ÖSTERREICHISCHE NOTARIATS ZEITUNG

156. JAHRGANG
10
2024

MONATSSCHRIFT FÜR NOTARIAT UND VERFAHREN AUSSER STREITSACHEN

NOTAR.AT

Aus dem Inhalt:

EDITORIAL

Christoph Beer und Christoph Mondel:
Ein Freund, ein guter Freund – Wolfgang Zankl 65 Jahre — Seite 501

BEITRÄGE

Constanze Fischer-Czermak:
Pflegevermächtnis und Pflichtteilsansprüche — Seite 502

Irene Welser:
Die vollständige Judikatur zu Loseblatttestamenten und die Lehren hieraus — Seite 506

RECHTSPRECHUNG

Bedenken des Grundbuchsgerichts hinsichtlich der Verfügungsfähigkeit *(Ulfried Terlitza)* — Seite 515

Zur Haftung für einen umstürzenden Baum *(Ulfried Terlitza)* — Seite 521

Zum Erwerb einer Dienstbarkeit *(Ludwig Bittner)* — Seite 522

Zur Beglaubigung von Handzeichen und zur Verbücherungsfähigkeit entsprechender Urkunden *(Christian Simon)* — Seite 526

Keine Kürzung des Schuldvermächtnisses *(Gabriel Kogler)* — Seite 529

LEITUNG: Christian Rabl, Alexander Schopper, Alexander Winkler (Chefredakteur)
REDAKTION: Ludwig Bittner, Christian Koller, Elisabeth Lovrek, Gottfried Musger, Karl Stöger, Ulfried Terlitza, Martin Trenker, Rudolf Welser ✞
BEIRAT: Irene Faber, Christoph Grabenwarter, Andreas Kletečka, Peter G. Mayr, Helmut Ofner, Manfred Umlauft, Wolfgang Zankl

MANZ 175 Jahre

NZ 2024/153

Die vollständige Judikatur zu Loseblatttestamenten und die Lehren hieraus

Handlungsbedarf für Rechtsberater

Die Rsp des OGH zu fremdhändigen Testamenten, die aus nicht fest miteinander verbundenen A4-Blättern bestehen, war anfangs von dem Gedanken geleitet, mögliche Fälschungen „aus dem Verkehr zu ziehen". Sie hat sich aber zu einer regelrechten Haftungsfalle für Testamentsverfasser entwickelt und ist in manchen Facetten nicht ganz leicht verständlich, etwa, weshalb eine Heftung mit drei Klammern ausreicht, eine solche mit einer Klammer jedoch nicht. Der vorliegende Beitrag fasst alle bisherigen Entscheidungen zusammen, zieht Konsequenzen daraus und beleuchtet auch mögliche Haftungsfragen.

Von Irene Welser

Inhaltsübersicht:

A. Ein paar Worte vorweg
B. Die substantiellen Entscheidungen des OGH
1. 2 Ob 192/17 z, 26. 6. 2018
2. 2 Ob 145/19 s, 28. 11. 2019
3. 2 Ob 143/19 x, 28. 11. 2019
4. 2 Ob 218/19 a, 30. 1. 2020
5. 2 Ob 51/20 v, 26. 5. 2020
6. 2 Ob 143/20 y, 17. 9. 2020
7. 2 Ob 141/20 d, 27. 11. 2020
8. 2 Ob 188/20 s, 27. 11. 2020
9. 2 Ob 77/20 t, 27. 11. 2020
10. 2 Ob 4/21 h, 29. 4. 2021
11. 2 Ob 25/22 y, 16. 3. 2022
12. 2 Ob 29/22 m, 26. 4. 2022
13. 2 Ob 82/22 f, 30. 5. 2022
14. 2 Ob 239/22 v, 21. 2. 2023
15. 2 Ob 226/22 g, 16. 5. 2023
C. Die jüngste Entscheidung – ein „Zurückweiser" mit „Standardbegründung"
D. Selbstverständlich: Nichtanwendung auf notarielle Protokolle
E. Lessons Learned
1. „Handwerkliches"
2. Inhaltlich-Textliches
F. Das Loseblatttestament als Haftungsfall?

A. Ein paar Worte vorweg

Wolfgang Zankl, dem dieses Heft schwerpunktmäßig gewidmet ist, war vor 40 Jahren Assistent meines Mannes und ist einer der wenigen, der als Professor an der Universität Wien in seine Fußstapfen getreten ist. Wie sehr hätte sich Rudolf Welser gefreut, hier an dieser Stelle einen Beitrag für ihn zu verfassen. Statt ihm schreibe ich nun – quasi als „Vertreter ohne Vollmacht"[1] – einen sehr praxisnah gehaltenen Bericht darüber, was der OGH zu Testamenten, die aus losen Blättern bestehen, präzise gesagt hat, aber auch darüber, was bisher offen geblieben ist, und darüber, wie man als Rechtsberater potentielle Haftungen aus „Altfällen" doch noch vermeiden kann. Ich würde mich freuen, wenn dieser Beitrag nicht nur den Gefallen von Wolfgang Zankl findet, sondern auch der Praxis als „Checkliste" der bisherigen Loseblatttestament-Entscheidungen dient.

Vorweg aber noch ein ganz handfester Tipp: Was tut ein verständiger Mensch, der die oberstgerichtliche Judikatur kennt und dennoch beabsichtigt, ein längeres Testament zu verfassen, dessen Text sich auf einem Blatt nicht „ausgeht"? Er begibt sich zunächst einmal in ein Papierfachgeschäft, um einen „Bogen"[2] zu erwerben, also ein DIN A3-Blatt, das in der Mitte gefaltet, einen insgesamt vierseitigen Text ermöglicht. Groß mag die Enttäuschung sein, wenn dort die Auskunft erteilt wird, man führe so etwas wie Bogen nicht. Dies aber nur bis zur Erkenntnis, dass man einfach nur nach „Druckerpapier im Format DIN A3" fragen muss, um dann doch zumindest einen Karton mit 100 Blatt erwerben und nach Hause tragen zu können. Gelingt bereits das erste Testament, so ist jedenfalls noch reichlich Vorrat für kommende Generationen von künftigen Erblassern oder, wie das neue Gesetz sagt, „Verstorbenen",[3] die ihr Testament machen wollen, übrig.

Ausgangspunkt der Judikatur ist § 579 ABGB, der bekanntlich vorsieht, dass bei der Errichtung eines fremdhändigen Testaments die Unterschrift dreier Zeugen erforderlich ist. Und „Unterschrift" bedeutet eben „unter" dem Text, und nicht woanders.[4] Während die alte Fassung – vor der Erbrechtsreform – wörtlich vorsah, dass „sich auch die Zeugen, entweder inwendig oder von außen, immer aber auf der Urkunde selbst, und nicht etwa auf einem Umschlag, mit einem auf ihre Eigenschaft als Zeugen hinweisenden Zusatz unterschreiben" müssen, sagt nun § 579 Abs 2 ABGB, dass die drei

[1] Vgl *Welser,* Vertretung ohne Vollmacht: Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der culpa in contrahendo (1970).

[2] Vgl § 5 Abs 2 GebG.

[3] Vgl zur Kritik an diesem Begriff mwN: *Welser,* Erbrechts-Kommentar Vor § 531 ABGB Rz 6.

[4] LG Salzburg 21 R 138/23 z, 21 R 4/24 w; ausführlich dazu *Welser,* Eigenhändiges Testament: Überschrift als Unterschrift? Versetzungszeichen und Verweisungszeichen, in FS Neumayr 2151.

Zeugen „auf der Urkunde mit einem auf ihre Eigenschaft als Zeugen hinweisenden und eigenhändig geschriebenen[5] Zusatz zu unterschreiben haben".

Wie der OGH dies interpretiert und weiterentwickelt hat – und zwar über die bloßen Zeugenunterschriften „auf der Urkunde" hinausgehend – wissen wir mittlerweile hoffentlich alle. Ganze fünfzehn Entscheidungen lassen nur noch wenig offen und würden dem Testator vielfach nur wenig Anlass zur Freude geben. Denn nur in drei Fällen[6] wurde das bei der Unterfertigung aus losen Blättern bestehende Testament als formwirksam beurteilt. Dabei bestanden die beurteilten Testamente in der Mehrzahl der Fälle aus bloß zwei Blättern, sodass die Verwendung eines oben näher beschriebenen „Bogens" ausgereicht hätte, um dem Formgebot zu entsprechen.

Grundsatz der – mittlerweile vollkommen gefestigten – Judikatur ist es, dass die Testamentsurkunde entweder eine äußere oder eine innere Einheit aufweisen muss, um formwirksam und damit gültig zu sein. Während die allerersten Entscheidungen, ergangen vor dem Hintergrund von in Vorarlberg offenbar gezielt vorgenommener Testamentsfälschungen in Alters- oder Pflegeheimen, noch Grund zur Annahme ließen, die innere Urkundeneinheit könne selbstverständlich auch durch einen fortlaufenden Text hergestellt werden, haben die jüngeren Entscheidungen diese Hoffnung praktisch endgültig zerstört.

Aber sehen wir uns die Chronologie näher an. Um wirklich einen für die Praxis nutzbaren, auch als „Referenzliste" zur bestehenden Kasuistik nützlichen, strukturierten Überblick zu geben, wird der jeweils zugrundeliegende Sachverhalt, abgesehen von minimalen, aber besonders bemerkenswerten Details zu einzelnen Entscheidungen, weitgehend abstrahiert. Sämtliche Fälle betreffen, was der Vollständigkeit halber gesagt werden soll, computergeschriebene fremdhändige Drei-Zeugen-Testamente. Zu eigenhändigen Testamenten ist also das letzte Wort noch nicht gesprochen.

B. Die substantiellen Entscheidungen des OGH

1. 2 Ob 192/17 z, 26. 6. 2018

Nach dem *Sachverhalt* bestand das Testament aus zwei losen Blättern, nur die Zeugen haben auf dem zweiten Blatt unterschrieben. Die Blätter waren mit einer Büroklammer (nicht: Heftklammer aus einem „Tacker") zusammengesteckt, und es befand sich kein unterfertigter Hinweis der Erblasserin auf die Existenz eines zweiten Blattes auf dem von den Zeugen unterfertigten „losen und leeren" Blatt.

Die *rechtliche Beurteilung* des OGH war eindeutig: keine äußere Urkundeneinheit, und auch keine innere Urkundeneinheit. Als *Ergebnis* war das Testament *ungültig.*

2. 2 Ob 145/19 s, 28. 11. 2019

Nach dem *Sachverhalt* bestand das Testament wiederum aus zwei losen Blättern, ganz oben am zweiten Blatt befand sich zunächst die Unterschrift des Erblassers, dann unterschrieben die drei Zeugen. Die Blätter blieben lose.

Die *rechtliche Beurteilung* ergab (logischerweise) keine äußere Urkundeneinheit: Diese müsste nach der ganz klaren Aussage des OGH uno actu hergestellt werden, eine dauerhafte Verbindung müsste entweder bereits beim Testiervorgang vorhanden sein[7] oder während des Testiervorgangs geschaffen werden. Eine Übergabe der losen Blätter an den einschreitenden Rechtsanwalt zur Aufbewahrung und Registrierung reicht nicht aus. Selbstverständlich lag auch keine innere Urkundeneinheit vor: Wie der OGH ausführte, kann dafür neben der Fortsetzung des Textes auch ein vom Testator unterfertigter Vermerk auf dem zusätzlichen Blatt inhaltlicher Natur ausreichend sein, dh es muss erkennbar sein, auf welche inhaltliche Anordnung sich der Vermerk bezieht. Das war aber nicht der Fall. Als *Ergebnis* war auch dieses Testament *ungültig.*

3. 2 Ob 143/19 x, 28. 11. 2019

Der *Sachverhalt* ging wieder von zwei losen Blättern aus, und zwar drei jeweils in der Fußzeile paginierte Seiten. Auf dem ersten Blatt stand der Text der letztwilligen Verfügung, auf dem zweiten Blatt fanden sich Ort und Datum, die nuncupatio und alle Unterschriften, also sowohl die des Erblassers als auch jene der Zeugen. Die Blätter blieben lose in der Kanzlei des Rechtsanwalts verwahrt.

Die *rechtliche Beurteilung,* wonach bei lose gebliebenen Blättern keine äußere Urkundeneinheit vorlag, überrascht nicht. Aber auch die innere Urkundeneinheit wurde verneint, womit klargestellt war, dass eine bloße Seitennummerierung jedenfalls nicht ausreicht: Der innere Zusammenhang müsste nämlich so deutlich sein, dass er einer Verbindung der Blätter nahekommt, wie aus der vom selben Tag stammenden Vorentscheidung ersichtlich. Ein weiteres *Ergebnis* eines *ungültigen* Testaments.

4. 2 Ob 218/19 a, 30. 1. 2020

Der *Sachverhalt* betraf ein Testament, das in Hohenems errichtet worden war. Es bestand wiederum aus zwei losen Blättern. Auf dem ersten, paginierten Blatt befand

[5] Zur Verfassungskonformität dieser Bestimmung vgl VfGH 18. 9. 2023, G 258/2023.

[6] Es bleibt unklar, ob bei der unten zitierten E 2 Ob 25/22 y (s dazu B.11.) die drei Heftklammern schon im Zeitpunkt der Unterfertigung angebracht waren, was man realitätsnah wohl eher nicht annehmen kann.

[7] Siehe dazu den Verweis in den einleitenden Bemerkungen über die Nützlichkeit der Verwendung von „Bogen".

sich auf der ersten Seite der Text und auf der Rückseite die nuncupatio, die Unterschrift des Erblassers und jene von zwei Zeugen. Auch das zweite Blatt war paginiert mit -3-; dort hatte der dritte Zeuge unterschrieben. Der Notar nahm beide Blätter im Anschluss an die Unterfertigung nach Feldkirch mit, wo diese in seinem Notariat gebunden und verwahrt wurden.

Die *rechtliche Beurteilung* verneinte, trotz der recht kurzen Distanz zwischen Hohenems und Feldkirch von nur ca 20 km, die äußere Urkundeneinheit: Diese müsste entweder vor der Leistung der Unterschriften von Erblasser und Zeugen oder während des Testiervorgangs (das heißt uno actu mit diesem) hergestellt werden. Die Verbindung muss außerdem so fest sein, dass sie nur mit Zerstörung oder Beschädigung der Urkunde gelöst werden kann, wie zB durch Binden, Kleben oder Nähen. Von einer Verbindung „während" des Testiervorgangs kann selbst dann nicht mehr gesprochen werden, wenn die Blätter unmittelbar nach der Übergabe an das Sekretariat des Notars gebunden worden wären. Weder das Zusammenfügen mehrerer Blätter mittels einer Büroklammer noch die Übergabe der losen Blätter an den Notar zur Verbindung oder Verwahrung stellt die äußere Urkundeneinheit her. Zur inneren Urkundeneinheit führt der OGH aus, dass auch ein vom Testator unterfertigter Vermerk auf dem zusätzlichen Blatt mit inhaltlicher Bezugnahme auf seine letztwillige Verfügung ausreichend sein kann. Eine bloße Seitennummerierung reicht hingegen nicht, weil sich daraus kein inhaltlicher Bezug zum Text auf dem ersten Blatt ergibt. Das *Ergebnis* war wiederum ein *ungültiges* Testament.

5. 2 Ob 51/20 v, 26. 5. 2020

Auch hier lagen nach dem *Sachverhalt* zwei lose Blätter vor – ich erwähnte bereits, dass die Verwendung eines Bogens die Kalamitäten erspart hätte – die mit einer Heftklammer verbunden waren. Das erste Blatt enthielt den Text der letztwilligen Verfügung mit nuncupatio und die Seitennummerierung (1, 2). Auf dem zweiten Blatt befanden sich nur Ort, Datum, alle Unterschriften sowie die Seitennummerierung „3".

Nach der *rechtlichen Beurteilung* lag keine äußere Urkundeneinheit vor: Diese müsste uno actu mit der Testamentsverfassung hergestellt worden sein, und zwar – entsprechend der Vorjudikatur – eben so fest, dass die Verbindung nur mit Zerstörung oder Beschädigung der Urkunde gelöst werden kann, wie zB durch Binden, Kleben oder Nähen. Auch die innere Urkundeneinheit wurde mit demselben Grund wie in der Entscheidung zuvor verneint: Eine Seitennummerierung in der Fußzeile des zweiten Blattes reicht nicht. Als *Ergebnis* war auch dieses Testament *ungültig.*

6. 2 Ob 143/20 y, 17. 9. 2020

Nach dem *Sachverhalt* waren drei Blätter zum Zeitpunkt der Unterfertigung nur durch eine Heftklammer verbunden und beginnend auf der zweiten Seite fortlaufend nummeriert. Die ersten beiden Blätter des Testaments waren beidseitig, das dritte Blatt war nur einseitig bedruckt. Auf den ersten drei Seiten befanden sich die letztwilligen Anordnungen. Auf der Rückseite des zweiten Blatts befand sich die nuncupatio; auf dem dritten Blatt Ort, Datum und die Unterschriften der Erblasserin sowie der drei Testamentszeugen.

Die *rechtliche Beurteilung,* dass weder äußere Urkundeneinheit noch innere Urkundeneinheit vorliegen, folgt der vorangehenden Entscheidungsserie: Heftklammer und Seitennummerierung reichen nicht. Ein weiteres *Ergebnis* eines *ungültigen* Testaments.

7. 2 Ob 141/20 d, 27. 11. 2020

Der *Sachverhalt* bezog sich auf zwei Blätter, die noch während der Testamentsunterfertigung in der Kanzlei des Testamentsverfassers mit einer Heftklammer verbunden worden waren. Der das Testament verfassende Rechtsanwalt brachte im unmittelbaren Anschluss an die Unterfertigung des Testaments über der Heftklammer – beide Blätter umfassend – eine Klebeetikette seiner Kanzlei an und stempelte diese mit seinem Kanzleistempel so ab, dass sich ein Teil des Stempels auf der Etikette und ein Teil auf der Testamentsurkunde befand.

Die *rechtliche Beurteilung* bejahte hier bereits die äußere Urkundeneinheit: Denn die Ansicht der Vorinstanzen, dass noch während des Testiervorgangs, also uno actu mit diesem, die äußere Urkundeneinheit hergestellt worden war, stehe mit den Grundsätzen der Rechtsprechung zum Loseblatttestament im Einklang. Die innere Urkundeneinheit wurde daher nicht mehr erörtert. Das erste *Ergebnis* eines *gültigen* Testaments.

8. 2 Ob 188/20 s, 27. 11. 2020

Der *Sachverhalt* kann kurz gefasst werden: Es handelte sich um zwei lose Blätter, von denen das erste Blatt die letztwilligen Verfügungen, das zweite Blatt die „Schlussklausel", das Datum und die Unterschriften enthielt. Die *rechtliche Beurteilung* verneinte sowohl die äußere als auch die innere Urkundeneinheit, mit dem logischen und nicht überraschenden *Ergebnis* eines *ungültigen* Testaments.

9. 2 Ob 77/20 t, 27. 11. 2020

Der *Sachverhalt* war hier komplexer: Es ging um ein wechselseitiges Testament aus zwei Blättern, die mit einer Heftklammer verbunden waren. Am ersten Blatt befanden sich die materiellen Regelungen über die letztwilligen Zuweisungen des Vermögens der beiden Testierenden, am zweiten Blatt ein Widerruf der früheren Testamente *(„Mit dieser letztwilligen Verfügung widerrufen wir,* [Erblasserin] *und* [weiterer Testator], *allfällige vor diesem Testament errichtete letztwillige Verfügungen"),* sowie Ort, Datum und Unterschriften.

Die *rechtliche Beurteilung* zum Fehlen einer äußeren Urkundeneinheit überrascht nicht: Eine einfache Verbindung zweier Blätter mit einer Heftklammer reicht nicht für die Herstellung einer festen Verbindung aus. Der OGH verneinte allerdings – interessanterweise, zumal ja ein „inhaltlicher Verweis" auf das davor Verfügte (nämlich: „mit diesem Testament") durchaus hätte bejaht werden können – auch die innere Urkundeneinheit: Für diese könnte neben der Fortsetzung des Textes zwar auch ein unterfertigter Vermerk mit inhaltlicher Bezugnahme ausreichend sein; es muss nach Ansicht des OGH dabei allerdings erkennbar sein, auf welche inhaltliche Anordnung sich der Vermerk bezieht. Der hier auf dem zweiten Blatt stehende Widerruf nimmt zwar eindeutig auf ein gemeinschaftliches Testament Bezug. Die beiden Verfügenden hätten aber nicht nur einander zu Erben einsetzen, sondern gemeinsam auch einen oder mehrere Dritte bedenken können. Eine Andeutung, welche dieser Varianten sie gewählt hatten, lässt sich diesem Widerruf nicht entnehmen. Mangels einer Bezugnahme inhaltlicher Natur kann dieser Satz daher, so der OGH, die innere Urkundeneinheit nicht herstellen. Als trauriges *Ergebnis* ist daher auch dieses Testament *ungültig.*

10. 2 Ob 4/21 h, 29. 4. 2021

Der *Sachverhalt* betraf diesmal sogar zwei genähte Blätter. Das erste Blatt enthielt letztwillige Verfügungen, nuncupatio und Unterschrift des Erblassers, das zweite Blatt die Bestätigung, dass der Testator und Zeugen eigenhändig unterschrieben haben (die „Schlussklausel") sowie die Unterschriften der Zeugen. Vor und nach der Unterfertigung des Testaments verband der errichtende Notar die Blätter mit einer Dokumentenschiene, die nur während der Unterfertigung gelöst wurde. Der Notar begleitete den Erblasser aus dem Besprechungszimmer, übergab das Testament einer Sekretärin und trug ihr auf, es sofort zu binden. Wie viel Zeit bis zum Binden verging, konnte nicht festgestellt werden; jedenfalls wurde das Testament noch am selben Tag gebunden. Der Erblasser blieb nach Unterfertigung des Testaments noch 15 Minuten im Notariat, weil er Fragen an den Notar hatte. Es konnte nicht festgestellt werden, ob der Erblasser im Zeitpunkt der Bindung noch anwesend war und ob ihm das gebundene Testament noch einmal in die Hand gegeben wurde.

Die *rechtliche Beurteilung* beschäftigte sich nur mit der äußeren Urkundeneinheit: „Während" des Testiervorgangs wird die äußere Urkundeneinheit dann nicht hergestellt, wenn das Testament bei einer auswärtigen Amtshandlung des Notars auf unverbundenen Blättern errichtet und erst später im Notariat gebunden wurde. Es läge diesfalls auch dann keine äußere Urkundeneinheit vor, wenn der Notar das Testament sofort dem Sekretariat übergeben hätte und es dort sofort gebunden worden wäre.

Hingegen ist es nach Ansicht des OGH ausreichend, wenn die physische Verbindung im unmittelbaren Anschluss an die Unterfertigung hergestellt wird. Die Verbindung muss also nicht schon bei Leistung der Unterschriften vorhanden sein. Bestanden für den Erblasser keine Bedenken, dass die Verbindung im unmittelbaren Anschluss erfolgen würde und wurde dies auch tatsächlich umgesetzt, würde ein Anwesenheitserfordernis jene Strenge überspannen, die nach dem Zweck der erbrechtlichen Formvorschriften erforderlich ist.

Wird die äußere Urkundeneinheit unmittelbar nach dem Leisten der Unterschriften hergestellt, ist von einem einheitlichen Testiervorgang auszugehen, der erst mit dieser Herstellung beendet ist; auch dann, wenn der Erblasser zu diesem Zeitpunkt nicht mehr zugegen ist. Im Unterschied dazu seien in OGH 2 Ob 218/19 a (s Pkt 4.) die Blätter nicht unmittelbar nach der Unterfertigung, sondern zu einem späteren Zeitpunkt gebunden worden. Denn in diesem Fall hängt es also von den konkreten Abläufen ab, ob die Gefahr des Austauschens besteht oder nicht. Zweck der Formerfordernisse ist es aber, durch klare Regeln die Notwendigkeit einer Einzelfallbeurteilung zu vermeiden. Eine allfällige Beweislast für den Formmangel trifft die behauptende Partei; im *Ergebnis* war das Testament *gültig.*

11. 2 Ob 25/22 y, 16. 3. 2022

Der *Sachverhalt* betraf zwei Blätter, die mit drei Heftklammern „seitlich verbunden" waren.[8] Das erste Blatt enthielt die letztwilligen Anordnungen, das zweite Blatt Schlussklausel, Ort, Datum, nuncupatio und Unterschriften.

Die *rechtliche Beurteilung* zur offenbar gegen die Gültigkeit argumentierenden außerordentlichen Revision ist überraschend. Eine äußere Urkundeneinheit wurde nämlich bejaht: Die Beurteilung, dass die Verwendung dreier seitlich angebrachter Heftklammern im Hinblick auf die Festigkeit der damit erzielten Verbindung an ein Binden, Kleben oder Nähen der einzelnen Blätter heranreicht, „überschreite angesichts der reichen Vorjudikatur den Beurteilungsspielraum des Rekursgerichts nicht"; es liege keine grobe Fehlbeurteilung der Vorinstanzen und daher keine erhebliche Rechtsfrage vor. Das Vorliegen einer äußeren Urkundeneinheit sei „vertretbar", denn die Verwendung dreier Heftklammern komme im Ergebnis einer Heftbindung nahe. Als *Ergebnis* war dieses Testament *gültig.*

12. 2 Ob 29/22 m, 26. 4. 2022

Der *Sachverhalt* betraf zwei lose Blätter. Das Testament war in mit römischen Ziffern nummerierte Abschnitte gegliedert. Der letzte Absatz begann auf dem ersten

[8] Aus der Entscheidung geht nicht hervor, ob diese drei Heftklammern schon im Zeitpunkt der Unterfertigung selbst oder erst unmittelbar danach angebracht worden sind, vgl dazu auch FN 6.

Blatt und endete auf dem zweiten Blatt (Erstes Blatt: „Vorstehendes Testament, welches mir in gleichzeitiger und ununterbrochener Gegenwart der drei ersuchten Zeugen [. . .] des letzten Willens vorgelesen wurde, habe ich meinem letzten Willen entsprechend vollinhalt–"; zweites Blatt: „lich anerkannt und sodann eigenhändig vor ihnen und unter deren Mitfertigung unterschrieben."). Auf dem zweiten Blatt folgten Ort, Datum, nuncupatio und die Unterschriften. Der Notar fuhr zur Unterfertigung in die Wohnung des Erblassers. Nach der Unterfertigung fuhren die Testamentszeugen (vermutlich der Notar und seine Angestellten) ohne Umwege wieder zurück in das Notariat, wo noch am selben Tag zeitnah nach der Rückkehr eine Kopie des Testaments angefertigt wurde. Danach wurden die beiden losen Blätter des Originaltestaments mit einer rot-weiß-roten „Bundesschnur" zusammengenäht.

Die *rechtliche Beurteilung* verneinte die äußere Urkundeneinheit: Eine solche müsste entweder vor der Leistung der Unterschriften oder während des Testiervorgangs, das heißt uno actu mit diesem, also in unmittelbarem Anschluss daran hergestellt werden; in weiterer Folge geht der OGH aber auf diese Frage nicht im Detail ein. Vor allem angesichts der Vorjudikatur vollkommen überraschend liegt – trotz Abteilung eines Wortes des ganz offensichtlich einen logischen Duktus enthaltenden Textes – aber auch keine innere Urkundeneinheit vor: Bei nicht handschriftlich verfassten fremdhändigen letztwilligen Verfügungen würde, so der OGH, die Zulassung bloßer Textfortsetzung als ausreichend einen nicht sachgerechten Wertungswiderspruch zu den strengen Anforderungen an die äußere Urkundeneinheit darstellen. Das Kriterium der Textfortsetzung sei bei computergeschriebenen fremdhändigen letztwilligen Verfügungen unter dem Aspekt der Fälschungssicherheit besonders bedenklich. Der Zufall, ob ein Satz endet oder auf der nächsten Seite fortgesetzt wird, solle nicht entscheidend sein. Die Bejahung der inneren Urkundeneinheit erfordert vielmehr im (typischen) Fall einer nicht handschriftlich verfassten fremdhändigen letztwilligen Verfügung „einen – vom Testator unterfertigten – Vermerk auf dem zusätzlichen Blatt mit Bezugnahme auf seine letztwillige Verfügung". Die bloße Fortsetzung des Texts genügt also nicht (in concreto nicht einmal bei der Abtrennung eines Wortes). Das überraschende *Ergebnis:* Das Testament war *ungültig.*

13. 2 Ob 82/22 f, 30. 5. 2022

Im Sachverhalt ging es um ein Testament aus Blättern, verbunden mit einer Heftklammer und fortlaufender Absatznummerierung. Am ersten Blatt befand sich die Erbseinsetzung, am zweiten Blatt weitere Verfügungen.

Die *rechtliche Beurteilung* verneinte die äußere Urkundeneinheit. Aber es lag auch keine innere Urkundeneinheit mangels unterfertigten Vermerks des Testators auf der ersten, die Erbseinsetzung enthaltenen Seite oder eines Hinweises auf die Erbseinsetzung auf der zweiten Seite vor, als *Ergebnis* war das Testament *ungültig.*

14. 2 Ob 239/22 v, 21. 2. 2023

Der *Sachverhalt* betraf erneut ein wechselseitiges Testament aus zwei Blättern, die mit einer Heftklammer verbunden waren. Der Text zwischen den beiden losen Blättern setzte sich unter Punkt VIII. wie folgt fort: „Ich habe fünf Brüder und eine (Blatt 1, Seite 2) Schwester (Blatt 2, Seite 3)." Unter dem folgenden Punkt IX. führten die Verfügenden aus, sie hätten das Testament als „wechselbezügliches" Testament errichtet. Für den Fall des Widerrufs durch einen der beiden Testatoren seien auch die Anordnungen des anderen gegenstandslos.

Die *rechtliche Beurteilung* verneinte klarerweise eine äußere Urkundeneinheit. Aber der „Todesstoß" erfolgte auch bezüglich der inneren Urkundeneinheit: Selbst wenn die Fortsetzung des (nicht standardisierten) Textes durch Beendigung der am ersten Blatt begonnenen Aufzählung der Geschwister objektiv einen Sinn ergibt, wird damit nach Ansicht des OGH gerade aus dem Blickwinkel der Fälschungssicherheit keine ausreichende inhaltliche Klammer geschaffen. Eine Textfortsetzung durch Fortsetzung eines angefangenen sinnerhebenden Satzes reicht nicht aus; dadurch ist Fälschungssicherheit nicht gewährleistet. Auch mangels einer ausreichenden Bezugnahme inhaltlicher Natur kann der Satz über die „Wechselbezüglichkeit" des Testaments auf dem zweiten Blatt die innere Urkundeneinheit nicht herstellen. Die Bezugnahme inhaltlicher Natur muss einer tatsächlichen Verbindung der Blätter nahekommen. Als *Ergebnis* war das Testament *ungültig.*

15. 2 Ob 226/22 g, 16. 5. 2023

Der *Sachverhalt* betraf zwei Blätter, lediglich verbunden mit einer einzelnen Heftklammer. Das zweite Blatt enthielt lediglich die Unterschriften der Testamentszeugen.

Die *rechtliche Beurteilung* verneinte eine äußere Urkundeneinheit: Dass das Verbinden mit einer (einzigen) Heftklammer die äußere Urkundeneinheit nicht herstellt, entspricht der ständigen Rechtsprechung des Fachsenats. Und selbstverständlich lag auch keine innere Urkundeneinheit vor: Diese wird im (typischen) Fall einer nicht handschriftlich verfassten, fremdhändigen Verfügung „nicht einmal durch die bloße Textfortsetzung hergestellt". Vielmehr ist ein vom Testator unterfertigter Vermerk auf dem zusätzlichen Blatt mit – inhaltlicher – Bezugnahme auf seine letztwillige Verfügung erforderlich. Dadurch, dass die Erblasserin lediglich (auf dem ersten, von ihr unterfertigten Blatt) auf die nachfolgende Unterfertigung durch die Testamentszeugen (auf dem zweiten Blatt) Bezug nimmt bzw diese bestätigt, wird der Zweck der Unterfertigung „auf der Urkunde selbst", die Identität des Schriftstücks zu beurkunden und Unterschiebungen zu verhindern, nicht si-

chergestellt. Als *Ergebnis* war auch dieses Testament *ungültig.*

C. Die jüngste Entscheidung – ein „Zurückweiser" mit „Standardbegründung"

In einem weiteren Fall, an dem ich selbst als Rechtsanwalt der obsiegenden Partei beteiligt war, hat der OGH erst gar nicht mehr viel „Federlesen" gemacht. Zu 2 Ob 82/24 h hat er den knappen und nicht weiter begründeten Beschluss gefasst: „Der außerordentliche Revisionsrekurs wird mangels der Voraussetzungen des § 62 Abs 1 AußStrG zurückgewiesen (§ 71 Abs 3 AußStrG)". Und es wird wohl noch manch andere ähnliche Fälle geben, deren Details wir nie erfahren.

Darum seien der zugrundeliegende Sachverhalt und auch die ausgetauschten Argumente kurz geschildert: Ein – diesmal aus etlichen Blättern mit jeweils leeren Rückseiten bestehendes – fremdhändiges Testament wurde nach ordnungsgemäßer Unterfertigung und Herstellung einer Kopie für den Testator in ein verschlossenes Kuvert gegeben und in den Safe des beratenden Anwalts gelegt. Elf Jahre danach, nach dem Tod des Erblassers, wurde das Testament aus dem Safe genommen und für den internationalen Gebrauch – es handelte sich um eine grenzüberschreitende Erbschaft – eine beglaubigte Kopie angefertigt, die vom einschreitenden Notariat mit rot-weiß-rotem Faden genäht und gesiegelt wurde. Ebenso hat das beglaubigende Notariat nun auch erstmals eine feste Verbindung der einzelnen Blätter des Originaltestaments hergestellt, was auf diesem mit dem Zusatz „Geheftet anlässlich der Herstellung einer beglaubigten Abschrift" vermerkt wurde.[9] Daher ist nach der völlig eindeutigen Judikatur klar, dass die äußere Urkundeneinheit nicht gegeben war. Strittig war zuletzt daher nur die innere Urkundeneinheit.

Das Testament bestand aus fünf Blättern, die jeweils nur auf der Vorderseite beschrieben waren. Abgesehen vom ersten Blatt, einem „feierlichen" Deckblatt, hatte der Erblasser jedes einzelne Blatt unten eigenhändig unterfertigt. Die Folgeblätter waren jeweils paginiert, und der Umbruch vom vorletzten auf das letzte Blatt sah wie folgt aus: Der Text endete mit Punkt V. Abs 1 und ging auf der nächsten Seite mit (inhaltlich kohärenten) Abs 2 und 3 weiter; daran schlossen sich die Punkte VI. und VII. und zuletzt, auf demselben Blatt, Schlussklausel sowie die Unterschriften des Testators und der drei Testamentszeugen. Die wesentlichsten Argumente der eingesetzten Testamentserbin gingen dahin, Sinnzusammenhang, Paginierung und die eigenhändige Unterschrift des Erblassers auf allen Textseiten seien ausreichend zur Herstellung des inneren Urkundenzusammenhangs.

Zu Beginn dieses Erbrechtsstreits war diese Argumentation noch durchaus vertretbar gewesen. Denn die damals ergangenen Entscheidungen schienen einen sinnvoll fortgesetzten Text womöglich genügen zu lassen. Als der Fall zur Entscheidungsreife anstand, war jedoch ziemlich klar, dass weder Paginierung noch Textfortsetzung ausreichen – schon gar nicht mit Seitenumbruch nach einem vollständigen „Absatz" –, und die bloße eigenhändige Unterschrift des Erblassers stellt eben keinen „Vermerk mit inhaltlicher Bezugnahme auf die letztwillige Verfügung" dar. Eine Unterschrift des Erblassers auf jeder Seite reicht also nicht aus; das Testament war unwirksam, was alle drei Instanzen unisono erkannten. Und bei Formunwirksamkeit hilft natürlich auch der „favor testamenti" nicht weiter, der selbstverständlich nur für gültige letztwillige Verfügungen gilt.[10]

D. Selbstverständlich: Nichtanwendung auf notarielle Protokolle

Diese Formvorschriften des § 579 ABGB gelten nicht für notarielle Protokolle.[11] Dies ist auch vollkommen logisch: Denn eine vom Notar durch notarielles Protokoll entgegen- oder aufgenommene letztwillige Verfügung bleibt ja im Original beim Notar und ist damit fälschungssicher; auch die Loseblattproblematik stellt sich von vornherein nicht. Bekanntlich konnten „früher" gem § 568 ABGB (aF), also bis zum ErbRÄG 2015, „Besachwalterte" selbst in einem lucidum intervallum nur mündlich vor Gericht oder Notar (in Form des notariellen Protokolls) testieren.[12] Anwälte wie ich haben daher diese Form schon deshalb gern gewählt, um dem potentiell von Erben aus anderen Titeln immer wieder erhobenen Einwand, der (evtl betagte) Erblasser sei bei Erklärung seines letzten Willens nicht mehr „bei Sinnen" gewesen, notfalls mit der Entgegnung begegnen zu können, er habe, obwohl ihm gar kein Sachwalter oder Erwachsenenvertreter bestellt war, ohnedies in der „allerstrengsten", selbst für solche Personen geeigneten Form testiert und jedenfalls – wie auch der beigezogene Notar bestätigen kann – in einem lucidum intervallum gehandelt. Diese Regelung ist gefallen und damit auch die gute Begründung dafür, doch ein notarielles Protokoll und nicht bloß ein vom Notar „begleitetes" simples Drei-Zeugen-Testament zu errichten – schade!

[9] Dass dieser Umstand auf der beglaubigten Kopie allerdings nicht vermerkt war, sodass zunächst für das ausländische Gericht, das nur diese Kopie prüfte, der Eindruck entstand, auch das Original sei „seit jeher" geheftet gewesen, sollte allerdings nicht „Schule machen".

[10] OGH RIS-Justiz RS0012352; OGH 7. 4. 2020, 2 Ob 35/20 s.

[11] Dies gilt im Übrigen für alle notariellen letztwilligen Verfügungen: OGH 30. 5. 2022, 2 Ob 63/22 m.

[12] Vgl dazu *Tschugguel*, Das Testament der entmündigten oder besachwalteten Person, iFamZ 2012, 150.

E. Lessons Learned

1. „Handwerkliches"

Angesichts der nun gefestigten Judikatur ergeben sich bei der Verfassung fremdhändiger Testamente einige ganz klare Regeln, die es zu beachten gilt. Die erste Frage, die man sich stellen könnte, ist die Wahl einer anderen Form. Nochmals: Hätten die Erblasser in den oben erörterten immerhin 16 Fällen, von denen die Testamente in nur drei Konstellationen gültig waren, jeweils ein notarielles Protokoll errichten lassen, wäre ihr letzter Wille jeweils wirksam gewesen. Diese Form bietet zudem auch den Vorteil, dass der einschreitende Notar zugleich auch – und später als Zeuge – wohl idR die Testierfähigkeit bestätigen können wird.

Nicht ganz so „sicher" ist das Ausweichen auf ein eigenhändiges Testament: Hier kommen ohne fachkundige Beratung doch immer wieder Fehler vor, niemand kann die geistigen Fähigkeiten des Erblassers im Zeitpunkt der Errichtung des letzten Willens bezeugen, und womöglich ist auch bei handschriftlichen eigenhändigen Testamenten, die aus mehreren losen Blättern bestehen, das letzte oberstgerichtliche Wort noch nicht gesprochen? Wer weiß? Darum suchen eben vorsichtige Testamentsverfasser die Papierhandlung ihres Vertrauens auf – siehe oben – und verfassen auch ihr selbstgeschriebenes Testament lieber auf einem Bogen. Sicher ist sicher.

Wählt man aber dennoch und bewusst das fremdhändige Drei-Zeugen-Testament, so ist „old school" vorzugehen: Wenn der Inhalt wirklich nicht (und zwar auch nicht bei einzeiligem Text ohne „elegante" Formatierung, auf die man zugunsten der Sicherheit verzichten sollte, da ein aus einem einzigen Blatt bestehendes Testament von der oben geschilderten Ungültigkeitsjudikatur schon denkmöglich nicht erfasst sein kann) auf ein einziges Blatt passt, dann muss man eben einen Bogen wählen oder – wenn auch dieser nicht ausreicht – nähen, siegeln, kleben; am besten alles zusammen und jedenfalls sicherheitshalber noch in Gegenwart des Testators. Das dies oft nicht „praktisch" ist, insbesondere wenn des Nähens kundige Kanzleimitarbeiter nicht zur Testamentserrichtung im Hause des Erblassers mitgenommen werden, steht auf einem anderen Blatt. Aber – und damit schließt sich der Bogen – dies kann eben vermieden werden, wenn ein insgesamt aus vier Seiten bestehendes Testament von vornherein auf einem gefalteten DIN A3 Blatt errichtet wird, dessen Einheit von niemandem in Frage gestellt werden kann. Der Einhaltung der äußeren Urkundeneinheit ist jedenfalls der Vorzug zu geben, weil sich damit Fragen der inneren Urkundeneinheit gar nicht stellen können.

2. Inhaltlich-Textliches

Nach der Judikatur bewirkt eine bloße Textfortsetzung – selbst eine Abteilung innerhalb eines einzigen Wortes von einem Blatt auf das nächste – keine „innere Urkundeneinheit". Eine solche kann nur durch einen vom Erblasser gesetzten und unterfertigten Vermerk „mit inhaltlicher Bezugnahme auf das Testament" hergestellt werden. Was aber ist ein solcher Vermerk genau, und auf welche Seiten oder Blätter ist er zu setzen? Dazu schweigt die bisherige Judikatur.

Dieses Schweigen hat wohl zwei Gründe: Zum einen bestanden offenbar die meisten vom OGH beurteilten Testamente, wie die obige Auflistung zeigt, aus lediglich zwei Blättern. Der vom OGH beschriebene Vermerk auf dem jeweils anderen Blatt hätte die innere Urkundeneinheit hergestellt; einer Auseinandersetzung mit der Frage, ob er auf jedem einzelnen Blatt gesetzt werden hätte müssen oder „nur" auf dem Blatt, das die Unterschrift des Erblassers nicht enthielt, bedurfte es nicht.

Zum anderen hat erst der OGH das Erfordernis eines eigenhändigen vom Erblasser stammenden und unterfertigten Vermerks mit inhaltlicher Bezugnahme auf das Testament festgelegt, man möchte fast sagen, „erfunden". Daher ist es wiederum kein Wunder, dass Berater in früherer Unkenntnis dieser erst später ergangenen Judikatur die Notwendigkeit einer solchen Klausel nicht ahnen und diese auch nicht antizipieren und vorformulieren konnten. Mit anderen Worten ist es kein Wunder, dass dem OGH in den bisherigen Entscheidungen kein solcher „Vermerk des Testators" zur Beurteilung vorlag. Dies kann sich aber ändern, jetzt, da wir ja alle um diesen Kunstgriff zur Herstellung einer inneren Urkundeneinheit wissen.

Vereinzelt wurde in der Literatur auch dazu Stellung genommen, was unter einem „Vermerk mit inhaltlicher Bezugnahme" zu verstehen ist:

So ist etwa *Rabl*[13] der Auffassung, dass ein inhaltlich ausreichend bestimmter Vermerk des Erblassers auf der letzten Seite zumindest in zusammengefasster Form die Verfügungen auf den vorherigen Seiten wiederholen müsste. Dies wäre dann aber nicht mehr als Verweis zu klassifizieren, sondern müsste der Erblasser „auf der letzten Seite zumindest summarisch die Verfügungen auf den früheren Seiten wiederholen".

Tschugguel[14] äußert generell Kritik an der inneren Urkundeneinheit durch inhaltlichen Vermerk. Seiner Ansicht nach müsse der Vermerk ebenfalls dergestalt sein, dass das vorangehende Blatt zumindest in seinem wesentlichen Inhalt wiedergegeben wird, wodurch jedoch der Verweis seinen Sinn verlieren würde; „denn er wäre dann eigentlich nicht mehr Verweis, sondern Wiederholung".

[13] *Rabl,* Neue Rechtsprechung zur Form einer fremdhändigen letztwilligen Verfügung, die aus mehreren Blättern (Bögen) besteht, NZ 2020/1; *ders,* Anm zu OGH 30. 1. 2020, 2 Ob 218/19 a, NZ 2020/31, 102.

[14] *Tschugguel,* Zur Urkundeneinheit des fremdhändigen Testaments – Zugleich eine Besprechung der E 2 Ob 145/19 s und 2 Ob 143/19 x, EF-Z 2020/30.

Auch *Hofmann*[15] hegt Bedenken gegen den „inhaltlichen Vermerk" und hält diesen Begriff für völlig unbestimmt. Die Kriterien für die „innere Urkundeneinheit" erachtet er als ungenügend und auslegungsbedürftig. Dies führt letztlich auch zu einer Beeinträchtigung der Rechtssicherheit, da die genannten Kriterien von teleologischen Erwägungen betroffen sind.

Auch *Sauer*[16] vertritt die Auffassung, dass ein ausreichend bestimmter Vermerk die inhaltlichen Angaben der Verfügung auf der letzten Seite zumindest „summarisch" wiederholen müsste. Nach seiner Einschätzung sind ein solcher Maßstab und die geforderte Ausgestaltung eines inhaltlichen Vermerks in der Praxis kaum denkbar und wohl selten anzutreffen.

In der Gesamtschau lässt sich also festhalten, dass aufgrund der Nichtvorlage aussagekräftiger Kriterien und Aussagen des OGH derzeit noch keine abschließende Aussage darüber getroffen werden kann, wie ein solcher „inhaltlicher Vermerk" zu gestalten ist. Genau genommen, handelt es sich um zwei Fragen: Was ist der Inhalt des Vermerks, und auf welchen Blättern ist er zu setzen?

Ich habe mir beide Fragen nicht nur selbst gestellt, sondern sie auch im Erbrechts-Team meiner Kanzlei diskutiert. Dabei sind durchaus verschiedene Auffassungen zutage getreten. Zunächst zur Frage, auf welchem Blatt ein solcher Zusatzvermerk anzubringen ist: Ich selbst bin dazu der Auffassung, dass dieser – auch aus „äußerster advokatorischer Vorsicht" – auf jedem Blatt anzubringen ist, selbst auf dem Unterschriftsblatt. Dies insbesondere dann, wenn es nicht sowohl die (nunmehr handschriftliche) nuncupatio und die Unterschrift des Erblassers als auch die Unterschriften aller Zeugen (nunmehr mit handschriftlichem Hinweis auf ihre Zeugeneigenschaft) enthält. Aber sicherheitshalber würde ich den Erblasser gleichlautende Vermerke mit inhaltlichem Bezug auf jedes einzelne Blatt setzen lassen.

Mein Kollege *Daniel Dibon,* dem ich im Übrigen auch sehr für seine Unterstützung bei den Judikaturrecherchen für diesen Beitrag danke, interpretiert die Aussagen des OGH dahingehend, dass es genügen würde, wenn sich ein derartiger Vermerk „nur" auf dem Unterschriftenblatt befindet. In diesem Fall müssten sich auf „dem zusätzlichen Blatt" jedoch die Unterschriften und Zeugenzusätze der Zeugen und auch die Unterschrift und handschriftliche nuncupatio des Erblassers befinden.

Auch wenn wir beide für künftige Testamentserrichtungen jedenfalls die Einhaltung der äußeren Urkundeneinheit dringend empfehlen, könnte es doch sein, dass es einmal einen Fall gibt, in dem diese Fragen zur inneren Urkundeneinheit entschieden werden. Dass eine bloße Unterschrift des Erblassers auf allen Seiten nicht ausreicht, hat der OGH allerdings bereits klargestellt.

Nun zum erforderlichen Mindestinhalt: Man braucht bekanntlich einen (oder mehrere, nämlich je einen pro Blatt) „Vermerke mit inhaltlicher Bezugnahme auf das Testament". Wir wissen aus der oben dargestellten Judikatur,[17] dass etwa ein Verweis auf „dieses gemeinschaftliche Testament" nicht ausreicht, weil damit – so der OGH – nicht klar ist, wer zum Erben eingesetzt wurde. Ich würde daher davon ausgehen, dass im Lichte dieser Entscheidung der Mindestinhalt eines solchen handschriftlichen und vom Erblasser unterschriebenen Vermerks etwa wie folgt lauten müsste: „Dies ist Blatt [. . .] meines Testaments vom [. . .], mit dem ich [. . .] zum Erben einsetze. Unterschrift Erblasser." Erstreckt man das Erfordernis „inhaltlicher Bezugnahme" hingegen wie *Rabl* und *Tschugguel* auch auf alle sonstigen Verfügungen, etwa zusätzlich auf die Erwähnung der ausgesetzten Legate, so käme man zwanglos zu einem Ergebnis, das einem „Testament im Testament", nämlich einer handschriftlichen Wiederholung aller wesentlichen Punkte, gleichkäme. Und das kann nicht Sinn der Sache sein, wie auch diese beiden Autoren zu Recht erkennen.

Da also – wie man sehen kann – rund um die „innere Urkundeneinheit" zahlreiche offene Fragen bestehen, ist künftig bei der Verfassung fremdhändiger letztwilliger Verfügungen besser darauf zu achten, schon eine äußerlich „einheitliche" Urkunde zu verwenden oder unmittelbar im Zuge der Testamentserrichtung zu schaffen, deren Einheit ohne Zerstörung nicht beseitigt werden kann.[18] Einem Berater, der die nun wirklich einhellige ständige Judikatur nach wie vor nicht kennt oder nicht – und zwar auf die „vorsichtigste" Art und Weise – beachtet, droht nämlich durchaus eine persönliche Haftung, und zwar nicht nur aus dem Beratungsvertrag, sondern ggfs auch aus der Verletzung von § 1300 ABGB.[19]

F. Das Loseblatttestament als Haftungsfall?

Aus den Kreisen der Haftpflichtversicherer hört man, dass zuletzt die Schadensmeldungen von Anwälten und Notaren für Haftungsfälle wegen Beratung bei der Verfassung von Testamenten, denen (meist) schon der äußere, aber eben auch der als „Rettungsanker" mögliche innere Urkundenzusammenhang fehlt, rapide angestiegen seien. Aber keine Angst, so schlimm ist es nicht! Nicht jedes letztlich unwirksame Testament stellt

[15] *Hofmann,* Fortsetzung der Loseblattjudikatur – Teil II (2022), iFamZ 2022/159, 205.

[16] *Sauer,* Die innere Urkundeneinheit beim fremdhändigen Privattestament – Besprechung der E OGH 26. 4. 2022, 2 Ob 29/22 m, NZ 2022/116.

[17] OGH RIS Justiz RS0132929 [T 2].

[18] Ganz in diesem Sinne auch die Praxistipps von *Romanek/Schmetterer,* Haftungsfalle fremdhändige Testamente, Zak 2022/644.

[19] Dazu schon grundlegend *Welser,* Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten (1983).

zugleich einen Haftungsfall für den dabei einschreitenden Rechtsberater dar. Dazu hat der OGH in einer wiederum erst kürzlich ergangenen Entscheidung zu 7 Ob 38/24 z einige Leitlinien fixiert.

Es ging dabei um ein von einem Notar am 21. 2. 2018 – also wenige Monate vor der allerersten, mit 26. 6. 2018 datierten und erst später, nämlich seit 24. 7. 2018 im RIS veröffentlichten diesbezüglichen OGH-Entscheidung – errichtetes fremdhändiges Testament. Es sind dies die in der oben B.12. zitierten E 2 Ob 29/22 m erwähnten zwei losen, mit Text bedruckten Blätter, wobei der letzte Textabsatz des ersten Blattes mit dem unvollständigen Wort „vollinhalt-" endete, welches auf dem nächsten Blatt durch das erst sinngebende „lich" vervollständigt wurde. Das Wort war Bestandteil der „Schlussformel"; die Erbseinsetzung war im ersten Blatt enthalten. Der Erblasser verstarb am 13. 12. 2018, also zu einem Zeitpunkt, zu dem lediglich die allererste, noch vieles offenlassende oberstgerichtliche E 2 Ob 192/17 z[20] ergangen war. In der Folge wurde vom OGH dann aber, als er mit dem konkreten Fall zu 2 Ob 29/22 m befasst wurde, doch der innere Urkundenzusammenhang verneint. Die Klägerin im nachfolgenden Haftungsprozess gegen den testamentserrichtenden Notar meinte, schon nach der allerersten OGH-Entscheidung wäre der Notar flugs verpflichtet gewesen, das wegen äußerer Urkundeneinheit unwirksame Testament bis zum Tod des Erblassers zu „sanieren".

Der OGH verneinte allerdings eine Haftung des Notars: Zwar ist er natürlich Sachverständiger iSd § 1299 ABGB, doch dürfen die Anforderungen an seine Sorgfaltspflicht iS des RS0026584 nicht überspannt werden. Ein Verschulden lag nicht vor, weil es nur dann anzunehmen gewesen wäre, wenn „bei pflichtgemäßer Überlegung das erzielte Auslegungsergebnis nicht mehr als vertretbar bezeichnet werden kann." Die Fehlbeurteilung einer komplizierten Materie könne nicht ohne weiteres als Sorgfaltspflichtverletzung angelastet werden. Eine Haftung wäre aber zu bejahen, wenn bei einer strittigen, noch nicht höchstgerichtlich entschiedenen Frage weder Schrifttum noch Materialien für die gewählte Auslegung Anhaltspunkte bieten. Im Rahmen seiner beratenden außergerichtlichen Tätigkeit hätten Rechtsanwälte und Notare nach Möglichkeit den gefahrloseren Weg zu gehen, sofern die Partei nicht trotz Belehrung auf einem bestimmten Vorgang beharre.

Der OGH zog dann sogar die ältere Rechtsprechung zum eigenhändigen Testament heran. Da erstmals in der den gegenständlichen Fall betreffenden VorE 2 Ob 29/22 m vom OGH klargestellt worden war, „dass die bloße Fortsetzung des Textes bei einer nicht handschriftlich verfassten fremdhändigen letztwilligen Verfügung nicht zur Herstellung innerer Urkundeneinheit genügt", war die Ansicht des Beraters im vorliegenden Fall nicht unvertretbar; eine Haftung – die übrigens idR eine Einzelfallbeurteilung darstellt und daher iSd § 502 ZPO keinen Grund für eine ordentliche Revision bildet – wurde verneint.

Vor dem Hintergrund der erst jetzt vorliegenden, doch sehr umfangreichen Judikatur wäre heute wohl anders entschieden worden. Berater bei der Testamentsverfassung müssen diese kennen und daher jetzt die oben ausführlich dargestellten Grundsätze beachten. Die künftige Verwendung von Bögen ist daher ebenso angesagt wie das unverzügliche altmodische „Nähen" mehrerer Seiten mit einem (traditionell rot-weiß-roten) Faden samt Anbringen eines Siegels noch in Gegenwart des Testierenden; nur um wirklich ganz sicher zu gehen. All das erspart man sich natürlich, wenn von vornherein die sichere Form eines notariellen Testaments in Protokollform gewählt wird.

Was aber gilt in Altfällen?[21] Es ist mE vollkommen klar, dass die im Februar 2018 eingeleitete Judikaturwende nicht vorhersehbar war, und daher davor verfasste Testamente, die aus mehreren losen und auch lose gebliebenen Blättern bestehen, grundsätzlich keinen Haftungsfall des Beraters darstellen. Aber – wie *Rudolf Welser* schon in anderem Zusammenhang[22] bemerkt hat – „wirken zwar Gesetze nicht zurück, für Judikaturänderungen gibt es aber keine solche Vorschrift". Die Parteien werden von ihnen überrascht, ohne sich vorsehen zu können, und auch vor der Judikaturänderung getroffene Verfügungen sind dieser unterworfen. Das heißt, die früher nach bestem Wissen erstellten fremdhändigen Loseblatttestamente sind nun in der Tat „reihenweise unwirksam".

Damit stellt sich die Frage, ob es eine Pflicht des seinerzeit beigezogenen Beraters gibt, den Testator ex post darauf hinzuweisen und ihn jetzt zu einem „Sanierungsvorgang" anzuleiten. Dies ist gar nicht so leicht zu beantworten, da häufig das Mandatsverhältnis mit der Unterfertigung des – seinerzeit vermeintlich gültigen – Testaments abgeschlossen war. In der Tat wurden ja auch vor der Judikaturwende tausende und abertausende Verlassenschaftsverfahren auf Basis fremdhändiger aus losen Blättern bestehender Testamente abgewickelt, ohne dass jemand auf die Idee gekommen wäre, deren Gültigkeit in Frage zu stellen. Aber nun ist eben alles anders:

Dabei ist es natürlich keine Lösung, allenfalls im Safe des Beraters liegende Loseblatttestamente aus früheren Tagen nun einfach nachträglich zu binden, zu nähen oder mit vielen Heftklammern, die in ihrer großen Zahl die Urkunde untrennbar verbinden, zu „tackern". Ein solcher Vorgang stellt einerseits die äußere Urkunden-

[20] Siehe oben B.1.

[21] Zur gesamten Problematik eingehend *Schäfers*, Haftungsrechtliche Folgen der Formunwirksamkeit fremdhändiger Testamente, ÖJZ 2022/46; vgl auch *Romanek/Schmetterer*, Haftungsfalle fremdhändige Testamente, Zak 2022/644.

[22] *Welser*, Schadenersatz statt Gewährleistung (1994) 13 f.

einheit schon deshalb nicht her, weil er nicht uno actu mit der Testamentserrichtung erfolgt ist, s die eindeutige Judikatur oben. Falls aber beabsichtigt wäre, den Zeitpunkt der Herstellung der untrennbaren Verbindung zu verschweigen oder falsch darzustellen, könnte darin sogar ein Straftatbestand liegen.[23] Daher wäre das keine gute Idee.

Es gebietet aber jedenfalls – wo ein Beratungsverhältnis nicht ohnehin noch aufrecht ist – die nachvertragliche Sorgfaltspflicht,[24] den Testator, dessen seinerzeit scheinbar gültiges Testament durch die Judikaturwende nunmehr als unwirksam betrachtet werden muss, bei Erkennbarkeit dieses Umstandes zu kontaktieren und ihn darauf hinzuweisen sowie ihm anzubieten, den Formmangel durch Verfassung eines neuen Testaments zu „sanieren". Die Unterlassung derartiger Schritte kann einen Haftungsfall darstellen, wobei die neuerliche Testamentserrichtung selbstverständlich extra honorieren zu sein wird.

Problematisch ist es natürlich, wenn der Testator in der Zwischenzeit nicht mehr in der Lage ist, einen neuen letzten Willen zu erklären, etwa weil er bei Erkennbarkeit der Unwirksamkeit der früheren letztwilligen Verfügung durch den seinerzeitigen Berater bereits verstorben oder mittlerweile testierunfähig ist. In solchen Fällen ist allerdings ein Haftungsfall des Testamentsverfassers schon mangels Kausalität zu verneinen: Die Judikaturwende konnte ja nicht „vorausgeahnt" werden, wie schon die eingangs erwähnte OGH-E 7 Ob 38/24 z ganz klar sagt. Und im Zeitpunkt der Erkennbarkeit, der ja erst Handlungspflichten auslöst, konnte keine „rettende Aktion" mehr durchgeführt werden. Daher haftet der Berater, unter dessen Einsatz ein Testament lose geblieben ist, den durch das Loseblatttestament Begünstigten keineswegs in jedem Fall für den entstandenen Schaden. Dennoch: Jeder, der Testamente errichtet hat, sollte einen raschen Blick in seine Akten und seinen Safe werfen und schauen, ob die dort schlummernden letztwilligen Verfügungen im Sinne der neueren Judikatur Handlungsbedarf begründen.

[23] Zu strafbaren Tatbeständen im Zusammenhang mit der Testamentserrichtung in Dantes Divina Commedia und der Oper vgl *Welser,* Gianni Schicchi und das Recht, in *Wiener Staatsoper* (Hrsg), Programmheft 1980 (1979) 69 sowie *Welser,* Böses über die Juristen (2005) 130 („Gianni Schicchi als Testamentsfälscher").

[24] *Schäfers,* Haftungsrechtliche Folgen der Formunwirksamkeit fremdhändiger Testamente, ÖJZ 2022/46 mwN; *Schopper,* Nachvertragliche Pflichten des Beraters, NZ 2009/28.

Über die Autorin

Hon.-Prof. Dr. Irene Welser ist Rechtsanwalt und Senior Partner der Kanzlei CERHA HEMPEL, wo sie das Department Streitige Angelegenheiten leitet. Ihre Tätigkeitsschwerpunkte sind Wirtschaftsprozesse und internationale Schiedsverfahren, aber auch Nachlassplanung und Beratung sowie Vertretung in Erbrechtssachen.

Rechtsprechung

Grundbuch, Wohn- und Liegenschaftsrecht

NZ 2024/154

§ 94 Abs 1 Z 2, § 126 Abs 2 GBG; § 242 ABGB; § 62 Abs 1 AußStrG
Bedenken des Grundbuchsgerichts hinsichtlich der Verfügungsfähigkeit

1. § 94 Abs 1 GBG hat durch das 2. ErwSchG keine Änderung erfahren und ist auch nicht teleologisch zu reduzieren.

2. Es genügt daher für die Versagung der Eintragung, wenn beachtliche Gründe für die Beschränkung der Verfügungsfähigkeit einer Vertragspartei bestehen. Selbst wenn ein an der Vertragserrichtung mitwirkender Notar keine Zweifel an der Diskretions- und/oder Dispositionsfähigkeit einer Vertragspartei hegt, sind solche Bedenken nicht schlechthin ausgeschlossen.

OGH 28. 9. 2023, 5 Ob 156/23 m (LGZ Graz 28. 6. 2023, 70 R 20/23 k)

Zurückweisung ao Revisionsrekurs

Sachverhalt:

[1] Unter Vorlage ua des von ihnen, dem Verkäufer und der von ihm gewählten Erwachsenenvertreterin beglaubigt unterfertigten Kaufvertrags v 3. 6. 2022 begehrten die Antragsteller die Einverleibung ihres Eigentumsrechts.

Punkt XV. dieses Kaufvertrages lautet:

„Genehmigung:

Im Österreichischen zentralen Vertretungsverzeichnis ist mit Errichtung vom 4. 2. 2022, Registrierungsnummer [...], eingetragen von Frau Notar [...], Datum der Eintragung 9. 3. 2022, die gewählte Erwachsenenvertretung für [Anm.: den Verkäufer] eingetragen. Vertreterin ist dessen Ehefrau [...]. Demgemäß ist der Liegenschaftsverkauf vom zuständigen Pflegschaftsgericht, Bezirksgericht Graz-Ost, nach Einholung von Befund und Gutachten eines gerichtlich beeideten Sachverständigen aus dem Immobilienfach, wofür Herr Architekt Dipl. Ing. [...] vorgesehen ist, genehmigungspflich-