

wirkungen festgestellten – Ausweiten der Zahl der eingestellten Pferde zusammenhängen. Das Ausweiten der Zahl der ursprünglich eingestellten 16 Pferde findet in den Gründen nur insoweit Niederschlag, als es dem Baurechtsvertrag nicht zu entnehmen sei.

3. Der 5. Senat will allerdings das „äußerste Notventil“ des Auflösens des Baurechtsvertrags erst zulassen, wenn der Liegenschaftseigentümer den „Missstand“ nicht zureichend durch Unterlassungsklagen abwehren könnte.

Der Gebrauch der Einzahl zum Missstand ist entlarvend. Der Senat zieht also nicht in Betracht, dass – wie im Fall von 5 Ob 122/12 w gegeben – eine Vielzahl von Missständen eine Vielzahl von Unterlassungsklagen erfordern könnte, was das Gesamtverhalten der Baurechtsberechtigten unzumutbar machte, wie die Kl schon in der Klage behauptet hatten. Warum der 5. Senat diesem Klagsgrund nicht weiter nachgegangen ist, findet sich nicht begründet.

4. Alles in allem überzeugt die Position des 4. Senats. Wozu sollen Unterlassungsklagen erforderlich sein,

wenn der Partner des Dauerschuldverhältnisses aus der Anwaltskorrespondenz die Ernsthaftigkeit des Auflösungswillens der anderen Seite kennt und sich der Unzumutbarkeit seines Verhaltens bewusst sein muss? Auch das Einbeziehen des Gesamtverhaltens, also auch betreffend beeinträchtigte Nachbarliegenschaften ist richtig, ungeachtet der formalen Schlüsse aus § 12 Abs 2 GBG, steht doch zu 5 Ob 122/12 w fest, dass eine auch gepachtete Liegenschaften miterfassende Vertragseinheit besteht, an der angesichts des Wortlauts der Präambel kein Zweifel bestehen kann.

Verwundern muss endlich, dass sich die fast genau drei Monate jüngere Entscheidung mit keinem Wort mit der älteren auseinandersetzt und dementsprechend keinen Versuch unternimmt, sich mit deren abweichenden Gewichtigungen und gegensätzlichen Ergebnissen argumentativ zu beschäftigen. Solche Judikatur ist schon aus diesem Grund nicht überzeugend.

Hans Hoyer

Erbrecht

NZ 2014/15

§ 709 ABGB

Entscheidung in der Causa „S“; Auflagenverletzung; Ersatzerbschaft

OGH 25. 10. 2012, 2 Ob 166/11 t (OLG Graz 26. 5. 2011, 3 R 148/10 z; LG Leoben 10. 8. 2010, 7 Cg 24/00h)

Zulassung o Rekurs

Aus der Begründung:

Die Kl ist die Tochter von Dr. H S, der Bekl dessen Adoptivsohn.

Dr. H S war seinerseits von seinem Cousin Dr. A S adoptiert worden. Dieser Kindesannahmevertrag vom 29. 3. 1940 wurde von einem nach der Besetzung der Tschechoslowakei durch Deutschland im „Protektorat Böhmen und Mähren“ tätigen Notar verfasst. Diese Adoption war aus Sicht des heutigen tschechischen Rechts nur wirksam, wenn der Adoptionsvertrag von einem damals zuständigen Gericht bestätigt und die Bestätigung rechtskräftig wurde. Ob dies geschah, ist zwischen den Parteien str.

Das Vermögen des Dr. A S wurde noch im Jahre 1940 durch die „Gestapo“ konfisziert und unter eine sogenannte Treuhandverwaltung gestellt. Unmittelbar nach Ende des Zweiten Weltkriegs wurden in der damaligen Tschechoslowakischen Republik im Rahmen der Nationalisierung umfangreiche Konfiskationen und Enteignungen durchgeführt (Beneš-Dekrete). Ob diese Maß-

nahmen auch das Vermögen des Dr. Adolph S erfassten, ist zwischen den Parteien ebenfalls str.

Unmittelbar auf dieses Vermögen bezog sich jedenfalls das tschechoslowakische Gesetz Nr 143/1947 v 10. 7. 1947 (die „Lex S“), nach dessen § 1 Abs 1 „das in der Tschechoslowakei befindliche Eigentum am Vermögen der Primogeniturlinie der Familie S in F kraft Gesetzes in dem im Abs 2 bestimmten Umfang auf das Land Böhmen übertragen“ wird. Abs 2 normiert, dass unter Vermögen gem Abs 1 „der unbewegliche landwirtschaftliche, forstwirtschaftliche, teichwirtschaftliche, Industrie-, Handels- und Gewerbebesitz zu verstehen ist, der grundbücherl J, J, F und Dr. A S zugeschrieben ist, inbegriffen alle Gebäude und Schlösser mit ihrer Einrichtung und allen Rechten und Verpflichtungen, ferner das tote und lebende Inventar mit allen Vorräten und schließlich alles Betriebskapital“ fällt. Besondere Verwaltungsakte zur Durchführung dieses Gesetzes waren nicht vorgesehen.

Dr. A S verstarb im Februar 1950 in Italien. Er bestimmte Dr. H S zu seinem Universalerben.

Dr. H S wiederum nahm den Bekl, der aus einer seit 1771 bestehenden Sekundogenitur des Hauses stammt, im Jahre 1960 an Kindes statt an. Über seinen Nachlass verfügte er zuletzt mit Testament von November 1960 samt einem Nachtrag vom Juni 1965. Das Testament lautet auszugsweise wie folgt:

„A) Berufung des Universalerben:

1) Zu meinem Universalerben bestelle ich gemäss den Bestimmungen der Fideikommiss-Errichtungsurkunde

vom 22. Oktober 1703 meinen ältesten leiblichen ehelichen Sohn, und wenn dieser vor mir versterben sollte, dessen jeweils ältesten leiblichen ehelichen Sohn.

2) Falls ich ohne Hinterlassung der gem Ziffer 1) zunächst zur Universalerbfolge berufenen männlichen leiblichen Nachkommenschaft versterben sollte, berufe ich meinen Adoptivsohn ..., geb am ... [= Bekl] bzw im Falle seines Vorversterbens seinen ältesten ehelichen leiblichen Nachkommen im Mannesstamm als Universalerben [...].

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

Ausdrücklich vermache ich fernerhin meinem Universalerben alle Ansprüche, welche mir bzw meinem Rechts- und Besitzvorgänger Dr. Adolph S aus dem Titel der heutigen oder erst zu erlassenden Wiedergutmachungs-, Entschädigungs-, Lastenausgleichs-, Rückstellungs- und wie immer Namen habenden Gesetzgebung betreffend die Entschädigung der in den Jahren 1940 bis 1945 durch die Beschlagnahme und Kriegereignisse und späterhin durch die Expropriation und Handlungen der Besatzungsmächte verursachten Schäden und Vermögensnachteile zustehen, insoweit ich nicht hierüber im Abschnitt C, Art I, dieses Testaments anderweitig verfüge. 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 platz greifen. [...]

D) Letztwillige Anordnungen an Erben und Legatäre:

Es ist mein Wunsch, dass mein Universalerbe, aber auch der etwa gemäss Abschnitt C, Ziffer 1) dieses Testaments in den Besitz der ‚Standesherrschaft S‘ gelangende Vermächtnisnehmer, die ihnen hinterlassene Vermögensmasse als Einheit und möglichst ungeschmälert für die Familie erhalten. Wenn ich auch von der Einsetzung fideikommissarischer Erben und Nacherben Abstand nehme, bitte ich sie dennoch, in ihren letztwilligen Verfügungen eine Zersplitterung des jahrhundertealten Besitzes zu vermeiden, die Bestimmungen der Fideikommiss-Errichtungsurkunde vom 22. Oktober 1703 sinngemäss und auch auf das Allodgut anzuwenden und ihren Erben in ihren Testamenten die analoge Beachtung dieser Erbfolgeordnung nahezulegen, sofern dem nicht gesetzliche Bestimmungen zwingend entgegenstehen. [...]

E) Auslegung des Testamentes:

Sollte es zwischen den Angehörigen meiner Familie beziehungsweise zwischen meinem Erben und Vermächtnisnehmern zu Unstimmigkeiten über die richtige Auslegung meines letzten Willens kommen, ist es mein Wunsch und Auftrag, dass diese Unstimmigkeiten [...] derart bereinigt werden, wie es dem wohlverstandenen Interesse der Familie an der Erhaltung des Besitzes am besten entspricht [...].“

Im Nachtrag vom Juni 1965 heisst es ua:

„5) Im Abschnitt A (Berufung des Universalerben) dritter und vierter Abs (Seiten 4 und 5) meines Testamentes vom 24. November 1960 habe ich meinem Universalerben auch meine Ansprüche auf Rückgabe oder Entschädigung des meinem Rechts- und Besitzvorgänger konfiszierten, in der Tschechoslowakei gelegenen Vermögens bzw die aus diesem Titel abzuleitenden Ansprüche nach Maßgabe der heutigen oder erst zu erlassenden Wiedergutmachungs-, Entschädigungs-, Lastenausgleichs-, Rückstellungsgesetze hinterlassen.

Von der allenfalls wie immer Namen habenden, aus dem Titel der Entschädigung für die in der Tschechoslowakei erlittenen Vermögensverluste zuerkannten Abgeltung bzw Naturalrestitution gebührt meiner leiblichen Tochter E [= Kl] beziehungsweise ihren Rechtsnachfolgern ein ihrem Vermächtnis zum Nachlass entsprechender Anteil (das sind 25%), der jedoch nur nach Maßgabe der tatsächlichen empfangenen Entschädigung auszubehalten, oder im Falle der Naturalrestitution ins Eigentum meiner Tochter zu übertragen oder aber in Geld abzulösen ist.“

Dr. H S starb im Juli 1965. Der Nachlass wurde im Juli 1967 dem Bekl aufgrund des Testamentes eingeworben. Die damals noch mj Kl erklärte, vertreten durch einen Vormund, auf alle Erbrechts- und Erbschaftsansprüche zu verzichten, mit Ausnahme der ihr vermachten Anteile an einer „allfälligen, aus dem Titel der Konfiskation der in der tschechischen Republik gelegenen Vermögenswerte zuerkannten Abgeltung oder Ersatzleistung“, wobei der Testamenterfüllungsausweis gleichzeitig festhält, dass „bisher weder eine Rückstellung dieses Vermögens (oder von Teilen davon) erfolgt, noch eine Entschädigung ausbezahlt“ worden sei.

In den Jahren 1991 und 1992 traten in der Tschechoslowakei mehrere Restitutionsgesetze in Kraft. Sie erfassen unter gewissen Voraussetzungen auch Enteignungen aufgrund der Beneš-Dekrete. Eine Rückgabe des mit der Lex S entzogenen Vermögens ist darin nicht vorgesehen und nach dem zeitlichen Anwendungsbereich (Vermögensübernahmen in der Zeit von der Machtübernahme durch die kommunistische Partei bis zur Wiederherstellung der demokratischen Staatsordnung: 25. 2. 1948 bis 1. 1. 1990) ausgeschlossen. Beide Parteien können darüber hinaus – soweit es dafür auf die gesetzliche Erbfolge ankommt – nur dann Ansprüche geltend

machen, wenn die Adoption von Dr. H S durch Dr. A S nach tschechischem Recht wirksam ist.

Der Bekl war bei Inkrafttreten der Restitutionsgesetze tschechischer Staatskanzler. Bei einem Gespräch im März 1992 vertrat er gegenüber der Kl und deren Ehemann den Standpunkt, dass eine Antragstellung nach den Restitutionsgesetzen aussichtslos sei, weil diese die strittigen Liegenschaften nicht erfassen. Solange er Staatskanzler sei, wolle er keine Schritte zur Restitution setzen. Im Dezember 1992 erklärte er nochmals, dass er auf Grundlage der Restitutionsgesetze keine Anträge einbringen werde.

Die Kl stellte seit 1993 mehrere Restitutionsanträge, die mit einer Ausnahme erfolglos blieben. Am 7. 3. 2009 entschied der Verfassungsgerichtshof der Tschechischen Republik zu Gunsten der Restitution eines Teils des Vermögens der Erben des Dr. A S. Das Verfassungsgericht betrachtete die Gruft (Grabgelege) der Familie S in D ihrer Natur nach als ausgesprochen persönliche oder familiäre Angelegenheit. [...] Sie sei ein Ort, auf den sich der Schutz der Pietät beziehe, die [...] Teil des Rechts auf Familienleben der [Kl] sei. Das Verfassungsgericht war deshalb der Auffassung, dass der Charakter dieses Baus es nicht ermöglicht, es „in die Kategorie des Vermögens nach § 1 Abs 2 Ges Nr 143/1947“ einzuschließen, welches „gem § 1 Abs 1 leg cit dem Übergang auf das Land Böhmen unterlag“.

Die Kl begehrt zuletzt folgendes Urteil:

„1. Die Kl ist Alleinerbin der Ansprüche auf das Dr. Adolph S in der Tschechoslowakischen Republik entzogene Vermögen laut letztwilliger Verfügung vom 24. 11. 1960 ihres am 18. 6. 1965 verstorbenen Vaters, Dr. Heinrich S.

In eventu:

Es wird festgestellt, dass die Kl [...] als Erbin nach dem am 18. 6. 1965 verstorbenen Dr. Heinrich S und aufgrund des Testaments vom 24. 11. 1960 samt Nachtrag vom 4. 6. 1965 allein berechtigt war und ist, die Ansprüche gem Punkt A, Seiten 4 und 5, Testament 24. 11. 1960, auf Rückgabe oder Entschädigung im Gebiet der Tschechischen Republik entzogenen Vermögens geltend zu machen und Entschädigungen in Empfang zu nehmen, sowie Sachen, Liegenschaften ua Vermögenswerte in ihr Eigentum zu übernehmen.

2. Der Bekl ist schuldig, alle zur Verfolgung und Durchsetzung von Rückgabe-, Restitutions- und Entschädigungsansprüchen gegenüber der Tschechischen Republik und zur Erlangung des Eigentums am Nachlassvermögen auf dem Gebiet der Tschechischen Republik aus den Verlassenschaften nach Dr. Heinrich S und Dr. Adolph S von der Kl und ihren Rechtsnachfolgern gerichtl und außergerichtl gesetzten Handlungen und Erklärungen ebenso wie deren Verfügungen über solche Ansprüche und erlangtes Vermögen zu dulden und jegliche entgegenstehende Handlung und Erklärung zu unterlassen.

In eventu:

Der Bekl ist schuldig, die in Z 1 dieses Urteilsbegehrens umschriebenen Forderungen und Ansprüche an die Kl auch mit Rückwirkung für gestellte Anträge der Kl gegenüber der Tschechischen Republik abzutreten.

3. Der Bekl ist schuldig einzuwilligen, dass ob der ihm als Eigentümer zugeschriebenen Liegenschaft EZ [...] das Eigentumsrecht für die Kl [...] als Erbin nach Dr. Heinrich S einverleibt wird.“

Der von ihr gestellte Zwischenantrag auf Feststellung, sie sei eine Alleinerbin nach Dr. Heinrich S, wurde rechtskräftig zurückgewiesen.

Die Kl vertritt die Auffassung, dass das Eigentum am Vermögen des Dr. Adolph S schon durch die Beneš-Dekrete auf den Staat übergegangen sei, sodass die Lex S keine (neuerliche) Enteignung bewirkt habe. Aus diesem Grund falle das Vermögen unter die Restitutionsgesetze und könne zurückgefordert werden.

Der Bekl habe den Nachlass nach § 709 ABGB verwirkt, weil er entgegen dem Auftrag des Erblassers weder selbst Restitutionsansprüche geltend gemacht, noch die Kl dabei unterstützt habe. Vielmehr habe er sie absichtlich behindert und treuwidrig um ihren Anteil an den tschechischen Gütern gebracht. Die Verwirkung betreffe nicht nur die tschechischen Güter, sondern den Nachlass als Ganzes. Daher habe ihr der Bekl auch eine zum Nachlass gehörende österr Liegenschaft zu übertragen.

Im Übrigen gehöre der Bekl wegen der Unwirksamkeit seiner eigenen Adoption durch den Erblasser auch persönlich nicht zum Kreis der restitutionsberechtigten Personen. Schon deswegen sei der Anspruch nach den Bestimmungen des Testaments auf die Kl als weitere gesetzliche Erbin übergegangen.

Der Bekl bestritt. Die Restitutionsgesetze seien nicht auf die strittigen Güter anwendbar, weil diese mit der Lex S enteignet worden seien, die wiederum von den Restitutionsgesetzen nicht erfasst werde. Schon aus diesem Grund habe er bisher keine Ansprüche geltend machen können. Im Übrigen scheiterten Restitutionsansprüche an der Unwirksamkeit der Adoption des Dr. H S durch Dr. A S. Sollten sich die Gesetze ändern, werde der Bekl Restitutionsansprüche einbringen. Auch habe er die Kl nie bei der Verfolgung solcher Ansprüche behindert oder sie falsch belehrt. Die Ansprüche der Kl seien überdies verjährt bzw habe die Kl auf die Verfolgung dieser Ansprüche verzichtet.

Im ersten Rechtsgang wies das ErstG die Klage ab, das BerG bestätigte dies. Der 4. Sen des OGH hob diese Entscheidungen mit Beschluss vom 12. 6. 2007 zu 2 Ob 258/05p auf und verwies die Rs an das ErstG zur Klärung der Erfolgsaussichten einer Anspruchsverfolgung in Tschechien in Bezug auf die Restitution und, sollte dies zu bejahen sein, zur Prüfung der Wirksamkeit der beiden Adoptionen zurück. Der testamentarische Auftrag des Dr. H S an seinen Universalerben,

Ansprüche auf Rückgabe der hier strittigen Güter, sobald dies möglich sei, anzustreben, sei als Auflage zu deuten. Nach § 709 ABGB könne der Nachlass durch Nichterfüllung der Auflage verwirkt werden. Verwirkung setze Vorwerfbarkeit, somit schuldhaftes Nichterfüllen voraus. Ein vorwerfbarer Verstoß gegen die Auflage liege nur vor, wenn der Bekl bei Unterlassen der Anspruchsverfolgung den ihm zustehenden Ermessensspielraum, welche Maßnahmen sinnvoll zu setzen seien, überschritten habe. Eine solche Überschreitung sei nur dann anzunehmen, wenn das Erheben solcher Ansprüche eine realistische Erfolgsaussicht gehabt hätte. Nur in diesem Fall sei der Bekl verpflichtet gewesen, die Kl aktiv zu unterstützen, wenn er selbst aus objektiven Gründen (wie etwa der Unwirksamkeit seiner Adoption) an der Anspruchsdurchsetzung gehindert oder subjektiv nicht dazu bereit gewesen sei.

Das **ErstG** wies das Klagebegehren auch im zweiten Rechtsgang ab und stellte ergänzend fest:

Im Jahr 1945 wurden zwei Präsidialdekrete, Nr 5/1945 und Nr 12/1945, erlassen. Mit dem ersten wurde eine Nationalverwaltung eingeführt und eine Beschlagnahme bestimmter Vermögenswerte bewirkt. Das zweite Dekret konfiszierte Agrar- und weiteres Vermögen. Beide Dekrete stellten bei der Anwendbarkeit auf die Nationalität ab. Als von deutscher Nationalität wurden Personen angesehen, die bei jeder Volkszählung seit dem Jahr 1929 die deutsche Nationalität angegeben hatten. Personen deutscher Nationalität waren von der Anwendung des Dekrets Nr 12/1945 ausgenommen, wenn sie sich in aktiver Weise an der Aufrechterhaltung der Kohärenz und an der Befreiung der Tschechischen Republik beteiligt hatten.

Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass sich Dr. A S bei Volkszählungen ab 1929 zur deutschen Nationalität bekannt hat oder dass er Mitglied deutscher Vereine, Organisationen oder politischer Parteien war. Am 5. 10. 1945 wurde seinem Rechtsanwalt aber dennoch eine Entscheidung des Nationalkomitees vom 4. 10. 1945 zugestellt, wonach er als deutscher Nationalität iS des Dekrets Nr 12/1945 bezeichnet wurde. Über eine dagegen eingelegte Berufung wurde nie entschieden.

Ein Teil des Vermögens des Dr. A S wurde aufgrund des Dekrets Nr 5/1945 unter Nationalverwaltung gestellt und das Agrarvermögen mit dem Dekret Nr 12/1945 konfisziert. Die Übertragung des Eigentums erfolgte mit dem Tag des Inkrafttretens des Dekrets am 23. 6. 1945.

Das Gesetz Nr 143/1947 (Lex S) ordnet – wie dargelegt – in seinem § 1 Abs 1 an, dass das Eigentum am Vermögen der Familie S, der F, das sich in der Tschechoslowakischen Republik befindet, kraft Gesetzes auf das Land Böhmen übergeht. Dieses Gesetz trat gem dessen § 8 mit der Veröffentlichung in der Sammlung der Gesetze am 13. 8. 1947 in Kraft. Die erforderlichen Eintragungen

in die Grundbücher durch die zuständigen Landesämter erfolgten im Sommer 1948.

Die Tschechoslowakische Republik hat in den Jahren 1990 bis 1992 einige Restitutionsgesetze erlassen:

Die Gesetze Nr 87/1991 und Nr 229/1991 regeln die Restitution von Vermögen, das de iure oder de facto nach der Machtübernahme durch die Kommunistische Partei auf den Staat übergegangen ist. Das Gesetz selbst legt dafür den Zeitraum vom 25. 2. 1948 bis zum 1. 1. 1990 fest. Vermögen, das in dieser Zeit de facto oder de iure in den Staat übereignet wurde, kann nur nach diesen beiden besonderen Restitutionsgesetzen restituiert werden.

Das weitere Gesetz Nr 243/1992 gibt einen Anspruch auf Restitution von Vermögen, das aufgrund einer unrichtigen Anwendung der Dekrete Nr 12/1945 und Nr 108/1945 konfisziert wurde. Gemäß seinem § 2 Abs 1 ist ein Staatsbürger der Tschechischen und Slowakischen Föderativen Republik, der sein Eigentum gemäß dem Dekret Nr 12/1945 über die Konfiszierung und die beschleunigte Verteilung von landwirtschaftlichem Eigentum der Deutschen, Ungarn als auch der Verräter und Feinde des tschechischen und slowakischen Volks oder des Dekrets Nr 108/1945 über die Konfiszierung von feindlichem Eigentum und über die Fonds der nationalen Erneuerung, der sich nicht „gegen den tschechoslowakischen Staat verschuldet“ hat und dessen Vermögen in dem durch eine besondere Vorschrift bestimmten Umfang auf den Staat übergegangen ist, berechnete Person.

Die aktuelle tschechische Rsp lehnt eine Durchbrechung des Datums des 25. 2. 1948 als Beginn der entscheidenden Zeitperiode für die Anwendung der besonderen Restitutionsvorschriften ebenso ab wie die Anwendung von Eigentumsklagen auf Vermögen, welches vor dem 1. 1. 1990 auf den Staat übergegangen ist. Sie stimmt darin überein, dass die Konfiskation des S'schen Vermögens der F aufgrund der Lex S erfolgte und nicht aufgrund der Dekrete Nr 12/1945 und Nr 108/1945, und lehnt eine Beschäftigung mit der Frage der Übereinstimmung der Lex S mit der Verfassung der Tschechischen Republik aufgrund der Nichterfüllung von formalen Anforderungen ab.

Mit Urteil vom 7. 1. 2009 hob das tschechische Verfassungsgericht Entscheidungen der Zivilgerichte im Zusammenhang mit der Familiengruft der Familie S in D auf und verwies die Rs zur Behandlung und Entscheidung an das zuständige Bezirksgericht zurück, wobei es bindend ausführte, dass sich die Lex S nicht auf das persönliche Eigentum der Familie S bezieht, zu dem auch die bezughabende Familiengruft zählt. Das tschechische Verfassungsgericht betont in dieser Entscheidung den spezifischen Charakter des betroffenen Vermögens (Familiengruft). Es sei nicht Zweck der Lex S, die Angehörigen der Familie S des rein persönlichen Vermögens zu berauben, welches von Bedeutung für die Angehörigen der Familie ist und nicht einer wirt-

schaftlichen Tätigkeit dient, wenn durch die Anwendung des Gesetzes das Recht auf Familienleben verletzt würde. Die Entscheidung des tschechischen Verfassungsgerichts wurde zwischenzeitig durch das Urteil eines BG v 24. 2. 2009 umgesetzt.

In Bezug auf die Frage der Wirksamkeit der Adoption im Jahr 1940 stellte das ErstG fest, dass ein solcher Adoptionsvertrag nach tschechischem Recht gültig ist, wenn er „nach deutschem Reichsrecht in der im Protektorat im Jahre 1940 geltenden Ausformung rechtskräftig bestätigt“ wurde. Auf einen solchen 1940 im Protektorat Böhmen und Mähren vor einem dort tätigen deutschen Notar zwischen Reichsbürgern deutscher Volkszugehörigkeit geschlossenen Adoptionsvertrag waren die einschlägigen reichsdeutschen Bestimmungen anzuwenden. In diesen war das Rechtsinstitut der Adoption gem §§ 1741ff BGB nach dem sogenannten „Vertragsprinzip“ geregelt. Für die rechtskräftige Annahme an Kindes statt war Voraussetzung, dass der Adoptionsvertrag vor einem Notar oder einem Gericht geschlossen und durch ein Gericht bestätigt wurde.

Mit Notariatsakt eines solchen Notars wurde der Kindesannahmevertrag vom 29. 3. 1940 zwischen Dr. H S und Dr. A S beurkundet. Dieser Adoptionsvertrag wurde von Dr. H S und zwei im Vollmachtsnamen des Dr. A S und der Frau H S tätigen Personen unterfertigt. Die bezughabenden Zustimmungserklärungen und die Vollmachten von H und Dr. A S wurden am 15. 3. 1940 in Bordigherra/San Remo ausgestellt. Die Unterschriften sind jeweils durch das deutsche Konsulat in San Remo beglaubigt. Mit Beschluss des Amtsgerichts Budweis vom 8. 4. 1940 wurde der Adoptionsvertrag wegen einer Reihe von Gebrechen zur Ergänzung zurückgestellt. Der zuständige Richter setzte am 29. 4. 1940 in der Registerkarte mit Bleistift den Vermerk „am 29. 4. 1940 an den Reichsprotektor Prag gesendet“.

Das Amtsgericht Bamberg hat dazu 2003 rechtskräftig entschieden, dass die „vorliegende Adoption des Dr. Heinrich S durch Dr. Adolph S im Jahre 1943“ nicht rechtswirksam zustande kam.

Nachdem die Kl am 2. 1. 1993 die tschechische Staatsbürgerschaft erhalten hatte, machte sie selbst Ansprüche betreffend sämtliche enteigneten Liegenschaften bei den zuständigen Bodenämtern geltend. Diese Antragstellungen wurden vom Bekl nicht behindert.

Mit Ausnahme der Entscheidung betreffend die Familiengruft wurden sämtliche anderen Anträge der Kl negativ entschieden.

Das BerG gab im zweiten Rechtsgang der Berufung der Kl Folge und hob die Entscheidung des ErstG auf. Der Bekl habe keine realistische Chancen, das durch die Lex S konfiszierte Vermögen restituiert zu erhalten, versäumt; es sei daher kein vorwerfbarer Verstoß gegen die Auflage des Testaments des Dr. Heinrich S zu erkennen.

In diesem Umfang lägen erledigte Streitpunkte vor, die im fortgesetzten Verfahren nicht mehr aufgerollt werden könnten.

Dagegen sei noch nicht ausreichend geprüft, ob nicht doch Vermögen bestehe, das nicht nach der Lex S konfisziert wurde und nach den Restitutionsgesetzen Tschechiens allenfalls zurückverlangt werden könne. Die Kl gehe mit gutem Grund davon aus, dass der Erblasser nicht zwischen den durch die Lex S konfiszierten Vermögenswerten ua Vermögenswerten differenziert habe. Dr. A S habe in seinem Testament die Rechtmäßigkeit der vom tschechoslowakischen Parlament beschlossenen Enteignung seines ganzen in der Tschechoslowakei gelegenen Vermögens ohne Entschädigung zu Gunsten des Landes Böhmen als allen Grundsätzen von Recht und Moral widersprechend entschieden bestritten und auch von seinem Universalerben erwartet, seinen Kampf um das Recht mit allen ihm zur Verfügung stehenden Mitteln bis zum Erfolg fortzusetzen. Es sei daher mit den Parteien zu erörtern, ob von der Lex S einst nicht konfisziertes Vermögen bestehe und ob der Bekl für das Erheben solcher Ansprüche eine realistische Erfolgsaussicht gehabt habe. Insoweit gewinne der Hinweis der Kl auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichts der Tschechischen Republik vom Jänner 2009 Gewicht, wo ein erstes Urteil zu Gunsten der Restitution eines Teils des Vermögens nach Dr. A S ergangen sei. Es sei zu erörtern, ob diese Entscheidung einen Weg der Restitution weiterer Vermögenswerte der Primogenitur der Familie S aus der F in Bezug auf Vermögen, das seiner Natur nach als persönliche oder familiäre Angelegenheit zu werten und Teil des Rechts auf Familienleben sei, eröffne. Auch sei zu erörtern, ob der Bekl insofern vorwerfbar handle, dass er sich nicht näher um eine Überprüfung dahin bemüht habe, ob einzelne Vermögenswerte überhaupt der Lex S unterfielen.

Das BerG ließ den Rek an den OGH zu, weil die Parteien unterschiedliche Ansichten über die Bindung an die Entscheidung des OGH zu den vom BerG als erörterungsbedürftig erkannten Sachverhalten vertreten und die auftragene Verfahrensergänzung, interpretiere man die Bindung so wie der Bekl in seiner Berufungsbeantwortung, unnötig sei.

Gegen diese Entscheidung richten sich die Rek beider Streitteile. Die Kl beantragt die Abänderung der Entscheidung iS einer Stattgebung des Klagebegehrens, in eventu die Bestätigung des Beschlusses mit der Maßgabe, dass die rechtliche Beurteilung iS der Rechtsansicht der Kl überbunden werde. Der Bekl beantragt die Wiederherstellung der Entscheidung des ErstG.

Die Kl beantragt in ihrer RekBeantwortung, dem Rek des Bekl nicht Folge zu geben, der Bekl in seiner, den Rek der Kl zurück- bzw abzuweisen.

[Rechtliche Beurteilung]

Beide Rek sind zulässig, jener des Bekl ist auch berechtigt.

Im Hinblick auf die Verzahnung der Argumente in beiden Rechtsmitteln erscheint eine gemeinsame Behandlung sinnvoll.

I. RekVorbringen der Kl:

Die Kl hält den Rek einerseits aus den vom BerG genannten Gründen in Bezug auf die Bindungswirkung der Entscheidung des OGH im ersten Rechtsgang für zulässig und darüber hinaus mangels hg Judikatur zum Interessenkonflikt des Bekl im Hinblick auf die Erfüllung der Auflage des Erblassers einerseits und seine Verpflichtungen als „tschechischer Beamter“ andererseits.

Einen Grund für die Zulässigkeit des Rek sieht die Kl in ihrer Meinung nach unvertretbaren Auslegungsergebnis des BerG über den Inhalt der angeordneten Ersatzerbschaft. Sie vertritt dazu unter ausführlicher Argumentation den Standpunkt, dass der Eintritt der Ersatzerbschaft zu bejahen sei. In Zusammenhang mit der Verletzung der testamentarischen Auflage meint die Kl, dass sich der Bekl nicht mit einem Interessenkonflikt in Bezug auf seine Tätigkeit als tschechischer Beamter bzw Politiker entschuldigen könne, sondern in einem solchen Fall „zwischen Erbschaft und Karriere“ wählen müsse. Eine Verletzung der testamentarischen Auflagen sieht die Kl auch außerhalb des von der Konfiszierung durch die Lex S gelegenen Vermögens.

Bei der Auslegung der testamentarischen Auflage ist ihrer Meinung nach auch das Vortestament des Dr. A S miteinzubeziehen. Die Kl hält die Auflagenverletzung und damit Verwirkung durch den Bekl schon deshalb für gegeben, weil die „Gruftentscheidung“ zeige, dass das private Vermögen im Gegensatz zum betrieblichen Vermögen nicht von der Lex S betroffen sei und der Bekl sich um dessen Restitution in keiner Weise bemüht habe. Davon umfasst seien neben Bankwerten in Millionenhöhe auch intime Vermögenswerte, zu denen die Kl das rückgestellte Grabgelege, die wertvolle Inneneinrichtung der Schlösser, das Archiv, die Münzsammlung, Reisepässe, private Fotos etc zählt. Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass diese Vermögenswerte von der Auflagenverpflichtung, um ihre Rückgabe zu kämpfen, nicht umfasst sein sollten. Im Gegensatz zur Meinung des BerG müsste nicht geklärt werden, ob ein nicht von der Lex S betroffenes konfisziertes Vermögen bestehe, weil dies durch die „Gruftentscheidung“ positiv bewiesen sei. Daneben gäbe es eine Vielzahl weiteren, nicht vom sachlichen Anwendungsbereich der Lex S betroffenen Vermögens, bei dem es sich um solch enorme Werte handle, dass sie „noch heute vom tschechischen Staat Touristen als Kulturschatz präsentiert“ würden. Zu diesen ausschließlich privat genutzten Immobilien gehöre auch das Palais S und jedenfalls ein zwischen dem Pa-

lais S und dem Palais S in Prag gelegenes kleines Haus, das von Dr. A S privat bewohnt worden sei.

Bei Auslegung der Auflage im Lichte des bereits erwähnten Testaments des Dr. A S, des vorgelegten Privatgutachtens Prof. *Welsers* sowie der Entscheidung des OGH bestehe bereits Spruchreife.

Es sei durch die „Gruftentscheidung“ erwiesen, dass die Rückstellung von wesentlichen Teilen des Vermögens ohne Weiteres möglich gewesen sei. Das Verschulden des Bekl ergebe sich bereits aus seiner diesbezüglichen Untätigkeit. Auch habe er die Kl von Anfang an in der Verfolgung der Interessen des Erblassers behindert und selbst keinerlei Interesse an der Rückerlangung des Vermögens gezeigt. Den Bekl könne im Hinblick auf den langen Zeitraum, in dem er keine Aktivitäten zur Rückerlangung des Vermögen setzte, auch nicht exkulpieren, wenn er nunmehr bereit sei, die Auflage zu erfüllen.

Für das nicht von der Lex S umfasste Vermögen sei Universalsukzession aufgrund testamentarischer Erbfolge ausreichend, um die Aktivlegitimation zu begründen. Die Gültigkeit der Adoption sei daher nicht von konstitutiver Bedeutung für die Rückerlangung dieses Vermögens. Im Übrigen sei eine erfolgreiche Geltendmachung der Wirksamkeit der Adoption ohne Weiteres möglich gewesen. Die tschechischen Behörden hätten gegen die Wirksamkeit der Adoption keinerlei Zweifel erhoben, was das „Grufturteil“ beweise. Sie hätten auch deshalb keine Einwendungen erheben können, weil keinerlei Beweise vorliegen, dass die Adoption nicht wirksam zustande gekommen sei.

Letztlich führt die Kl zur Frage der Bindungswirkung der Entscheidung des OGH im ersten Rechtsgang aus, dass die Auflage dem Bekl kein Ermessen einräume, sondern ihn dazu verpflichte, „sobald als möglich jegliche Chance zu nutzen“. Der OGH habe diesen Ermessensspielraum aus der Fideikommiss-Errichtungsurkunde aus dem Jahre 1703 abgeleitet. Bereits aus dem Testament samt Nachtrag ergebe sich aber, dass sich der Erblasser nicht an die alten Hausregeln gehalten habe, weil er der Kl zunächst als Legatarin einen 25%igen Anteil am gesamten Vermögen vermacht und sie zusätzlich als Ersatzerbin berufen habe. Die immer wieder benutzten Formulierungen wie „Familie S“ oder ihr „Oberhaupt“ würden ohne erkennbare Rechtsgrundlage gebraucht.

II. RekVorbringen des Bekl:

Auch der Bekl hält die neuerliche Zurückverweisung an das ErstG für unnötig. Die Lex S umfasse das gesamte Vermögen und falle nicht unter die Restitutionsgesetze. Auch die „Gruftentscheidung“ ändere daran nichts, weil hier der Pietätsschutz und das Familienleben im Einzelfall in den Vordergrund träten. Auch derzeit hätten Restitutionsansprüche keine realistische Aussicht auf Erfolg und sei außerhalb der Lex S keine Restitution möglich. Sobald sich die rechtliche und politische Situation ändere und die Stellung von Restitutionsansprüchen aus-

sichtsreich werde, sei der Bekl durchaus willens und auch seiner eigenen Ansicht nach verpflichtet, diese geltend zu machen. Eine derartige Situation bestehe aber (noch) nicht.

Im Übrigen habe die Kl im Erbschaftsverfahren nach Dr. Heinrich S auf eine Erbrechts- und Erbschaftsklage verzichtet. Das Klagebegehren sei schon deshalb – zumindest hinsichtlich aller nicht in Tschechien gelegenen Vermögensteile – abzuweisen. Der Verzicht sei keineswegs ungültig, selbst dann sei eine Erbrechtsklage aber längst verjährt.

Die Voraussetzungen für die stipulierte Ersatzerbschaft seien schon deshalb nicht eingetreten, weil auch die Kl nicht gesetzliche Erbin des Enteigneten sei, weil die Adoption zwischen Dr. Adolph und Dr. Heinrich S nicht wirksam sei.

III. Hiezu wurde erwogen:

1. Zur Verletzung der Auflage:

1.1 Wie der OGH in seiner Vorentscheidung ausgesprochen hat, umfasste die als Auflage zu wertende Formulierung des Testaments, *„diese Ansprüche – sobald dies möglich sein wird – im eigenen, wie auch insb im Namen und im Interesse unserer Familie geltend zu machen und wenn irgend möglich, die Naturalrestitution dieses jahrhundertalten Familienbesitzes anzustreben“*, auch nach der Auffassung des Erblassers das nicht durch die Beneš-Dekrete, sondern die Lex S enteignete Vermögen, wobei im Hinblick auf die Bezugnahme auf die „Möglichkeit“ von Rückforderungsansprüchen der Erbe nicht gehalten ist, alle nur erdenklichen, sondern lediglich die nach der rechtlichen und politischen Lage sinnvollen Schritte zu setzen, und ihm bei der Beurteilung, welche Maßnahme sinnvoll ist, ein gewisser Ermessensspielraum zukommt.

Der OGH hat den Vorinstanzen daher überbunden, zu überprüfen, ob ein vorwerfbarer Verstoß gegen die Auflage insofern vorliegt, als der Bekl bei Unterlassung der Anspruchsverfolgung seinen Ermessensspielraum überschritten hat. Nur bei Bestehen realistischer Erfolgsaussichten sei er auch verpflichtet gewesen, die Kl aktiv zu unterstützen, wenn er selbst aus objektiven Gründen (etwa der Unwirksamkeit seiner eigenen Adoption) an der Anspruchsdurchsetzung gehindert oder subjektiv nicht dazu bereit gewesen sei.

1.2 Damit ist aber den weitwendigen Ausführungen der Kl, der Bekl sei verpflichtet gewesen, jegliche denkbaren Schritte zu setzen, und ihrer daraus gezogenen Schlussfolgerung der Verwirkung ebenso der Boden entzogen wie ihren Versuchen, den Sinngehalt der Auflage durch Bezugnahme auf das Testament des Dr. A S oder sonstige Umstände zu verändern.

1.3 Im Rahmen der vom OGH aufgetragenen Prüfung der Erfolgsaussichten einer Anspruchsverfolgung in Tschechien hat das ErstG im fortgesetzten Verfahren festgestellt, dass die aktuelle tschechische Rsp insb eine Durchbrechung des Datums der entscheidenden Zeitpe-

riode für die Anwendung der besonderen Restitutionsgesetze ebenso ablehnt wie eine Anwendung von Eigentumsklagen auf Vermögen, das vor dem 1. 1. 1990 auf den Staat übergegangen ist; sie ist zu dem Schluss gekommen, dass daher Konfiskationen aufgrund der Lex S nach der derzeitigen tschechischen Rechts- und Rechtsprechungslage nicht restitutionsfähig sind.

1.4 Die Kl hält dem nun umfassend und wiederholt die von ihr erwirkte Entscheidung des tschechischen Verfassungsgerichts vom Jänner 2009 in Zusammenhang mit der Familiengruft entgegen und geht – diese weiterentwickelnd – davon aus, dass sich die Lex S nicht auf das persönliche Eigentum der Familie S bezog.

1.5 Das BerG hat es darauf aufbauend für erforderlich gehalten zu prüfen, ob neben der Familiengruft weiteres, nicht durch die Lex S konfisziertes Vermögen, dessen Restitution ähnlich wie die Familiengruft begehrt werden könnte, einerseits überhaupt besteht und andererseits vom Bekl vorwerfbar nicht zurückverlangt wurde.

1.6 Zunächst ist auf die Ausführungen in 2 Ob 258/05 p zu verweisen, wonach die Auflage die Enteignung durch die Lex S betrifft.

Bereits aus § 1 Abs 2 der Lex S ergibt sich, dass darunter der gesamte „unbewegliche landwirtschaftliche, forstwirtschaftliche, teichwirtschaftliche, Industrie-, Handels- und Gewerbebesitz [...]“ inbegriffen alle Gebäude und Schlösser mit ihrer Einrichtung und allen Rechten und Verpflichtungen, ferner das tote und lebende Inventar mit allen Vorräten und schließlich alles Betriebskapital“ fällt.

Auch Teile des Vermögens wie zB die Inneneinrichtung der konfiszierten Schlösser waren daher durchaus Gegenstand der Lex S. Die Ansicht der Kl, das gesamte private Vermögen der Familie S unterfalle diesem Gesetz nicht, kann schon deshalb nicht geteilt werden.

1.7 Darüber hinaus ist zu bedenken, dass sich das tschechische Verfassungsgericht in seiner Entscheidung aus 2009 (also nach 2 Ob 258/05 p) ausdrücklich auf den Charakter des restituierten Guts als Funeralbau, auf den sich der Schutz der Pietät bezieht und der deshalb Teil des Rechts des Familienlebens der Kl ist, bezieht und ausdrücklich darlegt, dass es der Charakter des Gebäudes sei, der nicht zulasse, es in die Kategorie des Vermögens nach § 1 Abs 2 der Lex S einzubeziehen. Die von der Kl ausdrücklich geltend gemachte Verletzung des Eigentumsrechts hat das Verfassungsgericht dagegen nicht angenommen.

Nun mag es durchaus nicht ausgeschlossen sein, dass weitere konfiszierte Gegenstände existieren, die in ähnlicher Weise aus Gründen des Schutzes der Pietät bzw aufgrund ihres spezifischen persönlichen Charakters von den tschechischen Gerichten ebenfalls als nicht unter § 1 Abs 2 der Lex S fallend beurteilt würden. Keineswegs kann dies aber, wie die Kl meint, für das gesamte konfiszierte private Vermögen der Familie S gelten.

1.8 Die vom BerG aufgetragene Überprüfung dieses Umstands ist aber nur dann notwendig, wenn man davon ausgeht, dass die Nichtgeltendmachung von Rückstellungsansprüchen in Bezug auf solche „höchstpersönlichen“ Vermögenswerte dem Bekl iS des vom OGH aufgezeigten Ermessensspielraums vorwerfbar ist.

1.9 Die Kl meint, der Bekl habe es seit „ca 15 Jahren“, nämlich seit 1991/1992, unterlassen, mögliche Restitutionsanträge zu verfolgen.

1.10 Zieht man in Betracht, dass auch alle Restitutionsbegehren der Kl mit Ausnahme des die Familiengruft betreffenden bisher negativ entschieden wurden und es zur Restitution der Familiengruft erst im Jahre 2009 kam, und bedenkt man weiters den ganz spezifischen Charakter des restituierten Guts – auch wenn es iS des Vorbringens der Kl durchaus auch einen erheblichen materiellen Wert besitzen mag –, so können aus dieser Einzelfallentscheidung keineswegs die von der Kl dargestellten weitreichenden Schlussfolgerungen in Bezug auf die realistischen Erfolgsaussichten von Restitutionsanträgen allgemein gezogen werden.

Dass der Bekl einen solchen möglichen Restitutionsanspruch nicht bedacht und daher einen solchen Erfolg nicht erstritten hat, kann ihm – selbst wenn man davon ausgeht, dass neben dem durch die Lex S konfiszierten Vermögen noch weiteres, nicht unter dieses Gesetz fallendes Vermögen mit ähnlich spezifischem Charakter besteht – nicht als Unterlassung sinnvoller Restitutionsmaßnahmen iS der ihn treffenden testamentarischen Auflage zum Vorwurf gemacht werden. Dies umso weniger, als aus dem Erkenntnis des tschechischen Verfassungsgerichts hervorgeht (Punkt 49f), dass bei der Familiengruft der bürgerl Eigentumsübergang erst 1961 – somit innerhalb des gesetzlich normierten Restitutionszeitraums – durchgeführt wurde. Daraus schließt das Verfassungsgericht, dass der tschechoslowakische Staat dieses Vermögen bis zum kommunistischen Putsch 1948 nicht angestrebt habe, sondern erst in der Zeit des totalitären Staats.

1.11 Der vom BerG aufgetragenen Verfahrensergänzung bedarf es daher in Zusammenhang mit der Frage der Auflagenverletzung nicht mehr.

1.12 Damit kommt es auch auf die Frage, ob für die Erhebung solcher Restitutionsansprüche die Stellung als gesetzlicher Erbe – und damit die Gültigkeit der umstrittenen Adoptionen – Voraussetzung ist oder jene als testamentarischer Erbe ausreicht, nicht mehr an.

1.13 Auch auf die geltend gemachten Fragen im Zusammenhang mit einer allfälligen Interessenkollision zwischen den Pflichten des Bekl als „tschechischer Beamter“ und den sich aus dem Testament ergebenden Verpflichtungen ist demzufolge nicht einzugehen.

2. Zur Ersatzerbschaft:

2.1 Der Erblasser hat für den Fall der gesetzlichen Einschränkung des Rechts auf Geltendmachung von Restitutionsansprüchen auf einen bestimmten Erbenkreis,

dem sein Universalerbe (der Bekl) nicht angehören sollte, angeordnet, dass dann insoweit die gesetzliche Erbfolge greifen solle.

Unbestrittenermaßen ist die Kl auch gesetzliche Erbin des Erblassers, wohingegen die Wirksamkeit der Adoption des Bekl durch den Erblasser und damit die Frage, ob der Bekl zu den gesetzlichen Erben des Dr. H S zählt, umstritten ist.

Für beide Streitteile wäre allerdings, soweit die Restitutionsgesetze auf die Stellung als gesetzlicher Erbe abstellen sollten, weitere Voraussetzung die Wirksamkeit der Adoption des Dr. H S durch Dr. A S, weil Letzterer die von den Konfiskationen betroffene Person war und im Falle der Unwirksamkeit dieser Adoption bereits Dr. H S nicht gesetzlicher Erbe des Dr. A S gewesen wäre und damit in weiterer Folge auch nicht die Kl oder der Bekl.

Der Klärung dieser Frage bedarf es aber aus folgenden Gründen nicht:

2.2 Dem Erkenntnis des Verfassungsgerichts der Tschechischen Republik vom 7. 1. 2009 ist ausdrücklich zu entnehmen, dass damit die früheren Entscheidungen bzw eine Stellungnahme des Plenums des Verfassungsgerichts über die der Kl gegenüber negativen Restitutionsentscheidungen bzw die Stellungnahme des Plenums des Verfassungsgerichts, wonach die Verankerung von Restitutionsansprüchen ein – zeitlich und sachlich genau definiertes – Benefiz des Staats ist, nicht in Frage gestellt werden sollten sowie dass diese Entscheidungen und Beschlüsse in Bezug auf das Eigentumsrecht ergangen sind und sich nicht mit dem Schutz des Rechts auf Familienleben befassen haben.

Vermögen rein persönlichen Charakters wie eine Familiengruft mit sterblichen Überresten von Vorfahren sei aber nicht aus dem Blickwinkel des Eigentumsrechts, sondern aus jenem des Grundrechts auf Familienleben zu prüfen. Auf die vom nebenbeteiligten Nationalinstitut für Denkmalpflege aufgeworfene Frage der Aktivlegitimation der Beschwerdeführerin zur Klagserhebung ging das Verfassungsgericht nicht ein. Es sah auch nicht das von der Kl als verletzt bezeichnete Eigentumsrecht betroffen an, sondern ihr Recht auf Respekt vor dem Familien- und Privatleben.

2.3 Nur insoweit kam das Verfassungsgericht daher zu der Auffassung, dass der spezifische Charakter der Gruft es ausschliesse, sie in die Kategorien des in § 1 Abs 2 der Lex S aufgezählten Vermögens einzubeziehen.

2.4 Aus der Entscheidung des Verfassungsgerichts ist daher zu folgern, dass nach dessen Rechtauffassung auf das familiäre Naheverhältnis abzustellen ist.

Da es somit in diesem Zusammenhang auf die gesetzliche Erbfolge, auf welche die Ersatzerbschaftsanordnung abstellt, nicht ankommt, bedarf es insoweit keiner weiterer Erhebungen bezüglich einschlägigen „höchstpersönlichen“ Vermögens. [...]

Anmerkung:

1. Mit der nunmehr im zweiten Rechtsgang ergangenen Entscheidung – der erste Rechtsgang endete mit einem zu 2 Ob 258/05p ergangenen Zurückverweissungsbeschluss – setzt der OGH einen Schlussstrich unter einen 14 Jahre andauernden Rechtsstreit. Neben den hiebei aufgeworfenen erbrechtlichen Fragestellungen (siehe sogleich) zeichnet sich der entscheidungsgegenständliche Sachverhalt nicht zuletzt durch seinen außergewöhnlichen historischen und personellen Kontext aus: Als Parteien treten Angehörige eines bekannten europäischen Fürstenhauses auf, die auch noch knapp 70 Jahre nach Ende des Zweiten Weltkriegs um die Restitution ihres im Rahmen der Nationalisierung in der damaligen Tschechoslowakischen Republik enteigneten Familienvermögens zu kämpfen haben.

2. Kern der juristischen Problematik des entscheidungsgegenständlichen Sachverhalts ist die im Testament des verstorbenen Dr. Heinrich S („Erblasser“) getroffene Anordnung, welche den Bekl als eingesetzten Universalerben dazu „verhält“, Restitutionsansprüche hinsichtlich des aufgrund des Gesetzes Nr 143/1947 („Lex S“) konfiszierten Familienvermögens „– sobald dies möglich sein wird – im eigenen, wie auch insbesondere im Namen und im Interesse unserer Familie geltend zu machen [...]“. Zutreffend wird die vorgenannte Anordnung des Erblassers durch den OGH dem Grunde nach als Auflage iSd § 709 ABGB qualifiziert. Der demgegenüber vom Bekl erhobenen Einwendung, es liege ein bloß unverbindlicher Wunsch des Erblassers (§ 711 ABGB) vor, steht sowohl der eindeutige Wortlaut der letztwilligen Verfügung („ich [...] verhalte ihn dazu“) als auch das im Testament mehrmals unmissverständlich zum Ausdruck kommende Interesse des Erblassers an der möglichst einheitlichen Erhaltung des Familienvermögens entgegen. Im Falle der schuldhaften Nichterfüllung der Anordnung des Erblassers läuft der Bekl daher Gefahr, den Nachlass iSd § 709 ABGB zu verwirken.

3. Fraglich ist jedoch die konkrete Reichweite der vom Bekl aufgrund der Auflage geschuldeten Verhaltenspflichten. Maßgeblich hierfür ist stets der im Testament zum Ausdruck gelangende subjektive Wille des Erblassers (vgl hiezu *Welser in Rumme*³ § 552 Rz 7 mwN; *Eccher in Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 709 Rz 7 mwN). Hiebei ist es dem Erblasser – dieser kann schließlich auch gänzlich von der Anordnung von Auflagen absehen – unbenommen, die auflagengegenständlichen Verhaltenspflichten durch einen mehr oder minder weitgehenden Ermessensspielraum des Auflagenverpflichteten zu relativieren. Einen solchen Ermessensspielraum des Bekl hat der OGH unter Hinweis auf die im Testament ausdrücklich angesprochene „Möglichkeit“ der Verfolgung

von Restitutionsansprüchen rechtsrichtig angenommen. Im Hinblick auf die exponierte Stellung des betroffenen Fürstenhauses und vor dem Hintergrund der historisch ebenso wie politisch nach wie vor brisanten Nachkriegsenteignungen erscheint es durchaus lebensnah, dass der Erblasser den Bekl nicht zur Anspruchsverfolgung um jeden Preis, sondern vielmehr zur Setzung der „nach der rechtlichen und politischen Lage sinnvollen Schritte“ (US 22) verpflichtet wollte. IdS mag auch die testamentarische Anordnung der Geltendmachung der Restitutionsansprüche „im Interesse unserer Familie“ verstanden werden. Eine Verwirkung des Nachlasses infolge Auflagenverletzung kommt unter diesen Prämissen somit nur im Falle einer Überschreitung des dem Bekl eingeräumten Ermessensspielraums iS einer schuldhaften – und daher ex ante (*Spitzer*, *Bruderzwist im Fürstenhaus*, ÖJZ 2009/52 [447]) zu beurteilenden – Unterlassung der Verfolgung rechtlich und politisch sinnvoller Restitutionsansprüche in Betracht.

4. Nach den nunmehr im zweiten Rechtsgang getroffenen Feststellungen lehnt die tschechische Rsp eine Anwendung der Restitutionsgesetze auf das von der Auflage betroffene Familienvermögen ab. Der Vorwurf einer – ex ante betrachtet – schuldhaften Unterlassung der Verfolgung von Restitutionsansprüchen durch den Bekl rückt dadurch in weite Ferne. Daran vermag auch der Hinweis der Kl auf die erfolgreiche Rückerlangung (allein) der Grablege der Fürstenfamilie aufgrund einer Entscheidung des tschechischen Verfassungsgerichts aus dem Jahre 2009 wenig zu ändern, zumal die Entscheidung des Verfassungsgerichts weder auf einer Anwendung der Restitutionsgesetze noch auf einer festgestellten Verletzung des Eigentumsrechts basiert. Vielmehr verneint das tschechische Verfassungsgericht bereits die Subsumtion speziell des in Frage stehenden Funeralbaus unter den Tatbestand der „Lex S“; ein Umstand, welcher nur spärliches Verallgemeinerungspotenzial hinsichtlich des übrigen Familienvermögens besitzt und den darüber hinaus offenbar nicht einmal der Erblasser selbst bei Formulierung der verfahrensgegenständlichen Auflage – diese nimmt ja gerade auf das durch die „Lex S“ enteignete Vermögen Bezug – bedacht hat.

5. Ein interessantes Detail am Rande bildet der Umstand, dass der Bekl seinen Prozessstandpunkt unter anderem mit der Behauptung zu stützen sucht, die Adoption des Erblassers durch Dr. A S im Jahre 1940 sei nicht rechtswirksam zustande gekommen. Diese Argumentation des Bekl überrascht einigermaßen. Zunächst gefährdet der Bekl hiedurch – soweit die Restitutionsgesetze auf die Stellung als gesetzlicher Erbe abstellen – seine eigenen Restitutionsansprüche, darüber hinaus aber auch jene aller (übrigen) gesetzlichen Erben des Erblassers, denen die Restitutionsansprüche aufgrund einer angeordneten Ersatz-

erbschaft subsidiär zufallen würden. Ebenso lässt der Bekl dadurch die Primogenitur des Fürstenhauses, als deren „Oberhaupt“ ihm der Erblasser das Familienvermögen überantwortet hat, bereits mit dem Ableben des Dr. A S erlöschen und begründet damit einen

Widerspruch zu den Bestimmungen der Fideikommiss-Errichtungsurkunde vom 22. 10. 1703, in deren – diesfalls vermeintlicher – Entsprechung die Erbseizung des Bekl erfolgte.

Thomas Huf

Standesrecht und Berufshaftung

NZ 2014/16

§ 321 Abs 1 ZPO; § 35 AußStrG; §§ 5, 37 NO; § 574 ABGB

Verschwiegenheitspflicht des Notars als Testamentszeuge

1. Die Verschwiegenheitspflicht ist Zeichen des besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen der Partei und dem Notar. Sie umfasst grundsätzlich alle Bereiche notarieller Berufsausübung, also auch das den Notaren in § 5 Abs 1 NO eingeräumte Recht, Privaturkunden zu verfassen. Sie ist zeitlich unbegrenzt und geht über den Tod der geschützten Person hinaus.

2. Agierte der Notar (hier: Substitut) auch als Testamentszeuge, so ist er bei Ablegung des Zeugnisses über die *nuncupatio* nicht an die Verschwiegenheitspflicht gebunden. Insoweit steht gerade das schützenswerte Vertrauensverhältnis zwischen Partei und Notar einer Berufung auf die notarielle Verschwiegenheitspflicht nach § 37 NO entgegen.

OGH 23. 10. 2013, 2 Ob 61/13 d (LG Innsbruck 25. 1. 2013, 53 R 18/13 f; BG Innsbruck 12. 12. 2012, 33 A 228/11 s)

Zulassung o Revisionsrekurs

Aus der Begründung:

Die am 11. 12. 2011 im Alter von 92 Jahren verstorbene Erblasserin hinterließ mehrere letztwillige Verfügungen, darunter das eigenhändige Testament vom 17. 8. 2005 und das fremdhändige Testament vom 22. 11. 2011. Im eigenhändigen Testament hatte sie Dr. G (kein Angehöriger) zum Alleinerben eingesetzt. Im fremdhändigen Testament, in dem sie alle bisherigen letztwilligen Verfügungen widerrief, scheinen hingegen ihr Neffe Mag. W P als Universalerbe und dessen Söhne M und C P zu gleichen Teilen als Ersatzerben auf.

Der Text des fremdhändigen Testaments wurde von dem Notariatssubstituten Dr. S über Auftrag der Erblasserin nach deren Angaben verfasst und dann zu ihr in das Seniorenheim gebracht. Dort wurde das Testament am 22. 11. 2011 von der Erblasserin und drei Testamentszeugen unterschrieben. Einer der Testamentszeugen war der Notariatssubstitut; die beiden anderen Testamentszeugen waren Mitarbeiterinnen des Notariats.

Sowohl Dr. G als auch Mag. W P gaben aufgrund des sie jeweils zum Alleinerben bestimmenden Testaments die bedingte Erbantrittserklärung zum gesamten Nachlass ab. Im Verfahren über das Erbrecht behauptete Dr. G, dass die Erblasserin am 22. 11. 2011 nicht mehr testierfähig gewesen sei, und stellte dazu Beweisanträge (ua auf Einvernahme der beiden Mitarbeiterinnen des Notariats). Mag. W P bestritt dieses Vorbringen und berief sich ua auf den Notariatssubstituten als Zeugen.

In der mündlichen Verhandlung vom 25. 9. 2012 fand die Einvernahme des Notariatssubstituten statt. Auf die Frage, „welchen Eindruck die Verstorbene am 22. 11. 2011 in Bezug auf ihren Gesundheitszustand gemacht hat“, erklärte er, die Aussage zu verweigern und verwies auf § 37 NO. Daraufhin verkündete das ErstG den Beschluss, dass die Aussageverweigerung nicht gerechtfertigt sei (1.) und für den Fall des Beharrens eine Geldstrafe von € 100,- verhängt werde (2.). Den gegen diesen Beschluss erhobenen Rekurs des Notariatssubstituten wies das RekG zurück. Dies mit der Begründung, dass Punkt 1 des Spruchs nicht abgesondert und Punkt 2 überhaupt nicht anfechtbar sei.

In der mündlichen Verhandlung vom 12. 12. 2012 beharrte der Notariatssubstitut auf seinem Recht, die Aussage zu verweigern. Das ErstG wiederholte daraufhin, dass die Aussageverweigerung nicht gerechtfertigt sei, und verhängte über den Zeugen die angedrohte Geldstrafe von € 100,-.

Die Beschlüsse über die Unrechtmäßigkeit der Aussageverweigerung und die Verhängung der Ordnungsstrafe wurden gemeinsam ausgefertigt. [...]

Das RekG bestätigte die erstinstanzliche Entscheidung und sprach aus, dass der ordentliche RevRek zulässig sei. [...]

Gegen den Beschluss des RekG richtet sich der RevRek des Notariatssubstituten mit dem sinngemäßen Antrag, die Entscheidungen der Vorinstanzen dahin abzuändern, dass die Weigerung der Aussage als rechtmäßig erkannt und der Ausspruch über die Verhängung einer Geldstrafe ersatzlos aufgehoben werde. Hilfsweise werden Aufhebungsanträge gestellt.

RevRekBeantwortungen wurden nicht erstattet.

I. Zur Zulässigkeit des Revisionsrekurses: [...]