

# TE OGH 1985/11/21 80b579/85

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 21.11.1985

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Stix als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Kralik, Dr. Vogel, Dr. Kropfitsch und Dr. Zehetner als Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Erich H\*\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Wolfgang Lenneis, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagten Parteien 1) Berthold W\*\*\*\*\*\*, und 2) Hertha W\*\*\*\*\*\*, beide vertreten durch Dr. Heinz Edelmann, Rechtsanwalt in Wien, wegen Feststellung (S 600.000,--), infolge Revision der beklagten Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgerichtes vom 19. März 1985, GZ 11 R 32/85-13, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien vom 19. Oktober 1984, GZ 52 Cg 190/83-8, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## **Spruch**

Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, daß die Entscheidung zu lauten hat:

Es wird zwischen den Parteien festgestellt, daß das schriftliche Testament der Maria S\*\*\*\*\* vom 16. 5. 1971 und das mündliche Testament der Maria S\*\*\*\*\* vom 14. 7. 1982 unwirksam sind.

Das Mehrbegehr der klagenden Partei, es werde zwischen den Parteien festgestellt, daß dem Kläger als testamentarischen Universalerben das Alleinerbrecht nach Maria S\*\*\*\*\* zukomme, wird abgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens in erster Instanz werden ebenso wie die Kosten des Berufungs- und des Revisionsverfahrens gegenseitig aufgehoben.

## **Text**

Entscheidungsgründe:

Maria S\*\*\*\*\* verstarb am 13. 11. 1982. In dem zu 5 A 289/82 des BG Liesing anhängigen Verlassenschaftsverfahren gab der Kläger zum Nachlaß auf Grund des schriftlichen Testamento vom 29. 6. 1982 die unbedingte Erbserklärung ab; die Beklagten gaben auf Grund eines schriftlichen Testamento vom 16. 5. 1971 und auf Grund eines mündlichen Testamento vom 14. 7. 1982 je zur Hälfte des Nachlasses bedingte Erbserklärungen ab. Alle diese Erbserklärungen wurden zu Gericht angenommen; dem Kläger wurde die Klägerrolle im Erbrechtsstreit zugeteilt.

Mit der vorliegenden Klage stellte der Kläger das Begehr, es werde zwischen den Streiteilen festgestellt, daß ihm als testamentarischen Universalerben das Alleinerbrecht nach Maria S\*\*\*\*\* zukomme. Er stützte dieses Begehr im wesentlichen darauf, daß das schriftliche Testament der Erblasserin zu Gunsten der Beklagten vom 16. 5. 1971 durch das spätere schriftliche Testament zu seinen Gunsten aufgehoben worden sei. Das „mündliche Testament“ der

Erblasserin vom 14. 7. 1982 zu Gunsten der Beklagten sei ungültig. Die Erblasserin habe hier nicht ihren letzten Willen erklärt, sondern nur über ein bereits vorhandenes Testament gesprochen. Hingegen sei das eigenhändige Testament der Erblasserin zu Gunsten des Klägers vom 29. 6. 1982 gültig.

Die Beklagten wendeten ein, daß das zu ihren Gunsten errichtete Testament der Erblasserin vom 14. 7. 1982 formell und materiell gültig sei. Im Übrigen sei das Begehr des Klägers verfehlt. Im Erbrechtsprozeß werde nur mit Wirkung zwischen den Parteien festgestellt, daß der Titel, auf den sich die beklagte Partei berufe, ungültig sei; hingegen erfolge keine positive Entscheidung über die Erbberechtigung der klagenden Partei.

Das Erstgericht wies das Klagebegehr ab.

Es stellte im wesentlichen folgenden Sachverhalt fest:

Maria S\*\*\*\*\* verfaßte am 29. 6. 1982 ein schriftliches Testament, mit dem sie den Kläger zum Alleinerben einsetzte.

Am 14. 7. 1982 brachte der Erstbeklagte seine Tante Maria S\*\*\*\*\* nach einem gemeinsamen Mittagessen in seinem Haus in seine neu adaptierten Geschäftsräumlichkeiten, um ihr diese zu zeigen. Im Büro waren die Zeugen D\*\*\*\*\*, Ing. J\*\*\*\* und B\*\*\*\* anwesend, die eine Montagebesprechung für ein bevorstehendes Projekt in Algerien hielten. Der Erstbeklagte führte seine Tante durch die Räume, wobei auch der durch die Renovierung entstandene Kostenaufwand und die Amortisation dieses Aufwandes erörtert wurden. Bei dieser Gelegenheit versicherte ihm die Erblasserin, daß er sich keine Sorgen machen müsse, da sie ohnedies nicht mehr lange lebe und dann alles dem Erstbeklagten und seiner Schwester, der Zweitbeklagten, gehören werde. Als der der Erstbeklagte sie beschwichtigen wollte und ihr versicherte, sie werde ohnedies hundert Jahre alt, wandte sie sich an die im gleichen Raum anwesenden Zeugen D\*\*\*\*\*, Ing. J\*\*\*\* und B\*\*\*\* mit den Worten „Meine Herrn, Sie sind meine Zeugen, daß der Bertl und seine Schwester für den Fall meines Todes einmal alles bekommen werden; es ist außerdem schon ein Testament da; in finanzieller Hinsicht mußt Du Dir also keine Sorgen machen“, wobei sie die letzten Worte wieder an den Erstbeklagten richtete. Die drei genannten Zeugen hatten der Erklärung nach Aufforderung durch die Erblasserin zugehört und waren sich bewußt, daß Maria S\*\*\*\*\* für den Fall ihres Todes alles den Beklagten überlassen will.

Maria S\*\*\*\*\* war bis zu ihrem Tod geistig rege. Die wiedergegebene Erklärung war ernst und bestimmt.

Rechtlich beurteilte das Erstgericht den festgestellten Sachverhalt im wesentlichen dahin, daß Maria S\*\*\*\*\* am 14. 7. 1982 in Anwesenheit dreier Zeugen, die bewußt nach Aufforderung ihrer Willenserklärung zugehört hätten und sich auch bewußt gewesen seien, daß Maria S\*\*\*\*\* den Beklagten für den Fall ihres Todes alles zukommen lassen wolle, ein mündliches Testament errichtet habe. Der Hinweis auf ein bereits bestehendes Testament sei auch als Bestärkung der Willenserklärung der Erblasserin zu werten. Die Erklärung vom 14. 7. 1982 enthalte eine Erbseinsetzung und eine Verfügung über das gesamte Vermögen. Es handle sich daher um ein formgültiges Testament zu Gunsten der Beklagten.

Der gegen diese Entscheidung gerichteten Berufung des Klägers gab das Berufungsgericht mit dem angefochtenen Urteil Folge. Es änderte die Entscheidung des Erstgerichtes dahin ab, daß es feststellte, daß dem Kläger auf Grund des schriftlichen Testamento vom 29. 6. 1982 das alleinige Erbrecht nach Maria S\*\*\*\*\* zukommt. Das Berufungsgericht sprach aus, daß der Wert des Streitgegenstandes S 300.000,- übersteigt.

Das Berufungsgericht führte, ausgehend von den übernommenen Feststellungen des Erstgerichtes, rechtlich im wesentlichen aus, daß zunächst zu untersuchen sei, ob die Formulierung des Klagebegehr als positives Feststellungsbegehr seiner Stattgebung entgegenstehe. Dazu kam das Berufungsgericht nach ausführlicher Darstellung von Lehre und Rechtsprechung zu dem Ergebnis, es überwiege zwar die Ansicht, daß die Erbrechtsklage auf Feststellung der Unwirksamkeit des Erbrechtstitels des Beklagten zu richten sei. Die Befürchtung, daß eine positive Feststellung des Erbrechtes des Klägers zu einer Erweiterung der materiellen Rechtskraft auf gar nicht geltend gemachte Erbrechtstitel beider Parteien führen könnte, sei aber nicht zu teilen, weil auch dem Feststellungsurteil materielle Rechtskraft nur im Rahmen der von beiden Parteien geltend gemachten rechtserzeugenden und rechtsvernichtenden Tatsachen zukomme und sich die Entscheidung über die Erbrechtsklage immer nur auf die im Verlassenschaftsverfahren abgegebenen Erbserklärungen beziehen könne, die Gegenstand der Verweisung auf den Rechtsweg seien. Hätten sich beide Parteien jeweils nur auf bestimmte Erbrechtstitel berufen, dann könne es nicht zweifelhaft sein, daß nur über die Gültigkeit dieser Titel abgesprochen werde und daß die positive Feststellung des Erbrechtes des Klägers die Entscheidung über die Ungültigkeit des Erbrechtstitels des Beklagten in sich begreife. Dies

gelte um so mehr, als das Gericht das positiv formulierte Klagebegehren ohne Verstoß gegen § 405 ZPO dadurch verdeutlichen könne, daß es nicht nur in den Entscheidungsgründen, sondern im Spruch den Erbrechtstitel des Klägers bezeichne. Daß damit Ansprüchen der Parteien oder Dritter aus noch nicht aufgefundenen oder bisher nicht geltend gemachten Erbrechtstiteln in keiner Weise vorgegriffen werde, bedürfe keiner weiteren Begründung, zumal der wahre Erbe selbst nach der Einantwortung seine Rechte mit der Erbschaftsklage durchsetzen könne. Die positive Formulierung des Klagebegehrens sei geeignet, im vorliegenden Fall jene Klarheit zu schaffen, die es dem Verlassenschaftsgericht ermögliche, den Nachlaß einzutragen.

Das Klagebegehren sei aber auch meritorisch begründet.

Der Ansicht des Erstgerichtes, die Erblasserin habe am 14. 7. 1982 mündlich ihren letzten Willen erklärt, könne nicht beigepflichtet werden. Der ernste Testierwille sei gerade bei einem privaten mündlichen Testament zur Vermeidung von Mißbrauch mit besonderer Strenge zu prüfen. Zur mündlichen Erklärung des letzten Willens sei es erforderlich, daß der Erblasser ernstlich und in objektiv erkennbarer Form bekanntgebe, mit seiner Erklärung (hier und jetzt) konstitutiv seinen letzten Willen zu erklären; eine bloße Absichtserklärung, eine letztwillige Verfügung zu Gunsten einer bestimmten Person errichten zu wollen, genüge ebenso wenig wie die bloß gesprächsweise - wenn auch in ernstem Ton - geäußerte Erklärung, daß bestimmte Sachen nach dem Tode einer bestimmten Person gehören würden oder sollten. Auch die Erklärung, daß bereits letztwillig zu Gunsten einer bestimmten Person verfügt sei, genüge natürlich ebenfalls nicht.

Im vorliegenden Fall spreche für eine Testamentserrichtung lediglich die Anrufung der Anwesenden als Zeugen. Allerdings lasse die gesamte Diktion der Erblasserin in ihrem Zusammenhang erkennen, daß sie die zufällig Anwesenden nicht als Zeugen einer Testamentserrichtung, sondern bloß einer Wissenserklärung angerufen habe, nämlich daß sie die Beklagten als Erben eingesetzt habe. Gegen das Vorliegen der Testierabsicht spreche, daß die Erblasserin mit einer mündlichen letztwilligen Verfügung ein nur 16 Tage altes schriftliches Testament widerrufen hätte und dies vor Zeugen, die sie bis dahin überhaupt nicht gekannt und über deren Verlässlichkeit sie nichts gewußt habe, daß sie ihre Erklärung mehr oder weniger zufällig abgegeben habe, veranlaßt durch das Gespräch mit dem Erstbeklagten über die Adaptierungskosten seiner neuen Geschäftsräume, ferner die Erwähnung eines bereits bestehenden Testamentes. Auch der Diktion nach sei die Erklärung keine Anordnung (daß die Beklagten den Nachlaß erhalten sollten), sondern eine Mitteilung (daß sie die Erbschaft bekommen würden). Das Berufungsgericht könne deshalb in den Äußerungen der Erblasserin vom 14. 7. 1982 keine mündliche Testamentserrichtung erblicken. Bei diesem Ergebnis bedürfe es der von der Klägerin vermißten Feststellung, daß sich die anwesenden Dritten nicht bewußt gewesen seien, Testamentszeugen zu sein, nicht, obwohl diese Feststellung ohne weiters aus ihren Aussagen getroffen hätte werden können.

Daß das schriftliche Testament vom 16. 5. 1971 zu Gunsten der Beklagten durch jenes vom 29. 6. 1982 außer Kraft gesetzt worden sei, sei im Berufungsverfahren nicht mehr strittig.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der Beklagten. Sie bekämpfen es aus den Revisionsgründen der Nichtigkeit, der Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil im Sinne der Wiederherstellung der Entscheidung des Erstgerichtes abzuändern; hilfsweise stellen sie einen Aufhebungsantrag.

Der Kläger hat eine Revisionsbeantwortung mit dem Antrag erstattet, der Revision keine Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist teilweise berechtigt.

Der in der Revision der Beklagten geltend gemachte Nichtigkeitsgrund liegt nicht vor. Abgesehen davon, daß ein Verstoß gegen § 405 ZPO nach ständiger Rechtsprechung keine Nichtigkeit begründet (SZ 40/69; EvBl. 1974/238; 8 Ob 129/83; ImmZ 1985, 130 uva.), hat das Berufungsgericht, wenn es im Spruch seiner Entscheidung den Erbrechtstitel, auf den sich der Kläger zur Begründung seines behaupteten Erbrechtes berief, erwähnte, nicht gegen die Vorschrift des § 405 ZPO verstoßen, sondern nur zulässigerweise (SZ 37/28; JBl. 1966, 212; SZ 53/171 uva.) dem Spruch seiner Entscheidung eine vom Begehrten des Klägers abweichende Fassung gegeben, die sachlich weder vom

gestellten Urteilsbegehren abweicht noch darüber hinausgeht, sondern es nur verdeutlicht. Darin liegt weder ein Nichtigkeitsgrund noch ein Verfahrensmangel im Sinne des § 503 Abs. 1 Z 2 ZPO. Die geltend gemachten Revisionsgründe der Nichtigkeit und der Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens liegen somit nicht vor.

Mit Recht wenden sich die Beklagten in ihrer Rechtsrüge gegen die Ansicht des Berufungsgerichtes, daß das Begehr der vorliegenden Erbrechtsklage positiv (im Sinne der Feststellung des Erbrechtes des Klägers) zu formulieren sei.

Nach nunmehr ständiger Rechtsprechung des OGH (SZ 25/26; 1 Ob 337/52; SZ 27/132; 6 Ob 104, 105/75; 6 Ob 649/79; EvBl. 1983/99; 1 Ob 621/83; NZ 1984, 104, 3 Ob 545/84) ist im Erbrechtsstreit nur festzustellen, ob der Erbrechtstitel, auf den der Beklagte seine Erbserklärung gestützt hat, schwächer ist als der in der Erbserklärung des Klägers genannte Titel, nicht aber, ob der Kläger erbberechtigt ist. Dieser Rechtsprechung hat sich auch die neuere Lehre angeschlossen (Fasching Kommentar III 31; Koziol-Welser Grundriß II 359; Kralik Erbrecht 331; Welser in Rummel ABGB Rdz. 24 zu §§ 799, 800). Davon abzugehen bieten die Ausführungen des Berufungsgerichtes, die unberücksichtigt lassen, daß sich schon aus der Vorschrift des § 126 AußStrG ergibt, daß die Erbrechtsklage nur der Bestreitung des Erbrechtes des Beklagten, nicht aber der Feststellung des Erbrechtes des Klägers dient, keinen Anlaß.

Dies führt allerdings nicht dazu, daß eine positiv formulierte (auf Feststellung des Erbrechtes des Klägers gerichtete) Erbrechtsklage zur Gänze abgewiesen werden müßte. Denn der Kläger, der die Feststellung seines eigenen Erbrechtes begehrt, macht damit ja auch notwendigerweise geltend, daß der Erbrechtstitel, auf den sich der Beklagte beruft, ungültig ist; unter anderen Voraussetzungen wäre ja die Feststellung des den Beklagten von der Erbschaft ausschließenden Erbrechtes des Klägers nicht möglich. Das in einer Erbrechtsklage gestellte Begehr auf Feststellung des Erbrechtes des Klägers umfasst daher auch das Begehr auf Feststellung der Unwirksamkeit des Erbrechtstitels, auf den sich der Beklagte beruft; das zweitgenannte Begehr ist gegenüber dem erstgenannten kein aliud, sondern nur ein minus. Auch bei Feststellungsklagen ist der Zuspruch eines minus zulässig. Es kann hier entweder ein quantitativ geringerer Umfang des Rechtes, dessen Feststellung begehrt wird, urteilmäßig festgestellt werden oder aber anstelle des begehrten Rechtes ein qualitativ geringeres Recht, das aber begrifflich in dem Recht oder Rechtsverhältnis, dessen Feststellung begehrt wird, zur Gänze seine Deckung findet (SZ 56/38 mit weiteren Nachweisen). Im Falle einer auf Feststellung des Erbrechtes des Klägers gerichteten Erbrechtsklage ist daher, da die letztgenannten Voraussetzungen zutreffen, ohne Überschreitung der Vorschrift des § 405 ZPO die Feststellung der Unwirksamkeit des Erbrechtstitels, auf den sich der Beklagte beruft (bei Abweisung des auf Feststellung des Erbrechtes des Klägers gerichteten Mehrbegehrrens) möglich.

Soweit die Beklagten allerdings in ihrem Rechtsmittel durtun wollen, daß die Erblasserin am 14. 7. 1982 zu ihren Gunsten ein gültiges mündliches Testament errichtet haben, kann ihnen nicht gefolgt werden.

Voraussetzung der Gültigkeit eines mündlichen Testamente im Sinne des § 585 ABGB ist die Absicht des Erblassers, vor den anwesenden Zeugen seinen letzten Willen zum Ausdruck zu bringen (SZ 32/120; NZ 1978, 13; NZ 1979, 174 uva.). Ob Testierabsicht vorliegt oder nicht, ist eine im Revisionsverfahren unüberprüfbare Tatsachenfeststellung, nicht eine Frage der rechtlichen Beurteilung (Fasching Kommentar IV 333; RZ 1967, 90; SZ 32/120; SZ 56/43 uva.). Im vorliegenden Fall hat das Erstgericht aus den getroffenen Feststellungen über den Inhalt der von der Erblasserin am 14. 7. 1982 abgegebenen Erklärung und über die Umstände, unter denen diese Erklärung abgegeben wurde, die ausschließlich dem Tatsachenbereich zuzuordnende Schlußfolgerung gezogen, daß die Erblasserin in Testierabsicht gehandelt habe. Das Berufungsgericht zog aus diesen Feststellungen die gleichfalls ausschließlich dem Tatsachenbereich zuzuordnende entgegengesetzte Schlußfolgerung, daß nämlich die Erblasserin keine Testierabsicht hatte. Es ist hier nicht zu erörtern, ob das Berufungsgericht durch diese Vorgangsweise allenfalls den Unmittelbarkeitsgrundsatz verletzte, weil ein derartiger Verfahrensverstoß in der Revision der Beklagten nicht gerügt wird. Die Beklagten versuchen vielmehr in ihrem Rechtsmittel nur darzutun, daß ausgehend von den Feststellungen der Vorinstanzen über den Inhalt der Erklärung der Erblasserin vom 14. 7. 1982 und über die näheren Umstände der Abgabe dieser Erklärung die Testierabsicht der Erblasserin bejaht werden müsse. Dies genügt nach ständiger Rechtsprechung nicht, um eine allfällige Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes durch das Berufungsgericht bei Gewinnung der so bekämpften Feststellungen wahrnehmen zu können (5 Ob 103/69 uva zuletzt etwa 2 Ob 185, 240/82; 6 Ob 568/82), sondern stellt sich nur als eine im Revisionsverfahren unzulässige Bekämpfung der Beweiswürdigung der Vorinstanz dar.

Geht man aber davon aus, daß die Erblasserin bei Abgabe ihrer Erklärung vom 14. 7. 1982 keine Testierabsicht hatte, dann ist in dieser Erklärung kein gültiges mündliches Testament zu Gunsten der Beklagten im Sinne des § 585 ABGB zu erblicken.

Daß das schriftliche Testament vom 16. 5. 1971, auf das die Beklagten gleichfalls ihre Erbserklärung stützten, durch die spätere Errichtung eines schriftlichen Testamente der Erblasserin zu Gunsten des Klägers im Sinne des § 713 ABGB aufgehoben wurde, war im gesamten Verfahren nicht strittig und wird auch in der Revision der Beklagten nicht in Zweifel gezogen.

Es waren daher in teilweiser Stattgebung der Revision der Beklagten die Urteile der Vorinstanzen dahin abzuändern, daß die Unwirksamkeit der Erbrechtstitel, auf die die Beklagten ihre Erbserklärung stützten, festgestellt, das Mehrbegehren des Klägers aber, es werde festgestellt, daß ihm als testamentarischen Universalerben das alleinige Erbrecht nach der Erblasserin zukomme, abgewiesen wird.

Die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens in erster Instanz beruht auf§ 43 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die Kosten des Berufungs- und des Revisionsverfahrens auf den §§ 43 Abs. 1, 50 ZPO.

**Textnummer**

E131163

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1985:0080OB00579.850.1121.000

**Im RIS seit**

13.04.2021

**Zuletzt aktualisiert am**

13.04.2021

**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)