

Österreichische

JURISTEN ZEITUNG

ÖJZ

Chefredakteur Gerhard Hopf

Redaktion Robert Fucik, Kurt Kirchbacher, Hans Peter Lehofer

Evidenzblatt Helge Hoch, Erich Kodek, Eckart Ratz, Ronald Rohrer

MRK-Entscheidungen Wolf Okresek, Susanne Pfanner

Mai 2009

10

433 – 480

Aktuelles

EuGH zur Buchpreisbindung ➔ 433

Zivilverfahren praktisch

**Das EU-Bagatellverfahren nach der
ZVN 2009** Robert Fucik ➔ 437

Beiträge

**Aktuelle VwGH-Rechtsprechung zum
Verwaltungsstrafverfahren 2008**

Leopold Bumberger ➔ 441

Ein Bruderzwist im Fürstenhaus Martin Spitzer ➔ 445

Die Kollision von AGB bei der Eigentumsvorbehalts-Vereinbarung

Thomas Schoditsch ➔ 452

Evidenzblatt

**Beweis des Mangels im
Gewährleistungsrecht** ➔ 460

Unbekämpfbare Bejahung der sachlichen Zuständigkeit ➔ 468

Überlanges Verfahren ➔ 471

Forum

Zur Vermutung des § 924 ABGB Max Leitner ➔ 476

Ein Bruderzwist im Fürstenhaus

Bemerkungen zur erbrechtlichen Auflage und zu 2 Ob 258/05 p

Seit längerem beschäftigt ein wirtschaftlich brisanter und erbrechtlich interessanter Streit um ein Familienvermögen die Gerichte. Der vorliegende Beitrag nimmt einen jüngst vom OGH in dieser Causa erlassenen Zurückverweisungsbeschluss zum Anlass, die mit diesem Fall verbundenen erbrechtlichen Probleme einem breiteren Publikum vorzustellen.

Von Martin Spitzer

Inhaltsübersicht:

- A. Sachverhalt
- B. Rechtliche Beurteilung durch den OGH
- C. Stellungnahme
 1. Bemerkenswertes zur Auflage
 - a) Exkurs: Durchsetzbarkeit und Verwirkung
 - b) Verwirkung des Erbes im konkreten Fall?
 2. Ersatzerbschaft
 3. Adoptionen

A. Sachverhalt

Die Prozessparteien sind Angehörige eines bekannten europäischen Fürstenhauses, nach dessen Hausrecht das Vermögen jeweils geschlossen an den ältesten Sohn des Familienoberhaupts weitervererbt werden sollte. War kein Sohn vorhanden, wurde durch Adoption innerhalb der Familie Abhilfe geschaffen. So nahm 1940 A den Erblasser H an Kindes Statt an und setzte ihn zum Universalerben ein (Adoption 1). H adoptierte 1960 mangels eigener männlicher Nachkommen seinerseits den nunmehrigen Bekl K, der aus der zweiten Linie der Familie (Sekundogenitur) stammt (Adoption 2). Die nunmehrige Kl E ist die leibliche Tochter von H, der – dem Hausgesetz entsprechend – K zum Alleinerben eingesetzt hat. Nach dem Tod Hs wurde K der Nachlass 1967 eingantwortet.

Ein wichtiges Anliegen des Erblassers H war stets die Rückerlangung des nach dem 2. Weltkrieg durch die Tschechoslowakei enteigneten Familienvermögens. Er ordnete daher testamentarisch an:

„Insbesondere vermache ich hiemit meinem Universalerben meine Ansprüche gegen den tschechoslovakischen Staat auf Rückgabe oder volle Entschädigung des meinem Rechts- und Besitzvorgänger A durch das tschechoslovakische Gesetz vom 10. Juli 1947 widerrechtlich confiscierten Vermögens und verhalte ihn dazu, diese Ansprüche – sobald dies möglich sein wird – im eigenen, wie auch insbesondere im Namen und im Interesse unserer Familie geltend zu machen und wenn irgend möglich, die Naturalrestitution dieses jahrhundertealten Familienbesitzes anzustreben.

[...]

Für den Fall, als die Geltendmachung dieser oder einzelner dieser Ansprüche durch gesetzliche Bestimmungen auf einen bestimmten Erbenkreis eingeschränkt sein und mein Universalerbe diesem nicht angehören sollte, soll

hinsichtlich jener Ansprüche, von deren Geltendmachung mein Universalerbe ausgeschlossen ist, die gesetzliche Erbfolge platzgreifen.“

In den Jahren 1991 und 1992 sind in der tschechischen Republik mehrere Restitutionsgesetze in Kraft getreten, deren Anwendbarkeit auf das Familienvermögen zwischen den Parteien strittig ist.

Die Kl wirft dem Bekl vor, die Restitution nicht hinreichend betrieben zu haben. Sie verlangt wohl das ganze (österreich und tschechische) Erbe nach ihrem Vater H,¹⁾ zumindest aber die Restitutionsansprüche auf das tschechische Vermögen.

Das gegenständliche Verfahren wirft eine Fülle von Rechtsfragen auf. Dies hat bereits damit begonnen, dass der Bekl während des Revisionsverfahrens zum Außenminister der tschechischen Republik ernannt wurde, sodass sich plötzlich das Problem einer Immunität und deren Bewältigung während eines laufenden Verfahrens stellte. Die damit verbundenen Rechtsfragen²⁾ sollen hier aber zugunsten einer Untersuchung der für die Sachentscheidung maßgebenden erbrechtlichen Probleme ausgeklammert bleiben.

B. Rechtliche Beurteilung durch den OGH

Der OGH hat das abweisende Urteil des Berufungsgerichts aufgehoben und die Rechtssache an das Erstgericht zurückverwiesen. Er hat dabei jedoch neben einer Anleitung für das weitere Prozessprogramm auch ausführliche Hinweise für die Lösung des Falls gegeben.

Im Mittelpunkt steht dabei natürlich der Erblasserwille.

Nach dem Wortlaut des Testaments „*verhält*“ der Erblasser K dazu, „*Ansprüche – sobald dies möglich sein wird [...] geltend zu machen und wenn irgend möglich, die Naturalrestitution dieses jahrhundertealten Familienbesitzes anzustreben*“. Der OGH deutet diese Anordnung als Auflage und führt aus, dass K sein Erbe verwirkt, wenn er diese Auflage schuldhaft verletzt. Eine solche vorwerfbare Auflagenverletzung läge nach Ansicht des OGH „*bei realistischerweise bestehenden Ansprüchen schon wegen der Untätigkeit des Bekl*“ vor. →

1) Im Klagebegehren spiegelt sich das in Punkt 3 wider, der allerdings (vorerst) nur auf die Übertragung einer österreichischen Liegenschaft gerichtet ist.

2) Siehe darüber Spitzer, Inländische Gerichtsbarkeit und Immunität. Ein Beitrag anlässlich 2 Ob 258/05 p., ÖJZ 2008, 871.

ÖJZ 2009/52

§ 709, 710,
711 ABGB;
§ 178 AußStrG

2 Ob 258/05 p

Auflage;
Nichterfüllung;
Ersatzerbschaft

Vom Fall der schuldhaften Auflagenverletzung unterscheidet der OGH auf Basis des Testaments (siehe oben die 2. Klausel) die Möglichkeit der (gesetzlichen) Beschränkung der Geltendmachung von Restitutionsansprüchen auf einen Personenkreis, dem K nicht angehört. Dann sollen – ähnlich einer Ersatzerbschaft – die gesetzlichen Erben nur die Restitutionsansprüche, anders als bei der Auflagenverletzung nicht aber den übrigen Nachlass erhalten.

Während die Kl davon ausgeht, „dass ihr wegen der Untätigkeit des Bekl (und seiner behaupteten persönlichen Unfähigkeit) die Möglichkeit jeder nur denkbaren Anspruchsverfolgung eröffnet werden müsste“, vertritt der OGH eine deutlich restriktivere Lösung und sieht, basierend auf seiner Auslegung der letztwilligen Verfügung, Ansprüche der Kl grundsätzlich nur in zwei Fällen begründet:

- wenn K schuldhaft gegen die Auflage verstößt, die Restitution zu betreiben, weil er dann sein gesamtes Erbe inklusive sämtlicher Restitutionsansprüche verliert;
- wenn die Geltendmachung von Restitutionsansprüchen durch K scheitert, weil sie einem Personenkreis vorbehalten ist, dem K nicht angehört; dann sollen nach dem Erblasserwillen hinsichtlich solcher Ansprüche die gesetzlichen Erben zum Zug kommen.

Dabei weist der OGH auch darauf hin, dass die Geltendmachung von Restitutionsansprüchen (ua) von der umstrittenen Gültigkeit der Adoptionen abhängt. Ob die Voraussetzungen für eine Verwirkung oder den Eintritt der Ersatzerbschaft vorliegen, konnte der OGH jedoch noch nicht beurteilen. Die Rechtssache behängt zur Klärung der Rechtslage um die Adoptionen, der Erfolgsaussichten einer Anspruchsverfolgung in Tschechien und zur Einholung eines diesbezüglichen Gutachtens wieder beim Erstgericht.

C. Stellungnahme

1. Bemerkenswertes zur Auflage

Der OGH hat die Anordnung des Erblassers, K möge wenn irgend möglich Restitutionsansprüche anstreben, als Auflage iSd § 709 ABGB³⁾ qualifiziert. Dem ist vorbehaltlos zuzustimmen, die Annahme einer bloß unverbindlichen Bitte des Erblassers verbietet sich – entgegen der Auffassung des Bekl – in Anbetracht des eindeutigen Wortlauts der Verfügung. Die Auflage – im ABGB als „Auftrag“ (des Erblassers an den Belasteten) bezeichnet – gebietet oder verbietet dem Erben oder einem Legatar⁴⁾ ein Verhalten bei sonstiger Sanktion: „Hat der Erblasser jemandem einen Nachlaß unter einem Auftrage zugewendet, so ist dieser Auftrag als eine auflösende Bedingung anzusehen, daß durch die Nichterfüllung des Auftrages der Nachlaß verwirkt werden solle“⁵⁾ (§ 709).⁶⁾

a) Exkurs: Durchsetzbarkeit und Verwirkung

Was genau zur Verwirkung führen soll, hat der OGH zuletzt vor etwa zehn Jahren in seiner E 2 Ob 2209/96 h – wenn auch obiter – angedeutet: Obwohl der Erblasser seine testamentarischen Erben gebeten hatte, „mit dem

[hinterlassenen] Anwesen für meinen gelähmten Sohn und seine Mutter zu sorgen“, lehnten die Erben finanzielle Verpflichtungen oder die Übernahme der Ob- sorge ab. Das Erstgericht und das Berufungsgericht gingen von einer verschuldeten Nichterfüllung der Auflage und daraus folgender Verwirkung aus. Der OGH verneinte dies, „weil wohl grundsätzlich von einer exekutiven Durchsetzbarkeit auszugehen ist“. In Zusammenhalt mit den Revisionsausführungen der Erben, dass von einer zur Verwirkung führenden Unmöglichkeit oder Unfähigkeit zur Erfüllung erst gesprochen werden könne, wenn zunächst auf Erfüllung im Klageweg gedrungen worden sei, ergibt sich aus 2 Ob 2209/96 h das Bild, dass die Verwirkungssanktion den Versuch der klagsweisen Durchsetzung voraussetze.⁷⁾

Davon ist in der hier gegenständlichen E nicht die Rede. Der OGH geht nicht auf eine allfällige Klagbarkeit der Auflage ein und verlangt insb nicht, dass ein Durchsetzungsversuch gescheitert sein müsste.

Inwiefern mit dem Schweigen des OGH zu Exekutionsversuchen in diesem Fall eine Abkehr von den in 2 Ob 2209/96 h skizzierten Grundsätzen verbunden ist und ob eine solche Abkehr gerechtfertigt wäre, soll hier geprüft werden.

Dazu ist vorweg zweierlei zu bemerken:

Einerseits mag den unbefangenen Leser der einschlägigen §§ 709 und 710 schon die Klagbarkeit der Auflage an sich verwundern (s aa). Andererseits ist bemerkenswert, dass der Versuch der gerichtlichen Geltendmachung Voraussetzung für den Verfall der Zuwendung sein soll (s bb).

aa) Klagbarkeit

Die grundsätzliche Klagbarkeit von Auflagen entspricht der heute hA.⁸⁾ Aus dem Gesetz ergibt sie sich freilich

3) Paragraphen ohne Gesetzestitel sind solche des ABGB.
 4) Dies ist der Regelfall, es spricht aber nichts gegen die Auffassung von Rabl, Die Nichterfüllung letztwilliger Auflagen, NZ 1998, 97, dass jeder letztwillig Bedachte – also auch ein durch die (erste) Auflage Begünstigter – Adressat einer (zweiten) Auflage sein kann.
 5) Nach hA setzt die Verwirkung eine rechtsgestaltende richterliche Entscheidung voraus (Gschnitzer in Klang² III 696; Kralik, Erbrecht 269; Eccher in Schwimann² § 709 Rz 8), nach richtiger Auffassung erfolgt die Verwirkung – parallel zur auflösenden Bedingung – aber ipso iure (so stets Welser in Rumme⁸ § 709 Rz 10; ausführlich Rabl, NZ 1998, 105; diesem folgend Apathy in KBB², § 709 Rz 4).
 6) Wenn aber „der Erblasser die Absicht, wozu er den Nachlaß bestimmt, zwar ausgedrückt, aber nicht zur Pflicht gemacht hat, so kann die bedachte Person nicht angehalten werden, den Nachlaß zu dieser Absicht zu verwenden“ (§ 711). § 709 und § 711 trennen die Auflage vom bloßen Wunsch des Erblassers. Während dieser unbeachtlich ist, soll der Belastete bei jener rechtlich zur Erfüllung verpflichtet sein und kann bei schuldhafter Nichterfüllung seine Zuwendung verlieren. Entscheidend ist dabei, ob der Verlust dem Erblasserwillen tatsächlich entspricht, oder ob es dem Erblasser nicht doch lieber gewesen wäre, der Begünstigte dürfe das ihm Zugesagte behalten. Vom Aspekt der Verpflichtung abgesehen, verschwimmt bei solchen weichen Auflagen die Grenze zum bloßen Wunsch des Erblassers. Für eine „weiche“ Auslegung war im konkreten Fall kein Platz.
 7) Vgl Rabl, NZ 1998, 99 f.
 8) Vgl nur Apathy in KBB² § 709 Rz 2; Ferrari in Ferrari/Likar/Peer, Erbrecht 228. Das Klagerecht soll „Auflageberechtigten“ zustehen (zB Testamentsvollstreckern oder Miterben), nicht aber den eigentlichen Auflagebegünstigten. Aus der Verweigerung der Klagslegitimation der Begünstigten ergibt sich die Abgrenzung zum Legat. Insgesamt wird freilich die Erfüllung der Auflage jener des Vermächtnisses sehr angenähert. Der Unterschied liegt nur mehr in der Person des Klageberechtigten. Dies ist beim Vermächtnis der begünstigte Vermächtnisnehmer selbst, bei der Auflage hingegen nicht der Auflagenbegünstigte, sondern insb Testamentsvollstrecker und Miterben (Aufgabenberechtigten).

nicht, vielmehr erweckt die Gleichstellung von auflösender Bedingung und Auflage in § 709 den gegenteiligen Eindruck, dass die Erfüllung der Auflage ebensowenig erzwungen werden kann, wie die der Bedingung.

Einen Hinweis auf die Klagbarkeit von Auflagen könnte man allenfalls in § 711 erblicken, nach dem beim bloßen Wunsch des Erblassers die bedachte Person „nicht angehalten werden“ könne, ihn zu erfüllen. Da es in dieser Norm aber primär darum geht, die auch rechtlich von der bloß sittlich verpflichtenden Anordnung abzugrenzen, ist der Umkehrschluss kaum eine hinreichende Begründung für die Klagbarkeit.⁹⁾ Dementsprechend haben noch *Pfaff/Hofmann* die Klagbarkeit der Auflage verneint.¹⁰⁾ Ihre Auffassung ist mit dem in § 709 positivierten Gleichklang von Auflage und Resolutivbedingung zwanglos vereinbar.

Die Begründungen für eine Klagbarkeit waren im Laufe der Geschichte wechselhaft,¹¹⁾ die moderne Lehre stützt sich vor allem auf *Kralik*,¹²⁾ der den Charakter der Auflage als „echte“, durchsetzbare Verpflichtung aber nicht primär aus dem ABGB, sondern mit Hilfe des Verfahrensrechts zu begründen versucht.

Nach § 158 AußStrG aF mußte bei Substitutionen und Anordnungen, die ihnen nach §§ 707 bis 709 ABGB gleichzuhalten sind, eine Sicherstellung erfolgen. Nach § 161 a AußStrG aF hatte der Erbe außerdem bei Aufträgen nach § 709 vor der Einantwortung darzutun, „daß er sie erfüllt oder die Erfüllung sichergestellt hat“.

Die Sicherstellung nach § 161 a sei nach Art und Umfang nicht identisch mit jener nach § 158 AußStrG aF. „Sie hat nur dann einen Zweck, wenn sie als Fundus für die Erzwingung der Erfüllung im Wege der Zwangsvollstreckung dienen kann.“ Damit ist aber nach *Kralik* „anerkannt, daß die Auflage als echte Verpflichtung nicht nur indirekt über den drohenden Verlust der Zuwendung, sondern direkt durch Exekution erzwungen werden kann“.¹³⁾ Über den Umweg des Verfahrensrechts versucht *Kralik* also den in § 709 positivierten Gleichlauf von Resolutivbedingung und Auflage zu überwinden.

Hier sei dieser Diskussion nur der neue Aspekt hinzugefügt, dass wer *Kralik* folgt, durch das neue Außerstreitgesetz die Argumentationsbasis verloren hat. Eine Sicherstellungsverpflichtung wie in § 161 a AußStrG ist im neuen Recht nicht mehr vorgesehen. Die prozesuale Differenzierung zwischen Resolutivbedingung und Auflage ist weggefallen, beide sind nur noch gem § 178 Abs 2 Z 1 AußStrG als Beschränkung der Rechte des Erben in den Einantwortungsbeschluss aufzunehmen. Die Motiverforschung scheint indes für unsere Fragestellung müßig: tatsächlich wollte der Gesetzgeber der Außerstreitreform mit der Abschaffung (fast) sämtlicher erbrechtlicher Ausweise wohl ebenso wenig zur Rechtsqualität der Auflage Stellung nehmen, wie dies ursprünglich der Gesetzgeber von § 161 a AußStrG tun wollte. Die Beseitigung verfahrensrechtlicher Normen sollte daher den Blick wieder auf die eigentlich maßgebenden materiellrechtlichen Probleme lenken.

Dabei kann ein anderer von *Kralik* hervorgehobener Aspekt sehr wohl und nach wie vor bedeutend sein. „Der Erblasser verfolgt nämlich mit Resolutivbedingung und Auflage verschiedene Zwecke. [...] Bei der Auflage kommt es ihm in erster Linie auf die Erfüllung an“.¹⁴⁾

Ist das so, spricht nichts dagegen, auch einen durchsetzbaren Anspruch auf Erfüllung zu gewähren. Das gesetzliche Grundkonzept ist freilich ein anderes. Es scheint daher nicht ohne weiteres möglich, grundsätzlich direkten Erfüllungsdruck zu bejahen, wo das Gesetz ihn – im Zweifel – nicht wollte. Das Dogma der grundsätzlichen Klagbarkeit ist daher mE zu hinterfragen. Dem gesetzlichen Modell entspricht es besser, Klagbarkeit nur dort anzunehmen, wo der Erblasserwille darauf wirklich hindeutet.

Dabei wäre aber stets zu überprüfen, wie stark der primäre Zweck der Erfüllung wirklich ausgeprägt ist. Vor allem wenn es Auflagenbegünstigte gibt, wird ein Erblasser, dem die Erfüllung so sehr am Herzen liegt, wohl meist dem Begünstigten selbst ein Klagerecht einräumen wollen, sodass ein Legat vorläge. Zu diesem Ergebnis kommt auch *Kralik*, der im Zweifel einen direkten Anspruch dritter Begünstigter und damit ein Vermächtnis bejaht.¹⁵⁾ Damit kann *Kralik* allerdings überhaupt nur als Beleg für die Durchsetzbarkeit von Auflagen dienen, die keine Auflagenbegünstigten haben.

bb) Keine Verwirkung bei Durchsetzbarkeit

Wirklich problematisch wird die grundsätzliche Annahme der Klagbarkeit der Auflage freilich erst durch die damit in enger Verbindung stehende Einschränkung der Verwirkungssanktion: So leitet *Kralik* aus dem unterstellten primären Zweck der Erfüllung auch ab, dass der Verlust der Zuwendung nur ultima ratio sei, „wenn kein anderer Zwang fruchtet“. Der Verlust der Zuwendung soll also (erfolglose) Erzwingungsversuche voraussetzen. In dieselbe Kerbe schlägt das obiter dictum der E 2 Ob 2209/96 h, dass „wohl grundsätzlich von einer exekutiven Durchsetzbarkeit auszugehen ist“.

Hierin offenbart sich das eigentliche Problem. Die Annahme der Klagbarkeit hat dazu geführt, dass die Auflage ihr Charakteristikum, nämlich die Verwirkungssanktion bei Nichterfüllung, verliert, solange die Einhaltung nur irgendwie (sei es exekutiv) durchgesetzt werden kann.

Dafür findet sich im Gesetz keinerlei Anhaltspunkt. Es wird oft zu bezweifeln sein, dass der lockere Umgang des Bedachten mit der Auflage nach dem Erblasserwillen nur deshalb nicht zum Verlust der Bedenkung führen soll, weil der Bedachte noch zur Einhaltung gezwungen werden kann. Es ist mE zu bezweifeln, dass ein Erblasser grundsätzlich die bloß äußerliche Befolgung seines Willens unter Zwang der freiwilligen Unterwerfung um des Erblasserwillens wegen vorzieht. Wo nämlich die Bedenkung Belohnung für die Befolgung des Erblasserwillens ist, gibt es kein „coactus, tamen volui“.

Wendet man diese Grundsätze auf die E 2 Ob 2209/96 h an, wäre es durchaus sinnvoll gewesen, wie die Un-

9) So auch *Rabl*, NZ 1998, 100.

10) Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche II/1 (1877) 617.

11) Vgl den historischen Überblick bei *Rabl*, NZ 1998, 101 f.

12) Diese Auffassung hat nur vereinzelt Kritik erfahren, *Rabl*, NZ 1998, 102.

13) *Kralik*, Erbrecht 265 f.

14) *Kralik*, Erbrecht 265 f.

15) *Kralik*, Erbrecht 268.

terinstanzen den bedachten Erben ihre Zuwendung wieder wegzunehmen, wenn die Bitte, „mit dem [hinterlassenen] Anwesen für meinen gelähmten Sohn und seine Mutter zu sorgen“, mit der grundsätzlichen Verweigerung der Übernahme der Obsorge und finanzieller Unterstützung quittiert und der gelähmte Sohn stattdessen in einem Heim untergebracht wird. Gerade in solchen Fällen kann man sich die erzwungene Aufлагenerfüllung gut als wenig befriedigenden Zustand ausmalen.¹⁶⁾

cc) Abkehr vom Erzwingungserfordernis?

Die Bedeutung der nun vorliegenden E für die Auflage liegt daher vor allem im Schweigen über solche Erzwingungsversuche. Der OGH stellt nach der Qualifikation als Auflage nur fest, dass die schuldhaftige Nichterfüllung zur Verwirkung des Nachlasses führt, und widmet sich sodann der Frage, ob ein Verschulden des Bekl vorliegt. Darin ist ihm uneingeschränkt zuzustimmen. Ob darin gleichzeitig eine sehr zu begrüßende Abkehr vom Erfordernis des Erzwingungsversuchs zu sehen ist, ist der E freilich nicht ausreichend deutlich zu entnehmen.

b) Verwirkung des Erbes im konkreten Fall?

Die Komplexität des konkreten Falls lässt es sinnvoll erscheinen, die Voraussetzungen für den Eintritt der Verwirkungssanktion nach § 709 eingehend zu prüfen.

aa) Inhalt der Auflage

Methodisch an erster Stelle muss dabei – wie auch in der Entscheidung des OGH – die Ermittlung des Inhalts der Auflage stehen. Solange diese nicht verletzt ist, kommt eine Verwirkung nicht in Betracht.

Der OGH kommt zum Ergebnis, dass das vom Erblasser aufgetragene „Streben wenn irgend möglich“ K nur soweit verpflichtet, sofern Rückforderungsansprüche möglich sind. „Der Erbe hat daher nicht alle nur erdenklichen, sondern lediglich die nach der rechtlichen und politischen Lage sinnvollen Schritte zu setzen.“ Dies erscheint auf den ersten Blick schlüssig und gänzlich unbedenklich.

Auf den zweiten Blick können allerdings an dieser Einschränkung durchaus Zweifel kommen. Dass dem Erblasser die Restitution ein Herzenswunsch war, steht fest. Will man den Erben nur zu bestimmten Maßnahmen verpflichten, muss es auf eine ex ante Betrachtung ankommen, weil die Einschränkung sonst wertlos wäre. Die Befürchtung, dass die Beschränkung der Pflicht Ks auf „sinnvolle Schritte“ die Restitutionschancen verringern kann, ist freilich kaum zu entkräften, birgt sie doch das Risiko jeder (vorsichtigen?) ex ante Beurteilung in sich. Am klügsten ist man eben hinterher. Wer hätte es vor fünf Jahren nach mehreren gescheiterten Versuchen in Österreich für „sinnvoll“ erachtet, die Republik Österreich vor dem Bezirksgericht Central California auf Rückgabe von sechs Klimt-Bildern zu klagen? Nachdem sich dann sogar der Supreme Court der USA mit dem Fall beschäftigt¹⁷⁾ und ein Schiedsgericht einstimmig die Restitution beschlossen hat,¹⁸⁾ hängt Klimts „Goldene Adele“ heute bekanntlich nicht mehr im Belvedere, sondern in der Neuen Galerie in New York.

bb) Ermessensspielraum und Kontrolle des Belasteten

Der OGH befürwortet demgegenüber die grundsätzliche Einschränkung auf „sinnvolle“ Schritte. „Bei der Beurteilung, welche Maßnahmen sinnvoll sind, ist ein gewisser Ermessensspielraum des Bekl anzunehmen“, dies unter anderem deshalb, weil der Bekl als Familienoberhaupt dem Hausgesetz entsprechend eine besondere Stellung habe, die zwar selbstverständlich in Verantwortung vor der Familie auszuüben, aber nicht bis in die letzten Details einer rechtlichen Kontrolle unterworfen sei. „Zusammenfassend gilt daher, dass ein vorwerfbarer Verstoß gegen die Auflage nur dann vorläge, wenn der Bekl beim Unterlassen der Anspruchsverfolgung seinen Ermessensspielraum überschritten hätte“.

Bei flüchtiger Lektüre der Ausführungen zur Verwirkung könnte der Eindruck entstehen, der OGH wolle nach drei Kriterien prüfen: 1) dem Bestehen sinnvoller Restitutionsmöglichkeiten; 2) der Ermessensausübung durch den Bekl und 3) der (anschließenden?) verschuldeten Unterlassung der Rückforderung, wenn bei objektiv realistischen Chancen die Ermessensausübung auch subjektiv aussichtsreiche Chancen ergeben hat.

Damit scheint man zu einem überschießenden Ergebnis zu kommen, die Verwirkung rückt in weite Ferne, weil der Nachweis gelingen müsste, dass K an sich sinnvolle Maßnahmen (1), die er auch selbst für realistisch halten musste (2), wider besseres Wissen nicht gesetzt hat (3). Im Erbschaftsstreit wäre daher – mit dem OGH – inzident ein hypothetischer Verfahrensausgang zu prüfen.

Tatsächlich bleibt aber zumindest die Bedeutung des Ermessensspielraums im Dunkeln. ME muss der OGH so verstanden werden, dass auch wenn man eine Beschränkung auf „sinnvolle“ Schritte annimmt, hinter dem Ermessensspielraum und dem Verschulden dieselbe Frage steckt: hat der Bekl vorwerfbar die Geltendmachung von Restitutionsansprüchen unterlassen? Eine eigenständige Bedeutung kommt dem „Ermessen“ bei der Auflage aber nicht zu.

Auf dieser Ebene des Verschuldens ist auch die vom Bekl gestellte Frage angesiedelt, ob er gegen „Windmühlen kämpfen musste“: Da der Bekl keine Restitutionsanträge gestellt hat, geht es darum, ob er das bei gehöriger Sorgfalt hätte tun müssen. Der Sorgfaltsmaßstab wurde dabei vom Erblasser vorgegeben, indem er K nicht etwa nur dazu aufgefordert hat, sich bei Gelegenheit um eine Restitution zu kümmern, sondern ihn „verhalten“ hat, „sobald dies möglich sein wird“ „wenn irgend möglich“ die Restitution anzustreben. Die Dringlichkeit des Wunsches ist eindeutig und Programm für die Frage, ob K vorwerfbar die Restitution unterlassen hat. Dabei mag man durchaus die Auffassung vertreten, der Kampf gegen Windmühlen solle dem Bekl erspart bleiben. Was der Erblasser aber sicher verlangt hat, war zu versuchen, eine vertretbare Rechtsansicht auch durchzusetzen.

16) In diesem Fall wäre mE auch relevant gewesen, dass bei Verwirkung der Zuwendung gerade die Auflagebegünstigten zum Zug gekommen wären.

17) 541 U.S. 677 (2004).

18) www.adele.at/Schiedsspruch/Schiedsspruch.pdf

In diesem Licht ist mE auch kritisch zu sehen, wenn der OGH meint, der Bekl solle als Familienoberhaupt keiner gerichtlichen Kontrolle „bis in die letzten Details“ ausgesetzt sein. Der Verweis auf das Hausrecht der Familie kann überhaupt nur überzeugen, wenn das Hausrecht durch den Erblasserwillen zum Maßstab gemacht wurde. Das wird man annehmen können, allerdings ist es zweifelhaft, dass das Hausrecht geeignet ist, bei einer Anordnung, die dem Erblasser so wichtig war, dass er sie mehrfach, in verschiedenen Absätzen seiner Verfügung behandelt, die Kontrolle abzumildern. Man würde – insb auch in Anbetracht der Vorgeschichte, nach der K nicht geborenes, sondern gekorenes Familienoberhaupt ist – wahrscheinlich eher das Gegenteil vermuten.¹⁹⁾

cc) Möglichkeit von Restitutionsansprüchen

Zu welchen Schwierigkeiten die Voraussetzung „sinnvoller“ Ansprüche führt, illustriert der vorliegende Fall anschaulich:

Zu den tschechischen Restitutionsgesetzen kann hier zwar nicht Stellung genommen werden, die zwischen den Parteien strittige Frage referiert der OGH aber im wesentlichen mit dem Anwendungsbereich der Restitutionsgesetze. „Sie erfassen unter gewissen Voraussetzungen auch Enteignungen auf Grund der Benes-Dekrete“. Es ist aber unklar, ob das Familienvermögen schon durch die Benes-Dekrete enteignet wurde: Für manche Güter der Familie der Streitparteien wurde nämlich später – wohl wegen der besonderen Bedeutung der Familie und des enormen wirtschaftlichen Werts des Vermögens – ein eigenes Gesetz erlassen,²⁰⁾ für das keine Restitution vorgesehen ist. Nun legt das Bestehen eines Sondergesetzes wohl – wie auch der OGH annimmt – nahe, dass der historische Gesetzgeber eine Notwendigkeit dafür sah. „Nach Auffassung der Kl war dieses Gesetz demgegenüber völlig wirkungs- und damit sinnlos, weil die Enteignung der hier strittigen Güter ohnehin bereits durch die Benes-Dekrete vorgenommen worden“ und damit eine Restitution möglich sei.²¹⁾

dd) Zusammenfassung

K ist aus einer Auflage verpflichtet, „wenn irgend möglich“ Restitutionsansprüche anzustreben.

Eine schuldhaft Verletzung dieser Pflicht führte zur Verwirkung des gesamten (österreichischen und tschechischen) Erbes.

Ob K die Auflage erfüllt hat, hängt zuerst von ihrem Umfang ab. Eine Beschränkung seiner Verpflichtung auf „sinnvolle“ Maßnahmen ist dabei nicht zwingend und birgt – je nach Auslegung des Sinnhaftigkeitskriteriums – das Risiko in sich, den Erblasserwillen sogar zu konterkarieren.

Wenn der Umfang der Verpflichtung auf die Geltendmachung sinnvoller Maßnahmen eingeschränkt sein soll, sind diese sinnvollen Maßnahmen durch eine ex ante Betrachtung festzustellen. Was sinnvoll ist, hat dann der Erblasser durch die Dringlichkeit seines Restitutionswunsches festgelegt.

Wenn K im Lichte des Erblasserwillens gebotene Maßnahmen schuldhaft unterlassen hat, geht er seiner letztwilligen Bedenkung verlustig. Für ein Kriterium

des „Ermessensspielraumes“ bleibt dabei kein Platz, für die Frage einer schuldhaften Untätigkeit spielt die Wahrscheinlichkeit einer Restitution aber sehr wohl eine Rolle.

Eine „mildere“ Kontrolle der Pflichterfüllung Ks, unter Berufung auf seine besondere Position als Familienoberhaupt, könnte nur aus dem Erblasserwillen abgeleitet werden. Ein isolierter Rekurs auf das Hausrecht der Familie vermag dies nicht zu begründen. Dass der Erblasser gerade hier eine mildere Kontrolle rechtfertigt, kann der Verfügung nicht hinreichend deutlich entnommen werden.

2. Ersatzerbschaft

Wie erwähnt, geht die Kl davon aus, „dass ihr wegen der Untätigkeit des Bekl (und seiner behaupteten persönlichen Unfähigkeit) die Möglichkeit jeder nur denkbaren Anspruchsverfolgung eröffnet werden müsste“. Auf Basis der Auflage ist dieses Begehren zweifellos überschießend und daher nicht gerechtfertigt. Doch auch die 2. Anordnung des Erblassers (Ersatzerbschaft), auf die noch einzugehen ist, stützt ein solches Begehren nicht.

Der Erblasser hat angeordnet, dass für Ansprüche, deren Geltendmachung „auf einen bestimmten Erbenkreis eingeschränkt sein [wenn] mein Universalerbe diesem nicht angehören sollte, [...] die gesetzliche Erbfolge platzgreifen“ soll. Der OGH sieht diese Klausel zutreffend in der Nähe einer Ersatzerbschaft.

Die auf den ersten Blick etwas kryptisch anmutende Klausel hat jedenfalls – anders als die Auflage – nichts mit schuldhaftem Verhalten des Erben zu tun. Der Erblasser hat durch diese Klausel vielmehr versucht, für alle Eventualitäten und Unwägbarkeiten vorzusorgen. Er hatte schließlich über Ansprüche zu verfügen, die zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung noch nicht bestanden haben und konnte weder absehen ob, noch wann Restitutionsgesetze erlassen und wie diese ausgestaltet sein würden.

Dass es nicht um ein Verschulden des Erben geht, sieht auch der OGH so, freilich ist seine Formulierung auslegungsbedürftig, der Erblasser habe damit „für einen speziellen Fall der Auflagennichterfüllung eine ausdrückliche Anordnung getroffen.“ Die Klausel hat ja gerade Ansprüche zum Gegenstand, die K nicht selbst geltend machen kann.

Will man trotzdem von einer Auflagennichterfüllung ausgehen, müsste man Ks Verpflichtung durch den Erblasser auch auf Fälle erstrecken, in denen er selbst gar nicht tätig werden kann: er sollte wollen, was er nicht vermag. Die Auflage so weit zu spannen, erscheint zweifelhaft. Im Ergebnis handelt es sich dabei jedoch wohl um einen Streit um Worte: An Ks Rechtsposition würde ein so weites Verständnis der Auflage nämlich auch nichts ändern, weil eine Verwirkung dann eben (erst) auf der Ebene des Verschuldens ausgeschlossen würde.²²⁾ Gerade im Licht der eben referierten

19) Zur Tragfähigkeit der Familienoberhaupt-Argumentation siehe noch unten Punkt 3.

20) Gesetz Nr 143/1947.

21) Dass der Erblasser ausweislich seines Testaments davon ausgegangen ist, dass das Vermögen durch das Gesetz Nr 143/1947 enteignet wurde, spielt dafür keine Rolle.

22) Siehe gerade oben bei C. 1.

Ausführungen des OGH, dass die Auflage nur sinnvolle Ansprüche umfassen soll, scheint die Einordnung der „Ersatzerbschaft“ als Anordnung für einen speziellen Fall der Auflagennichterfüllung aber missverständlich, der OGH zieht jedoch in der Folge die mE richtigen Konsequenzen und unterscheidet an anderer Stelle auch scharf zwischen Auflagennichterfüllung und Ersatzerbschaft.

In der Substitutionsklausel beschäftigt sich der Erblasser also mit Fällen, in denen eine Restitution nur an der Person Ks scheitern könnte, weil ihm (von einem allfälligen zukünftigen Gesetzgeber) die Geltendmachung von Restitutionsansprüchen verwehrt würde. Man darf vermuten, dass der Erblasser dabei an die Adoption gedacht hat. Unterstellt man beispielhaft eine – tatsächlich soweit ersichtlich nicht vorgesehene, vom Erblasser aber vielleicht befürchtete – Einschränkung von Restitutionsberechtigten auf einen Kreis leiblicher Nachkommen des Erblassers, sollten die gesetzlichen Erben an Ks Stelle zur Restitution berufen sein, um den endgültigen Heimfall an den tschechischen Staat zu verhindern. Die Klausel knüpft also an die Unmöglichkeit der Geltendmachung von Restitutionsansprüchen durch K an,²³⁾ sie versucht zu verhindern, dass das Testament selbst zum Hindernis einer Restitution wird und hat nichts mit einem Verschulden des Erben zu tun. Wie der OGH treffend formuliert: „Eine vorwerfbare Auflagenverletzung kann [...] nicht der ausdrücklich geregelten rechtlichen Unmöglichkeit der Auflagennichterfüllung gleichgehalten werden.“

Die Bedeutung, die der Klausel zukommt, ist daher ein Reflex der Auflage und damit auch der tschechischen Restitutionsgesetze, deren Betrachtung hier explizit ausgeklammert wird. Ist K zur Geltendmachung bestimmter Ansprüche verpflichtet und bleibt dennoch untätig, kommt es zur Auflagenverletzung. Kann K hingegen die Restitution gar nicht anstreben, sind die gesetzlichen Erben dazu berufen, dies zu tun.

Um im Beispiel zu bleiben: Wenn es im tschechischen Recht Gründe gibt, die eine Geltendmachung der Restitution durch K verhindern (wie eine Beschränkung auf leibliche Kinder des Erblassers oder ein sonstiger Ausschluss von Adoptivkindern), wäre ohne weiteres die Kl zur Geltendmachung berufen.

Dass in einem solchen Fall objektiver Unmöglichkeit einer Restitution an K die gesetzlichen Erben die Restitution betreiben können sollten, entspricht durchaus der Gesamtanlage des Testaments: Zwar sollte primär das Familienvermögen als Ganzes und ungeteilt erhalten bleiben. Als Teil dieses Vermögens begriff der Erblasser ohne Zweifel auch zukünftige Restitutionsansprüche. Vor die Wahl gestellt, was zu geschehen habe, wenn eine Restitution an den Erben nicht erfolgen kann, hat sich der Erblasser aber natürlich für eine Rückerlangung durch den Rest der Familie entschieden, anstatt das Vermögen dem tschechischen Staat zu überlassen: was dem Erben und dem Ziel der Vermögensbindung nicht schaden, aber immerhin der Familie nützen kann, ist im Sinne des Erblassers.

Schon das Berufungsgericht stellt daher die maßgebende Frage, ob K an der Geltendmachung von Ansprüchen gehindert sei, während die Kl wenigstens eine berechtigte Chance auf eine Anspruchsverfolgung vor

den tschechischen Gerichten (allenfalls auch inter- und supranationalen Spruchkörpern) habe.²⁴⁾

Aus all dem folgt, dass auch die Anordnung der Ersatzerbschaft das Begehren der Kl auf Eröffnung „jeder erdenkbaren Anspruchsverfolgung“ nicht stützen kann. Sie wäre nach dieser Klausel dann zur Geltendmachung von Restitutionsansprüchen berufen, wenn K daran gehindert wäre.

3. Adoptionen

Wie erwähnt ist K kein leiblicher Sohn des Erblassers und daher nicht geborenes Familienoberhaupt der Primogenitur der Familie, sondern wurde vom Erblasser H – den familiären Usancen entsprechend – adoptiert (Adoption 2). H wurde seinerseits 1940 von A adoptiert (Adoption 1). Zur damaligen Zeit waren die Güter der Familie gerade von der Gestapo beschlagnahmt, die Adoption erfolgte also in familiär wie weltpolitisch turbulenten Zeiten.

Es ist leicht vorstellbar, dass solche Adoptionen Anlass zu Streitigkeiten geben können, immerhin hängt die rechtliche, aber auch symbolische Position des Familienoberhauptes an ihrer Gültigkeit. Der Einwand der Kl, K sei nie gültig adoptiert worden, der Ersatzerbfall schon deshalb eingetreten, weil K keinerlei Legitimation habe, nimmt daher nicht wunder.

Bei der Adoption des Erblassers H durch A (Adoption 1) vermeint der unbefangene Leser freilich, das beide Streitparteien einende Element gefunden zu haben, geht doch auch der OGH davon aus, dass beide Streitparteien Ansprüche jedenfalls nur dann geltend machen können, wenn die Adoption des Erblassers H durch A nach tschechischem Recht wirksam sei.²⁵⁾

Umso erstaunlicher ist es im Lichte dessen, dass K selbst offenbar die Unwirksamkeit der Adoption Hs durch A (Adoption 1) behauptet. So schneidet K aber Restitutionsansprüche für sich und alle anderen ab, worauf der OGH explizit hinweist.

Maßgebend für die Gültigkeit der Adoption Hs nach tschechischem Recht ist nach der E des OGH, ob die Adoption damals von einem zuständigen Gericht bestätigt wurde. Die Suche nach der materiellen Wahrheit könnte man sich unter Umständen ersparen, weil eine deutsche Entscheidung aus dem Jahr 2003 die Gültigkeit feststellt. Die Rechtskraft der deutschen Entscheidung könnte – worauf hier nicht näher einzugehen ist – eine Bindungswirkung auch für das tschechische Recht entfalten.²⁶⁾ Beides wird aber von K bestritten.

Der OGH behandelt die aus der Ungültigkeit der Adoption des Erblassers resultierenden Probleme unter dem Aspekt des Bestehens von Restitutionsansprüchen. War die Adoption ungültig, könnte – unter der Prämis-

23) Sie setzt dabei offenbar eine abgeleitete Rechtsstellung der Restitutionsberechtigten voraus. Würden die Restitutionsgesetze originär bestimmte Personen berufen, ginge die Anordnung ins Leere.

24) Die Bezugnahme auf internationale und supranationale Spruchkörper erfolgt dabei sicherlich zu Recht. Das Spektrum von Restitutionsmöglichkeiten sollte durch das Testament keinesfalls eingeschränkt werden.

25) Vgl FN 23.

26) Der OGH hält zutreffend fest, dass nur diese Frage hier (als Vorfrage für das Bestehen von Restitutionsansprüchen) interessiert. Das Berufungsgericht hatte demgegenüber noch überlegt, inwiefern es selbst durch die deutsche Entscheidung gebunden sein könnte.

se, dass die Auflage nur realistische Ansprüche erfasst – die Frage einer schuldhaften Auflagenverletzung dahinstehen, weil es dann gar nichts durchzusetzen gibt.

Dieser Dimension des Problems sei hier jedoch noch eine weitere Überlegung hinzugefügt:

Wenn K schon die Gültigkeit der Adoption des Erblassers H bestreitet, erkennt er diesem nicht nur posthum die Position als Oberhaupt des Fürstenhauses ab; er macht dadurch gleichzeitig die Chancen auf jedwede Restitution zunichte und brächte die Primogenitur zum Erlöschen, zu deren Oberhaupt ihn der Erblasser machen wollte und deren Vermögen ihm deshalb anvertraut wurde. Die Behauptung der Ungültigkeit der Adoption Hs führte nämlich dazu, dass die Primogenitur schon mit dem Tod As erloschen und nur noch die Sekundogenitur, der K eigentlich entstammt, übrig wäre.

Dies kann mE nicht nur auf der Ebene der Möglichkeit oder „Sinnhaftigkeit“ von Restitutionsansprüchen eine Rolle spielen. Schließlich sollte K Alleinerbe Hs „als neues Familienoberhaupt“ sein.

Damit ist man bei einem Paradoxon dieses Falles angelangt, das mE im weiteren Verfahren eine Rolle spielen wird: Alle Vorteile des Bekl folgen nämlich aus einer Rechtsstellung, die er offenbar selbst bestreitet. Das gilt schon für die Einsetzung als Erbe, die eben „als neues Familienoberhaupt“ und unter mehrfacher Bezugnahme auf das Hausgesetz erfolgte und mit strengen Auflagen über Restitutionsbemühungen verknüpft wurde. Das gilt in weiterer Folge aber auch für die vom OGH befürwortete mildere rechtliche Kontrolle der Befolgung der Auflagenverpflichtungen und dem „Ermessensspielraum bei der Geltendmachung von Restitutionsansprüchen“. Wenn all das aus der Stellung als Oberhaupt der Primogenitur folgen soll, kann sich

der unbefangene Leser des Eindrucks nicht erwehren, dass K, indem er diese Position bekämpft, den Ast absägt, auf dem er selbst sitzt.

Wie sich diese Vorgangsweise genau auswirken soll, ist schwer zu beurteilen, weil dem Zurückverweisungsbeschluss des OGH – seiner Aufgabe durchaus entsprechend – nur wenig Informationen zur Adoptionsproblematik zu entnehmen sind.

In Frage käme natürlich eine Subsumtion unter die Ersatzerbschaft. Wenn der Erbe selbst davon ausgeht, Ansprüche nicht geltend machen zu können, stellt sich die Frage, was man ihm wegnimmt, wenn man den Ersatzerben die Chance gibt. Nützt es nicht, schadet es bestimmt auch nicht. Die Bestreitung der Adoption könnte jedoch auch unter dem folgenschwereren Aspekt der Auflagenverletzung relevant sein. Man kann natürlich von niemandem verlangen, sich eine Adoption zu „erschleichen“ (vgl nur § 698)²⁷⁾. Wenn der Erbe aber aus eigenem versucht, seine Abstammung zu beseitigen, etwa durch Bestreitung der deutschen Entscheidung – so sie denn in der Tschechischen Republik anerkannt würde –, könnte dies durchaus auch als Auflagenverletzung begriffen werden. Dabei ist mE zu bedenken, dass K zu seiner (juristischen) Abstammung nicht gezwungen wurde, sondern die Vorteile der Nachfolge in der Primogenitur genießen will, diese Nachfolge aber offenbar gleichzeitig bestreitet.

Die rechtliche Bedeutung der Adoptionsproblematik erschöpft sich daher mE nicht in der Vorfrage der Möglichkeit von Restitutionsansprüchen nach tschechischem Recht, sie rührt vielmehr am Fundament der Verfügung.

27) *Apathy* in KBB² § 710 Rz 3.

→ In Kürze

Das streitige Familienvermögen wäre zur Gänze dadurch verwirkt worden, wenn der beklagte Fürst schuldhaft dem Erblasserwillen zuwidergehandelt hat. Dabei ist auch zu berücksichtigen, daß der Kläger seine eigene Abstammung bekämpft. Unabhängig davon gilt: Hat die Klägerin Chancen auf Restitutionsansprüchen, die der Beklagte nicht hat, so soll sie diese nach dem Erblasserwillen wahrnehmen können.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Martin Spitzer ist Universitätsassistent am Institut für Zivilrecht in Wien. Kontakt: Schottenbastei 10–16, 1010 Wien; E-Mail: martin.spitzer@univie.ac.at

Vom selben Autor erschienen:

Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht² (2008); *Spitzer*, Die Pfandverwertung im Zivil- und Handelsrecht (2004)

Literatur:

Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht (2007); *Rabl*, Die Nichterfüllung letztwilliger Auflagen, NZ 1998, 97; *Spitzer*, Inländische Gerichtsbarkeit und Immunität. Ein Beitrag anlässlich 2 Ob 258/05 p, ÖJZ 2008, 871.

