*. Er hinterließ 4 Söhne, nämlich 1.) Dr. Heinrich N\*\*\*,

2.)

Dr. Wilhelm N\*\*\*, 3.) Dr. Friedrich N\*\*\* und

4.)

Dr. Oskar N\*\*\* (= Drittbeklägter).

In einem Testament vom 12.Jänner 1978 errichtet in Wiener Neustadt, fremdhändig geschrieben, eigenhändig gefertigt vom Erblasser Marius N\*\*\* und drei Zeugen, setzte Marius N\*\*\* drei seiner vier Söhne, nämlich 1.) Dr. Heinrich N\*\*\*,

2.) Dr.Wilhelm N\*\*\* und 3.) Dr.Friedrich N\*\*\* zu gleichen Teilen als Erben ein. Seinen Enkelsöhnen a)

Dr.Dieter N\*\*\*

(= Erstkläger), b) Dr.Klaus N\*\*\* (= Zweitkläger) und c) Mario

N\*\*\* (= Drittkläger) vermachte er in diesem Testament als Legat

zu gleichen Teilen die ihm gehörige Liegenschaft in Berlin, Grundbuch des Amtsgerichtes Tempelhof-Kreuzberg, Band 80, Nr. 3979. Dem zu c) genannten Enkelsohn Mario N\*\*\* vermachte er in diesem Testament als Legat weiters einen ihm gehörigen Liegenschaftsanteil an einer Liegenschaft in Mailand.

Erst- und Zweitkläger sind Söhne des Dr.Friedrich N\*\*\*, der Drittkläger ist ein Sohn des Dr.Heinrich N\*\*\*.

Dr.Heinrich N\*\*\*, wohnhaft gewesen in Wiener Neustadt, ein österreichischer Staatsbürger, verstarb am 20.Juli 1983. Seine gesetzlichen Erben sind seine Witwe Anita N\*\*\* (Erstbeklagte) zu einem Drittel und sein Sohn Mauro N\*\*\* (= Zweitbeklagter) zu zwei Dritteln, nachdem sich der schon erwähnte zweite Sohne Mario N\*\*\* (Drittkläger) des Erbsrechtes entschlagen hat. Im vorliegenden Rechtsstreit geht es um das rechtliche Schicksal der erwähnten Liegenschaft in Berlin.

In einem Verfahren des Amtsgerichtes Tempelhof kam es zu Geschäfts-Nr. 61 VI 9/81 zur Ausstellung eines Erbscheines ("gemeinschaftlicher Erbschein") vom 14.Mai 1982, wonach in Anwendung italienischen Rechtes die drei im Testament des Marius N\*\*\* eingesetzten Söhne des Erblassers, nämlich 1.) Dr.Heinrich N\*\*\*, der im Zeitpunkt der Erlassung des Erbscheines noch nicht verstorben war, 2.) Dr.Wilhelm N\*\*\* und 3.) Dr.Friedrich N\*\*\* zu je 5/18 und der im Testament übergangene vierte Sohn des Erblassers, Dr. Oskar N\*\*\* (Drittbeklagter), zu 3/18 des Nachlasses Erben seien.

Auf Grund dieses Erbscheines wurden die genannten vier Söhne des Erblassers als sogenannte "Erbengemeinschaft" ohne Anführung von Quoten als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen. Der genannte Erbschein beruht darauf, daß gemäß Art. 537 des italienischen Codice Civile der Pflichtteil des Drittbeklagten 1/4 (insgesamt vier Kinder) von 2/3 des Nachlasses (vorbehalten den pflichtteilsberechtigten Kindern) beträgt, was eine Quote von 1/6 oder 3/18 des Nachlasses ergibt, während der Rest von 15/18 mit je 5/18 auf die drei im Testament bedachten Erben entfällt. Die drei Kläger haben nach Erlassung dieses Erbscheines die vier Söhne des Erblassers aufgefordert, ihnen in Erfüllung des im Testament enthaltenen Lagates die Liegenschaft in Berlin zu übergeben. Dieser Aufforderung kamen die Söhne des Erblassers Dr.Friedrich N\*\*\* und Dr.Wilhelm N\*\*\* nach. Der Sohn Dr.Oskar N\*\*\* (Drittbeklagter) und die beiden gesetzlichen Erben des in der Folge verstorbenen Sohnes Dr.Heinrich N\*\*\*, nämlich die Erstbeklagte und der Zweitbeklagte) lehnten eine solche Übergabe ab.

Die drei Kläger streben mit der vorliegenden Klage an, diese bisher verweigerte Übergabe der Liegenschaft in Berlin durch die drei Beklagten zu erreichen.

Sie vertreten den Standpunkt, daß nach dem hiefür anzuwendenden deutschen Recht die drei Beklagten zur Abgabe einer entsprechenden Auflassungserklärung verpflichtet seien, und begehrten das Urteil, die Beklagten seien schuldig, jeder für sich die Erklärung abzugeben, sie seien damit einverstanden, daß das Eigentum am Grundstück Berlin, Johanniterstraße 19, eingetragen im Grundbuch des Amtsgerichtes Tempelhof-Kreuzberg, Tempelhofer Vorstadt, Band 80, Blatt 3979, zu je 1/3 auf die Kläger als Bruchteilseigentümer übergehe, sie bewilligten und beantragten die Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch.

Hinsichtlich des Drittbeklagten machen die Kläger geltend, daß dieser überhaupt zu Unrecht als Erbe eingetragen worden sei, weil dies auch nach italienischem Pflichtteilsrecht nicht ohne weiteres (ohne Erhebung einer sogenannten Herabsetzungsklage) möglich sei. Dies ändert aber nichts daran, daß auch er die Legatsliegenschaft grundlos besitze. Die erst- und zweitbeklagten Parteien seien schon unabhängig von der Ausstellung eines Erbscheines durch den Erbanfall bzw. durch den Erbantritt im österreichischen Verlassenschaftsverfahren zur Erfüllung des Klagebegehrens verpflichtet.

Die beklagten Parteien beantragten die Abweisung der Klage. Der Drittbeklagte machte geltend, daß schon auf Grund seines Pflichtteilsrechtes nicht zur Herausgabe der ihm zustehenden Erbquote von 1/6 verpflichtet sei, weil diese weder durch eine Erbseinsetzung noch durch ein Legat beeinträchtigt werden dürfe. Vorausempfänge habe er nie erhalten. Nach italienischem Recht sei er auch als Pflichtteilsberechtigter wie ein Erbe zu behandeln und werde diese Erbenstellung zumindest durch Einbringung einer Herabsetzungsklage contra testamentum begründet, welche Klage er beim zuständigen italienischen Gericht eingebracht habe. Er besitze daher seine Liegenschaftsanteile in Berlin nicht titellos. Die erst- und zweitbeklagten Parteien berufen sich darauf, daß hinsichtlich der in Berlin liegenden Liegenschaft nicht österreichisches, sondern deutsches Erbantrittsrecht zu gelten habe. Vor Ausstellung eines Erbscheines seien

daher die erst- und zweitbeklagte Partei nicht passiv klags legitimiert, hinsichtlich der 5/18-Anteile des verstorbenen Dr. Heinrich N\*\*\* irgendwelche Verfügungen zu treffen. Ein Verfahren zur Ausstellung eines solchen Erbscheines habe noch nicht stattgefunden. Auch Dr. Heinrich N\*\*\* habe im übrigen einen Pflichtteil von 1/6 zugestanden, sodaß die erst- und zweitbeklagten Parteien zur Herausgabe dieser Pflichtteilsportion nicht verpflichtet seien. Auch die erst- und zweitbeklagte Partei hätten eine Herabsetzungsklage eingebracht. Alle drei beklagten Parteien wendeten auch ein, sie seien auch schon allein deshalb nicht passiv klags legitimiert, weil die Klage selbst die Behauptung aufstelle, daß der Erbschein vom 14. Mai 1982 unrichtig ausgestellt worden sei. Es müsse daher erst das Verfahren zur Einziehung des Erbscheines stattfinden und erst nach Durchführung eines solchen Verfahrens könnten die Beklagten vielleicht zu einer Auflösung von Rechten verpflichtet sein. Das Erstgericht gab der Klage statt.

Es ging auf Grund des nicht strittigen, oben wiedergegebenen Sachverhaltes davon aus, daß die Gültigkeit des Testamentes des Marius N\*\*\* nach österreichischem Recht zu beurteilen und darnach zu bejahen sei. Das materielle Erbrecht sei hingegen nach italienischem Recht zu beurteilen, so daß hinsichtlich des Drittbeklagten, aber auch hinsichtlich des vorverstorbenen und von der erst- und zweitbeklagten Partei beerbten Dr. Heinrich N\*\*\* italienisches Pflichtteilsrecht gelte. Nach diesem habe der Notar nicht nur einen obligatorischen Anspruch gegen die Erben. Er müsse allerdings eine Herabsetzungsklage einbringen. Bis zum Ergehen des Urteils über eine solche seien die testamentarischen Verfügungen gültig. Bei einem Specieslegat gehe nach italienischem Recht das Eigentum an der vermachten Sache sofort mit dem Erbfall über. Nach hiezu anzuwendenden deutschen Recht seien die erst- und zweitbeklagten Parteien schon unmittelbar durch den Tod des Dr. Heinrich N\*\*\* unmittelbar Eigentümer der Liegenschaft in Berlin geworden. Sie und der Drittbeklagte seien aber zeitlich nach den drei Klägern (formell) Eigentümer geworden und müßten gemäß § 925 BGB die entsprechende Auflösungserklärung abgeben. Das Ergebnis der einzelnen Herabsetzungsklagen müsse nicht abgewartet werden, sondern im Falle eines Obsiegens der beklagten Partei in diesen Prozessen könnten sie dann ihrerseits ihre Ansprüche gegen die Kläger durchsetzen. Der derzeitige Grundbuchsstand widerspreche aber nach österreichischen, deutschen und italienischen Recht der materiellen rechtlichen Rechtslage, weshalb die Klageführung berechtigt sei.

Das Berufungsgericht bestätigte das Urteil des Erstgerichtes und sprach aus, daß der Wert des Streitgegenstandes 300.000 S übersteige. Es billigte im wesentlichen die Rechtsansicht des Erstgerichtes und führte etwas modifizierend lediglich besonders aus, daß sich der Erwerb der vermachten Liegenschaft in Berlin hier trotz der Regelungen des italienischen Rechtes über ein Vindikationslegat nach deutschem Recht richte (*lex rei sitae*). Das deutsche Recht verlange zum Eigentumserwerb der vermachten Sache aber eine Einigung der Beteiligten und die Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch. Bei Weigerung der Abgabe einer Auflösungserklärung könne geklagt werden. Weil den Klägern nach italienischem Recht der Anspruch auf das Legat zustehe, könnten sie nach deutschem Recht auf diese Auflösung klagen. Es treffe nicht zu, daß die allenfalls pflichtteilsberechtigten Beklagten schon durch die Einbringung einer Herabsetzungsklage zu Erben würden, vielmehr werde erst durch ein Urteil im Herabsetzungsrechtsstreit geklärt, was zu geschehen habe. Ein anhängiges Verfahren auf Einziehung des allenfalls zu Unrecht ausgestellten Erbscheines hindere die Kläger nicht, ihre Klage schon jetzt einzubringen. Der Drittbeklagte sei als bücherlicher Eigentümer passiv klags legitimiert, die erst- und zweitbeklagte Partei seien dazu als Gesamtrechtsnachfolger nach Dr. Heinrich N\*\*\* passiv klags legitimiert.

Gegen das Urteil des Berufungsgerichtes wendet sich die Revision der beklagten Parteien wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, es im Sinne einer Klagsabweisung abzuändern oder es aufzuheben.

Die Kläger beantragen, der Revision nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revision kommt keine Berechtigung zu.

#### **1.) Inländische Gerichtsbarkeit:**

Hinsichtlich der von den Vorinstanzen nicht behandelten Frage der inländischen Gerichtsbarkeit ist bei allen drei Beklagten zu prüfen, a) ob ein erbrechtlicher Anspruch der vorliegenden Art hinsichtlich einer in Deutschland gelegenen Liegenschaft überhaupt in Österreich durchgesetzt werden kann, und b) ob beim Drittbeklagten überdies zu berücksichtigen ist, daß er keinen allgemeinen Gerichtsstand in Österreich hat.

a) Ausschließliche Gerichtsbarkeit des Belegenheitsstaates:

Die besonderen ausschließlichen Gerichtsstände nach §§ 77, 81 JN zeigen zwar, daß der österreichische Gesetzgeber davon ausgeht, daß in den genannten Fällen der besondere Gerichtsstand den allgemeinen Gerichtsstand verdrängen soll, erlauben aber nicht den Schluß, daß dann, wenn keiner dieser besonderen Gerichtsstände gegeben ist, wohl aber ein allgemeiner Gerichtsstand im Inland zur Verfügung steht, die inländische Gerichtsbarkeit in Frage zu stellen sei. Über Ansprüche aus Vermächtnissen (§ 77 Abs. 1 JN) steht daher dem inländischen Gericht, bei dem der beschwerte Erbe seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, die Sachentscheidungsbefugnis auch dann zu, wenn gemäß den Bestimmungen der §§ 20 bis 25 AußStrG im Inland keine Nachlaßabhandlung stattzufinden hat. Und selbst wenn man die Klage unter Umständen in Anwendung italienischen Rechtes als eine solche auffassen müßte, durch die ein dingliches Recht (zum Vindikationslegat nach italienischem Recht siehe später) auf ein unbewegliches Gut geltend gemacht wird (§ 81 Abs. 1 JN), wäre die inländische Gerichtsbarkeit nicht schon allein deshalb zu verneinen, weil die strittige Liegenschaft im Ausland gelegen ist (SZ 9/53, vgl. auch zum Gerichtsstand nach § 83 JN EvBl. 1985/140). In all diesen Fällen ist vielmehr der Inlandbezug, der sich zB aus dem allgemeinen Gerichtsstand des Beklagten in Österreich ergibt, stärker als der "völkerrechtliche Grundsatz der Territorialhoheit" (das diesbezügliche Zitat bei Fasching Handbuch RZ 71 kann nur im umgekehrten Fall gelten, daß sich der Klagsanspruch auf eine im Inland gelegene Liegenschaft bezieht, ohne daß der Beklagte einen allgemeinen Gerichtsstand im Inland hätte).

Hinsichtlich der beiden in Österreich wohnhaften erst- und zweitbeklagten Parteien kann daher kein Zweifel an der inländischen Gerichtsbarkeit bestehen.

b) Begründung der inländischen Gerichtsbarkeit durch den Gerichtsstand nach § 93 Abs. 1 JN:

Beim Drittbeklagten, der seinen allgemeinen Gerichtsstand nicht im Inland hat, machen die Kläger den Wahlgerichtsstand der Streitgenossenschaft nach § 93 Abs. 1 JN geltend.

Dieser Gerichtsstand liegt nur bei einer sogenannten materiellen Streitgenossenschaft im Sinne des § 11 Z 1 ZPO vor, welche im vorliegenden Fall gegeben ist, denn alle Beklagten sind aus demselben tatsächlichen Grund (demselben Testament) verpflichtet. Wie der Oberste Gerichtshof in seiner Entscheidung SZ 56/162 ausführlich dargelegt hat, setzt der Gerichtsstand der Streitgenossenschaft nach § 93 Abs. 1 JN nicht voraus, daß alle Beklagten ihren allgemeinen Gerichtsstand vor einem inländischen Gericht haben müssen.

Dieses Vorliegen eines inländischen Gerichtsstandes indiziert grundsätzlich das Vorliegen der inländischen Gerichtsbarkeit, ohne daß freilich gesagt werden kann, daß damit wirklich in jedem Fall die zur Begründung der inländischen Gerichtsbarkeit erforderliche Intensität der Inlandbeziehung gegeben sein muß.

Zwar wurde auch in jüngster Zeit im Schrifttum die Auffassung vertreten, daß im Sinne einer Gleichwertigkeit aller Gerichtsstände jeder Gerichtsstand schlechthin ausreiche, um die inländische Gerichtsbarkeit zu begründen (Loewe ZfRV 1983, 180 f), oder es liege im Sinne einer zumindest "potentiellen" Universalität die inländische Gerichtsbarkeit immer vor, so daß nur noch (zusätzlich) ein inländischer Gerichtsstand vorhanden oder durch Ordination geschaffen werden müsse (Matscher, FS Schwind 173 oder in JBl. 1983, 505). Überzeugender erscheint jedoch grundsätzlich doch die sogenannte Indikationentheorie (etwa Schwimann, ÖZW 1984, 98, JBl. 1984, 9 f oder RdW 1985, 332 mit Hinweis auf zahlreiche andere Autoren). Daß mit der Zivilverfahrensnovelle 1983 zwar durch die Neufassung des § 28 JN die Voraussetzungen für eine Ordination normiert wurden, die dogmatische Vor-Voraussetzung der inländischen Gerichtsbarkeit selbst (von gewissen Bereichen, nämlich Statussachen, abgesehen) aber weiterhin ungeregelt blieb, könnte zwar damit erklärt werden, daß der Gesetzgeber der Ansicht sei, eine solche Regelung sei deshalb entbehrlich, weil eben jeder Gerichtsstand automatisch die inländische Gerichtsbarkeit begründe. Tatsächlich Gesetz geworden ist aber diese Ansicht wohl nicht. Immerhin unterscheidet gerade die Zivilverfahrensnovelle 1983 in gewissen Fällen sehr deutlich zwischen Normen über die inländische Gerichtsbarkeit einerseits und solchen über die örtliche Zuständigkeit andererseits (vgl. §§ 76 Abs. 1, 76 a Abs. 1 und 2, 76 b Abs. 1 und 76 c Abs. 1 und 2 JN mit §§ 76 Abs. 2, 76 a Abs. 3, 76 b Abs. 2 und 76 c Abs. 3 JN), so daß nicht gesagt werden kann, daß jede Regelung eines Gerichtsstandes auch eine Regelung der inländischen Gerichtsbarkeit in sich schließe (Lehre von der sogenannten Doppelfunktionalität der Gerichtsstandnormen). Aus diesem Grund schließt sich der erkennende Senat daher nicht der kürzlich ausgesprochenen Auffassung des Senates 2 (2 Ob 594/84 = SZ 57/143), sondern der vom Senat 1 (1 Ob 581/82 = SZ 55/95) bzw. vom Senat 5 (5 Ob 615/83 = SZ 56/162) vertretenen Indikationentheorie an.

Auf den vorliegenden Fall angewendet, bedeutet dies aber, daß auch für den Drittbeklagten die inländische Gerichtsbarkeit zu bejahen ist. Der Inlandbezug ergibt sich hier daraus, daß die mit dem Vermächtnis belasteten Erben

nicht nur die strittige Liegenschaft in Berlin, sondern zB auch den in Österreich gelegenen Teil des Nachlasses geerbt haben, was bei dem Drittbeklagten als Noterben ebenso zutrifft wie für die erst- und zweitbeklagten Parteien, welche die Rechtsnachfolger eines im Testament bedachten Erben sind. Dieser Wert könnte aber bei einer allenfalls vorzunehmenden Vermächtniskürzung berücksichtigt werden müssen. Eine getrennte Führung der Prozesse der Kläger gegen die erst- und zweitbeklagte Partei einerseits (im Inland) und gegen den gegen den Drittbeklagten (im Ausland) andererseits, könnte zu dem zu sonst vermeidbaren Verwicklungen führen. Das sogenannte "Prinzip der Beweis- und Sachnähe" (Seber, ZfRV 1983, 270 f), legt es daher auch beim Drittbeklagten nahe, den Rechtsstreit im Inland zu entscheiden. Im vorliegenden Fall spricht also nichts gegen die durch den Gerichtsstand nach § 93 Abs. 1 JN indizierte inländische Gerichtsbarkeit (ähnlich im Ergebnis auch SZ 56/162).

## 2.) Anzuwendendes Recht:

Hinsichtlich der Form und Gültigkeit des vorliegenden Testamento kann auf die zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichtes verwiesen werden.

Als Erbstatut gilt gemäß § 28 Abs. 1 IPRG jetzt grundsätzlich das Personalstatut des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes. Zum Erbstatut gehört die Frage, ob und in welcher Höhe ein Pflichtteil gebührt, ebenso wie die Rechtsstellung von Vermächtnisnehmern (Duchek-Schwind, IPRG 73 Anm. 2, Schwimann in Rummel RZ 1 zu § 28 IPRG). Da der Erblasser italienischer Staatsangehöriger war, richtet sich somit die Rechtsstellung der Kläger als Vermächtnisnehmer gegenüber den Beklagten als Erben und Pflichtteilsberechtigte (teils nur Noterbe) grundsätzlich nach italienischem Recht. Gemäß §§ 32, 31 IPRG ist jedoch der Erwerb des Vermächtnisses hinsichtlich einer Liegenschaft nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem sich die Liegenschaft befindet. Hinsichtlich der sogenannten Erwerbsart bricht somit das Liegenschaftsstatut das Erbstatut (Schwimann, Grundriß des Internationalen Privatrechtes 258). Wie also die Kläger tatsächlich das Eigentum an der ihnen vermachten Liegenschaft erwerben können, richtet sich nach deutschem Recht.

Zutreffend hat daher das Berufungsgericht erkannt, daß die Bestimmung des Art. 649 CC über das sogenannte Vindikationslegat keine nach deutschem Recht vorgesehene Erwerbsart bezüglich einer Liegenschaft darstellt. Es kommt daher nicht wie beim Erben zu einer Rechtsnachfolge schon kraft des Erbfalles, also außerhalb des Grundbuchs, in welchem Fall im Sinne des § 22 Abs. 2 GBO nur eine Berichtigung des Grundbuchsstandes nötig wäre und daher die beschwerten Erben nur die Bewilligung zur Berichtigung erteilen müßten (Baur, Sachenrecht 13 , 159). Vielmehr begehrten die Kläger richtigerweise die Erteilung der Zustimmung zur sogenannten Auflassung im Sinne des § 925 BGB (Soergel-Wolf 11 Rz 1 zu § 2174 BGB vgl. auch Arndt in D Riz 1966, 262).

Näher zu untersuchen ist aber, nach welchem Recht folgende, von den Streitteilen besonders hervorgehobene Kernprobleme dieses Rechtsstreites zu beurteilen sind:

a) Richtet sich die Art der Durchsetzung des Rechtes eines durch ein Vermächtnis beschwerten Erben, der zugleich pflichtteilsberechtigt ist, auf eine Kürzung des Vermächtnisses dringen zu können, nach italienischem Recht (weil hier das Erbstatut maßgeblich ist) oder nach deutschem Recht (weil hier das Liegenschaftsstatut durchschlägt) ?

Gemäß § 2318 Abs. 3 BGB steht den selbst pflichtteilsberechtigten Erben das Recht der Kürzung des Vermächtnisses unmittelbar zu. Die Geltendmachung des Kürzungsrechtes stellt sich daher als eine zerstörende Einrede gegenüber dem Vermächtnisanspruch dar (Staudinger 10, 11 RZ 22 zu § 2318 BGB). Es liegt auf der Hand, daß die Beklagten zur Erfüllung des Vermächtnisses daher nach deutschem Recht nur verpflichtet wären, wenn ihnen insgesamt aus dem Nachlaß des Erblassers der Pflichtteil ungeschmälert auf andere Weise zugekommen wäre. Nach italienischem Recht kann hingegen die Auffassung vertreten werden, daß das Kürzungsrecht, das auch nach italienischem Recht besteht, nicht mittels Einrede, sondern nur mittels Herabsetzungsklage geltend gemacht werden kann, daß also sozusagen ein durch ein Vermächtnis verkürzter Noterbe zuerst das volle Ermächtnis erfüllen muß (wobei es bei einem Speziesvermächtnis nach italienischem Recht nur um die Verschaffung des Besitzes geht), um erst dann nach Obsiegen im Herabsetzungsrechtsstreit vom Vermächtnisnehmer die allenfalls in Betracht kommende Rückübertragung (oder einen Geldersatz) erwirken zu können (siehe dazu im einzelnen die Ausführungen bei Ferid-Firsching, Internationales Erbrecht Band III Grundzüge Italien Rz 182 bis 194).

b) Nach welchem Recht ist zu beurteilen, ob auch der Drittbeklagte, der im Testament nicht bedacht wurde, der aber vom deutschen Verlassenschaftsgericht kraft Erbscheines mit einer entsprechend kleineren Quote als Erbe (Noterbe) ausgewiesen wurde, einer Auflassung (siehe oben) zustimmen muß ?

c) Nach welchem Recht ist überhaupt die bei allen drei Beklagten bestrittene passive Klagslegitimation zu beurteilen ?

Zu a):

Da die Anknüpfung an das Erbstatut (§ 28 Abs. 1 IPRG) gemäß § 5 IPRG nicht nur eine Sachnormverweisung sondern eine Gesamtverweisung beinhaltet, ist im Rahmen des Erbstatutes auch italienisches Kollisionsrecht mitzuberücksichtigen. Und ebenso sind im Rahmen der Anknüpfung an das Belegenheitsstatut (§§ 32, 31 IPRG) allfällige Rück- oder Weiterverweisungen nach deutschem Kollisionsrecht zu beachten. Ein Vergleich der Normen des diesbezüglichen italienischen Kollisionsrechtes (Art. 23 Einführungsgesetz zum CC) und des deutschen Kollisionsrechtes (Art. 25 EGBGB) zeigt zunächst, daß nach beiden Rechten ein weitgehender Vorrang des Erbstatutes besteht. Demgemäß unterliegt auch das gesamte Pflichtteilsergänzungsrecht dem Erbstatut (Heldrich in Palandt 45 Anm. 3 zu Art. 24 EGBGB). Ein nach dem Erbstatut mögliches Vindikationslegat an einem deutschen Grundstück ist zwar gemäß dem insoweit als *lex rei sitae* maßgebenden deutschen Recht als *Damnationslegat* zu behandeln (Heldrich in Palandt 45 Anm. 3 zu Art. 24 EGBGB, ebenso Ferid-Firsching, Internationales Erbrecht Grundzüge Italien Anm. 18 zu Rz 11 und Anm. 263 zu Rz 133, siehe dazu auch schon die obigen Ausführungen zur Notwendigkeit einer Auflassung). Ob aber ein pflichtteilsberechtigter Erbe das Legat trotz eines bestehenden Kürzungsrechtes so lange hinzunehmen hat und also bei angenommenem Vindikationslegat den Vermächtnisgegenstand ungeachtet seines Pflichtteilsergänzungsanspruches sofort herauszugeben hat oder erst nach siegreicher Durchführung eines Rechtsstreites, ob also eine Einredemöglichkeit besteht oder nur eine Klagemöglichkeit, das ist nach dem hier stärkeren Statut, also nach italienischem Recht zu beurteilen.

Zu b):

Ähnliches gilt auch für die Frage, ob der Drittbeklagte als enterbter Pflichtteilsberechtigter zu behandeln ist. Ob ein solcher Pflichtteilsberechtigter auch bei einem Speziesvermächtnis das Recht hat, entsprechend seiner Pflichtteilsquote am Vermächtnisgegenstand eine Erfüllung des Legats abzulehnen oder ob er sich alles anrechnen lassen muß, was er sonst aus dem Nachlaß erhielt, dies ist ebenfalls ausschließlich nach dem Erbstatut, also nach italienischem Recht, zu beurteilen.

Zu c):

Die passive Klagslegitimation der beklagten Parteien hängt davon ab, nach welchem Recht zu beurteilen ist, wem die tatsächliche Verfügungsmacht über die strittige Liegenschaft zusteht. Dies ist aber gemäß dem Belegenheitsstatut zu beurteilen. Es richtet sich daher ausschließlich nach deutschem Recht, wem kraft des ausgestellten Erbscheines (mag es sich auch um einen sogenannten Fremdrechtserbschein nach § 2369 BGB handeln), derzeit das Verfügungsrecht über den strittigen Nachlaßgegenstand zusteht (Kegel 4, Internationales Privatrecht 467).

3.) Zur Entscheidung in der Sache selbst:

Zu a):

Zutreffend gehen die Vorinstanzen davon aus, daß die in den Artikeln 553 ff Codice Civile geregelten Rechte des Pflichtteilsberechtigten auf Wiederherstellung der Pflichtteilsquoten erst mit der erfolgreichen Beendigung des Rechtsstreites über die sogenannte Herabsetzungsklage contra testamentum wirksam werden. Bis zur Erlassung des Urteiles über diese Gestaltungsklage ist von der Gültigkeit der entsprechenden Verfügungen des Testamentes auszugehen (Ferid-Firsching, aaO Rz 182).

Die im Berufungsurteil und in der Revision herangezogene Belegstelle bei Ferid-Firsching (aaO RZ 184) wonach der Pflichtteilsberechtigte schon "durch die Annahme einer Herabsetzungsklage durch das Gericht" zum Erben werde, ist mißverständlich. Mit dem Begriff der "Annahme" einer Klage darf hier nicht so etwas wie ein prozessualer Annahmebeschuß im Sinne einer Bejahung etwa des Vorliegens von Prozeßvoraussetzungen oder dergleichen verstanden werden, sondern "Annahme" heißt hier in Wirklichkeit nichts anderes als "Klagsstattgebung". Dies ergibt sich völlig zweifelsfrei aus den bei Ferid-Firsching an der zitierten Stelle unter Anmerkung 314 angeführten Entscheidungen des italienischen Obersten Kassationsgerichtshofes (1. Urteil vom 26. Jänner 1970 Nr. 160, veröffentlicht im Giustizia Civile 1970 S 1228: "fino all' esperimento positivo dell' azione suddetta", also bis zur positiven Erledigung, 2.) Urteil vom 12. März 1975 Nr. 926, veröffentlicht in Foro italiano 1975 I 1371: "Solo dopo l'

esperimento vittorioso delle azioni di riduzione", also bis zur siegreichen Erledigung und 3. Urteil vom 14. März 1977 Nr. 1018, veröffentlicht in Foro italiano 1977 I 2255: "al legittimario pretermesso ma vittorioso nell' azione di riduzione", also wiederum bis zum siegreichen Ausgang).

Nach italienischem Recht kann der Anspruch auf Herabsetzung gemäß Art. 554 Codice Civile nur durch Klage nicht aber durch eine bloße Einrede geltend gemacht werden (Luigi Mengoni, Successioni per causa di morte, Parte speciale, Successione necessaria, zweite Auflage 1984, S 239 und 240 und dort Anm. 13, sowie die dort angeführte Entscheidung des italienischen Obersten Kassationsgerichtshofes vom 5. Dezember 1975 Nr. 4005, veröffentlicht in Il Massimario del Foro Italiano 1974 S 899: "La riduzione .... non puo essere fatta valere mediante la proposizione di un' eccezione .... solo dopo l' esperimento vittorioso dell' azione di riduzione"). Darauf, daß den Beklagten somit allenfalls Herabsetzungsansprüche im Sinne eines Pflichtteilsergänzungsanspruches nach österreichischem Recht zustehen, ist in diesem Verfahren nicht Bedacht zu nehmen. Daß dies unter Umständen mehrere Rechtsstreitigkeiten erfordert, ist deshalb hinzunehmen, weil nach italienischer Rechtsauffassung der sofortigen Erfüllung des Willens des Testators besonderes Gewicht beigelegt wird. Jeder Herabsetzungsprozeß kann zu einem ganz verschiedenen Ergebnis führen, sodaß es auch unter diesem Gesichtspunkt gar nicht unzweckmäßig ist, die Berechnung der einzelnen Pflichtteilsansprüche in gesonderten Prozessen durchzuführen.

Weshalb im vorliegenden Fall die Einbringung einer Herabsetzungsklage gegen die Vermächtnisnehmer nicht möglich sein sollte, ist nicht ersichtlich. Daß diese noch nicht Eigentümer der ihnen vermachten Liegenschaft sind, wurde ja nicht zuletzt durch die Beklagten selbst vereitelt, kann also wohl nicht als Argument für ein Abgehen von der dargestellten italienischen Rechtsauffassung dienen.

Zu b):

Die Kläger können nicht nur gegen die im Testament bedachten Erben, sondern auch gegen den im Testament übergegangenen Noterben auf Erfüllung ihres Vermächtnisses klagen.

Gemäß Art. 649 Abs. 2 CC geht das Eigentum beim Speciesvermächtnis als sogenanntes Vindikationslegat nämlich ipso jure im Augenblick des Erbfalles auf den Vermächtnisnehmer über (Ferid-Firsching aaO Rz 133).

Gemäß Art. 649 Abs. 3 CC ist lediglich eine Klage auf Einräumung des Besitzes an der vermachten Sache erforderlich, welche grundsätzlich gegen den Beschwerter zu richten ist. Gemäß Art. 662 Abs. 1 CC sind im Zweifel die Erben zur Leistung des Vermächtnisses verpflichtet.

Auch der im Testament übergangene Pflichtteilsberechtigte ist in diesem Sinne ein echter Erbe (Ferid-Firsching aaO Rz 182), mag sich auch seine Erbenstellung erst mit der siegreichen Beendigung des Herabsetzungsprozesses ergeben (siehe oben a). Bis dahin ist er aber, wenn er zu Recht oder nicht zu Recht tatsächlich eine Verfügungsmacht über die vermachte Speciesache erlangte, zur Herausgabe derselben an den Vermächtnisnehmer ebenso verpflichtet wie die Erben im engeren Sinn; denn seine Rechtsstellung kann gegenüber dem Vindikationslegatar nicht stärker sein als diejenige der bedachten Erben. Den Pflichtteilsberechtigten steht auch nach italienischem Recht nicht schlechthin an allen Nachlaßgegenständen eine bestimmte Quote zu, sondern er muß nur insgesamt seine Erbquote erhalten (Ferid-Firsching aaO Rz 191, richtig: RZ 192). Nur diese Auslegung wird einerseits der Natur des italienischen Vindikationslegates und andererseits dem oben dargestellten Charakter der Herabsetzungsklage gerecht.

Ob es also zutreffend war, daß das deutsche Nachlaßgericht hinsichtlich des Drittbeklagten sofort, also vor Einbringung einer Herabsetzungsklage, das Erbrecht bezüglich der ihm zustehenden Pflichtteilsquoten anerkannte, kann keinen Einfluß darauf haben, daß der Drittbeklagte wie die im Testament bedachten Erben zunächst das Legat erfüllen muß, um dann nur im Wege der Herabsetzungsklage eine Kürzung des Legats erreichen zu können.

Zu c):

Der Erbschein stellt nach deutschem Recht ein amtliches Zeugnis des Nachlaßgerichtes über die Erbfolge dar und legitimiert den dort ausgewiesenen Erben im Rechtsverkehr (§ 1365 BGB). Andererseits kann immer parallel zum Erbscheinverfahren auch beim ordentlichen Gericht ein Streit über die wirkliche Erbregelung ausgetragen werden (Lange, Erbrecht, 497).

Daraus folgt, daß die laut Erbschein, also nach deutschem Recht, ausgewiesenen Rechtsnachfolger des Erblassers hinsichtlich der (nach italienischem Recht zu beurteilenden) Verpflichtung auf Erfüllung des Legates zugunsten der Kläger grundsätzlich passiv legitimiert sind, daß aber auch der Drittbeklagte durch den zu seinen Gunsten

ausgestellten Erbschein im Prozeßwege dem besseren Recht der Kläger weichen muß.

Daß die Kläger allenfalls ein Verfahren zur Einziehung des erwähnten Erbscheines angestrengt haben, ändert nichts daran, daß sie derzeit als Verfügungsberechtigte über die strittige Liegenschaft gelten, und daß der strittige Erbschein schon eingezogen worden sei, behaupten die Beklagten selbst nicht. So lange aber die Beklagten als Verfügungsberechtigte gelten, müssen sie auch die eingeklagte Auflassung erteilen.

Das Argument der Revision, die Kläger behaupteten selbst, daß der Drittbeklagte und auch die beiden anderen Beklagten zu Unrecht als Erben behandelt worden seien, und könnten daher nicht auf Erfüllung des Legats geklagt werden, ist nicht überzeugend; wenn die Beklagten sozusagen nur kraft eines Versehens im deutschen Grundbuch eingetragen wurden, dann durften sie um so weniger dem Ansinnen der Kläger entgegentreten, Eigentümer der strittigen Liegenschaft zu werden, und müssen daher der Auflassung zustimmen.

Daß mittlerweile einer der in diesem Erbschein ausgewiesenen Erben verstorben ist, schadet nicht, weil der gesamte Nachlaß dieses Erben (abzuhandeln nach österreichischem Recht) inzwischen rechtskräftig der erst- und zweitbeklagten Partei eingeantwortet wurde, wobei die Kläger durch Vorlage eines entsprechenden Grundbuchsauszuges nachgewiesen haben, daß diese Rechtsnachfolge inzwischen auch im deutschen Grundbuch verbüchert wurde (dies unter Verweisung auf einen diesbezüglichen Erbschein vom 7.Jänner 1986, G-Nr. 61 VI 238/85). Daß dieser Vorgang erst nach Schluß der Verhandlung erster Instanz stattfand, ändert nichts an der schon in erster Instanz feststehenden Erbenstellung der erst- und zweitbeklagten Partei, über welche in diesem Verfahren auch überhaupt kein Streit bestand.

Damit ist der Revision ein Erfolg zu versagen.

Die Kostenentscheidung stützt sich auf §§ 50, 41 ZPO.

#### **Anmerkung**

E09790

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1986:0030OB00579.86.1119.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19861119\_OGH0002\_0030OB00579\_8600000\_000

**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)