

# TE OGH 1989/4/5 1Ob522/89

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 05.04.1989

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr.Schragel als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Schubert, Dr.Hofmann, Dr.Schlosser und Dr.Graf als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Miroslav K\*\*\*, Kaufmann, Appartement T 1708, 7 Avenue Saint Roman, Monte Carlo, Monaco, vertreten durch Dr.Walter Spieß, Rechtsanwalt in Innsbruck, wider die beklagten Parteien 1.) Herbert H\*\*\*, Beamter, Lienz, Peggetzstraße 28, vertreten durch Dr.Erhard C.J.Weber, Rechtsanwalt in Wien, 2.) Alfred H\*\*\*, EDV-Fachmann, München, Rattenbergerstraße 35, vertreten durch Dr.Peter Lambert, Rechtsanwalt in Wien, wegen Rechnungslegung (Streitwert S 2,000.000) infolge Revisionen der beklagten Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Berufungsgerichtes vom 5. Dezember 1988, GZ 4 R 279/88-52, womit infolge Berufungen der beklagten Parteien das Teilurteil des Landesgerichtes Innsbruck vom 10. Juli 1988, GZ 9 Cg 96/87-42, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Den Revisionen wird Folge gegeben. Die Urteile der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, daß sie als Teilurteil zu lauten haben:

"Das Hauptbegehr des Inhaltes, die Beklagten seien zur ungeteilten Hand schuldig, bei Exekution unter Vorlage eines Verzeichnisses der gesamten Vermögenswerte der am 2.1.1984 verstorbenen Erblasserin Anna K\*\*\*, geboren 2.4.1935, die diese bei der Bank H\*\*\* AG in Zürich zum Zeitpunkt des Todestages auf ihren Namen eingelegt hatte bzw. über die sie verfügberechtigt war, und zwar insbesondere Konten über Bargeldbeträge, Wertpapiere, Schließfächer, Depositenkonten und dgl., diese anzugeben und einen Eid dahin zu leisten, daß ihre Angaben richtig und vollständig sind, wird abgewiesen".

Die Entscheidung über die Prozeßkosten und Kosten der Rechtsmittelverfahren bleibt der Endentscheidung vorbehalten.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der Kläger heiratete am 31.Juli 1965 Anna H\*\*\*; die Ehe wurde am 16.Mai 1979 geschieden. Anlässlich der Scheidung überwies der Kläger an Anna K\*\*\* den Betrag von 100.000; dieser Betrag wurde von Anna K\*\*\* auf dem Konto 347810-02-13 der Bank H\*\*\* AG, Zürich, gutgebracht. Anna K\*\*\* war (auch) österreichische Staatsbürgerin. Nach der Scheidung hatte sie Wohnsitze in Frankreich und in Lienz. Am 2.Jänner 1984 beging sie Selbstmord. Die Beklagten sind ihre Brüder.

Nach ihrem Tod wurden in der Wohnung in Lienz zwei Schreiben vorgefunden: Ein eigenhändiges nicht datiertes Schreiben hatte folgenden Wortlaut: "Depot Lienzer Sparkasse. Mein letzter Wille ist, daß diese Wertpapiere, Anlagen im Werte von ÖS 320.125 verkauft werden u. folgendermaßen aufgeteilt werden: Je 1/3 an meine Mutter Antonia H\*\*\*,

je 1/3 an Herbert Hanser, je 1/3 an Alfred Hanser. Das Geld waren meine Ersparnisse aus England und wurden legal über die Nationalbank eingeführt. Papiere in blauer Kassette Peggetzstraße 28 - Wohnrecht. Alle Möbel, Bilder, Teppiche u. sämtliches Inventar an Herbert H\*\*\*. Schmuck von dem ich nur wenig besitze an Frau Antonia H\*\*\*. In Beaulieu sur mer: versilbernde Tablets, Tourinen, Bestecke etc. sowie Commodes u. Kleidungsstücke an Alexandra H\*\*\* u. Manuela".

Das weitere vorgefundene Schreiben, ein nicht unterfertigter Abschiedsbrief, hatte folgenden Wortlaut: "Gott verzeih mir bitte ich hatte keine andere Wahl. In Frankreich war ich immer sehr einsam

u. was ich unter konstanter Provokation sagte, dafür wird man mir keinen Frieden lassen, nirgends. Es besteht kein Testament. Ich bitte das Gesetz meinen Besitz an meine Familie aufzuteilen wie es ihnen zusteht, mit Ausnahme beiliegendem Wunsch. Gott beschütze meine Hinterbliebenen u. alle jene die ich liebe. Ich führte ein ehrenvolles Leben so gut ich konnte, aber böse Menschen defamierten mich immer wieder. Meine Aufenthaltsbewilligung in Frankreich dauert bis 11. Februar 1984."

Im Verlassenschaftsverfahren nach Anna K\*\*\*, A 44/84 des Bezirksgerichtes Lienz, in dem nur der schriftliche letzte Wille kundgemacht worden war, wurden von der Mutter und den Brüdern der Verstorbenen dieser letzte Wille in Anlehnung an mündliche Äußerungen der Erblasserin einvernehmlich als Erbseinsetzung zu je 1/3 gewertet. Die Mutter Antonia H\*\*\* entschlug sich zugunsten der Beklagten ihres Erbrechtes; die Beklagten gaben darauf die unbedingte Erbserklärung aus dem Titel des undatierten Testamente ab. Im eidesstättigen Vermögensbekenntnis sind Guthaben der Verstorbenen bei inländischen Kreditunternehmungen sowie Fahrnisse in Lienz und im "Feriendorf" in Frankreich einbekannt. Mit Einantwortungsurkunde des Bezirksgerichtes Lienz vom 3. April 1984, ON 9, wurde den Beklagten der Nachlaß nach Anna K\*\*\* auf Grund des undatierten Testamente je zur Hälfte eingeantwortet. Am 15. November 1984 stellte der Kläger einen Antrag auf Ergänzung des Verlassenschaftsverfahrens gemäß § 179 AußStrG. Er brachte vor, bei der Bank H\*\*\* AG in Zürich habe ein Konto der Verstorbenen mit einem Guthaben von ca. 5,3 Mill. S bestanden. Diesen Betrag hätten die Beklagten in ihren Besitz gebracht. Anna K\*\*\* habe am 23. September 1983 vor den Testamtszeugen Malcolm, Irma und Stefan F\*\*\* ein mündliches Testament errichtet. Die Testamentszeugen hätten darüber ein Protokoll in englischer Sprache aufgesetzt. Dieses mit 21. Februar 1984 datierte Protokoll wurde vom Kläger dem Abhandlungsgericht vorgelegt und hat nachstehenden wesentlichen Inhalt:

"She said she would return shortly after the Christmas/New Year holiday because it corresponded with our own return. As a result of her unplanned decision to visit Austria she recounted once again several of the traumatic experiences she had had during her previous visits. She then, continuing in a very serious vein, asked us to witness her verbal testament. We of course readily agreed to do so. She told us that she had an account with the Bank H\*\*\* AG. in Zuerich, into which her former husband, Miroslav K\*\*\*, paid at the time of their divorce the sum of 100.000 and that that account was now invested in various currencies, principally U.S. Dollars, and was worth about US-\$ 250.000.

She also told us, which we were also aware of, that her former husband, Miroslav K\*\*\*, transferred to her his flat in Beaulieu-sur-Mer and she wished that in the event of her death this asset as well as the aforementioned account with the Bank H\*\*\* in Zuerich should revert to her former husband, Miroslav K\*\*\*, with whom she remained closest of friends, meeting frequently and often asking for and relying on his advice.

She further said that she wanted that her Austrian assets go to her family and that she would make separate arrangements accordingly. We confirmed to her to have noted her testamentary wishes in respect of her Swiss Account with the Bank H\*\*\* in Zuerich and her flat in Beaulieu-sur-Mer along with her Austrian assets and agreed to act as testamentary witnesses and inform Miroslav K\*\*\*".

Dieses Protokoll wurde vom Abhandlungsgericht am 29. November 1984 kundgemacht. Der Kläger beantragte weiters die eidliche Vernehmung der Testamentszeugen. Diese fand am 14. Februar 1986 vor dem Tribunal de Grande Instance in Nizza in seiner Gegenwart und im Beisein der Me. Champsaur und Glize, Anwälte in Grasse, statt. Nach der Aktenlage wurde zur Einvernahme der englischsprechenden Testamentszeugen ein Dolmetsch beigezogen. Das Protokoll hat in deutscher Übersetzung folgenden wesentlichen Wortlaut:

"Testamentszeugin Irma F\*\*\* ..... Ich habe Frau Anna K\*\*\*, die in Beaulieu in meiner Nähe gewohnt hat, gekannt. Wir trafen uns häufig und hatten die Gewohnheit, die Weihnachtsfeiertage miteinander zu verbringen. Zum letzten Mal habe ich sie einige Tage vor ihrer letzten Reise nach Österreich gesehen. Wir hatten die Gewohnheit, die

Weihnachtsfeiertage miteinander zu verbringen. Am 23. September 1983 - ich erinnere mich genau an dieses Datum, weil es der Geburtstag meines Vaters ist - hatte ich Frau K\*\*\* bei mir zum Mittagessen eingeladen. Bei dieser Gelegenheit erklärte Frau K\*\*\*, daß sie für den Fall, daß ihr etwas zustoßen sollte, den Wunsch habe, das auf einer Bank in Zürich liegende Geld, d.h.

100.000 sowie ihre Wohnung in Beaulieu ihrem Mann M. K\*\*\*  
zukommen zu lassen. Ich möchte klarstellen, daß Frau K\*\*\*, als  
sie diese Erklärungen abgab, geistig-seelisch vollkommen auf der  
Höhe war und es sich um eine ausdrückliche Willensäußerung  
ihrerseits handelte. Im übrigen war das nicht ein Gedanke, der ihr  
plötzlich gekommen wäre, denn sie hatte mir diesen Wunsch schon  
früher mitgeteilt, der in Wirklichkeit ein reiflich überlegter  
Entschluß war. Bei dieser Zusammenkunft am 23.September haben wir zu  
dritt, mein Mann, mein Sohn und ich, die Willensäußerung von Frau  
K\*\*\* gehört ..... Ich weiß, daß Frau K\*\*\* die Absicht hatte,  
ein ordnungsgemäßes Testament abzufassen und zu diesem Zwecke einen  
Anwalt aufzusuchen ..... Der Testamentszeuge Malcolm F\*\*\* .....  
Ich habe Frau K\*\*\*, die in Beaulieu gewohnt hat, sehr gut  
gekannt. Ich sah sie häufig, besonders bei uns zu Hause. Ich  
erinnere mich sehr gut an den 23.September 1983. Der 23.September  
ist nämlich der Geburtstag meines Schwiegervaters. Meine Frau hatte  
Frau K\*\*\* zu uns zum Mittagessen eingeladen. Frau K\*\*\* sagte  
uns, daß sie nicht beabsichtigte, nach Österreich zurückzukehren, da  
sie mit ihrem Bruder Schwierigkeiten habe. Ich glaube, daß damit ihr  
älterer Bruder gemeint war. Im Laufe dieses Zusammenseins erklärte  
uns Frau K\*\*\*, daß sie für den Fall ihres Todes beabsichtigte,  
ihrem früheren Mann das auf einer Bank in der Schweiz - den Namen  
habe ich vergessen - liegende Guthaben von 250.000 \$ sowie ihre  
Wohnung in Beaulieu zu überlassen. Dieser Entschluß von Frau K\*\*\*  
war sicher wohl überlegt, denn sie hatte ihn meiner Frau und mir  
schon früher mitgeteilt. An diesem Tag hat sie zu uns wieder davon  
gesprochen, weil die Vorstellung, Weihnachten in Österreich zu  
verbringen, sie in Bestürzung versetzt hatte. Wenn sie von diesem  
Entschluß schon früher gesprochen hatte, so deshalb, weil sie mit  
ihrem Mann in sehr enger Verbindung stand und sich häufig bei ihm  
Rat holte. Am 23.September 1983 war Frau K\*\*\* im Vollbesitz ihrer  
seelisch-geistigen Kräfte ..... Ich hatte Frau K\*\*\* wiederholt  
geraten, ein Testament in ordnungsgemäßer Form abzufassen. Sie hatte  
übrigens die Absicht, ihr gesamtes Vermögen in Österreich ihrer  
Familie zu hinterlassen, wollte aber nicht, daß ihr Besitz außerhalb

Österreichs ihrem Bruder zufalle. Ich glaube, wenn sie trotz meines Rates kein schriftliches Testament gemacht hat, so deshalb, weil sie nicht damit rechnete, so bald zu sterben ..... Testamentszeuge Stefan F\*\*\* ..... Ich habe Frau K\*\*\* durch viele Jahre hindurch gekannt, ich sah sie häufig und wir hatten die Gewohnheit, die Weihnachtsfeiertage miteinander zu verbringen. Ich erinnere mich sehr gut an den 23.September 1983 - den Geburtstag meines verstorbenen Großvaters -, an dem wir Frau K\*\*\* zu uns zum Mittagessen eingeladen hatten. Bei dieser Gelegenheit teilten wir ihr mit, daß wir zu Weihnachten nicht da sein würden, worauf sie die ganze Familie bat, ihr als Zeugen für ihr mündliches Testament zur Verfügung zu stehen. Sie erklärte, daß, falls ihr etwas zustoßen sollte, ihr gesamtes Vermögen außerhalb ihrer Heimat Österreich ihrem Mann zufallen solle, wobei sie von einer Summe in Höhe von 100.000 sprach, die auf einem Konto in der Schweiz liege und natürlich auch ihre Wohnung in Beaulieu zu diesem Vermögen rechnete ..... Frau K\*\*\* hatte uns bereits früher von ihren Absichten im Hinblick auf ihren Mann erzählt. Frau K\*\*\* hatte eine sehr gute Beziehung zu ihrem Mann aufrecht erhalten ..... Ich habe sie an diesem Tag gefragt, warum sie kein schriftliches Testament mache und sie hat mir geantwortet, sie habe ein solches vor. Es ist völlig klar, daß gemäß den Absichten von Frau K\*\*\* das Geld auf der Schweizer Bank und die Wohnung in Beaulieu ihrem Mann zufallen sollten. Ihre Absichten waren so klar, daß ich der Meinung war, sie habe ein schriftliches Testament verfaßt ...."

Eine Ergänzung des eidesstättigen Vermögensbekenntnisses durch die Beklagten erfolgte nicht.

Der Kläger begehrte, die Beklagten zur ungeteilten Hand schuldig zu erkennen, unter Vorlage eines Verzeichnisses der gesamten Vermögenswerte der am 2.Jänner 1984 verstorbenen Erblasserin Anna K\*\*\*, geboren am 2.April 1985, wohnhaft in Beaulieu-sur-Mer F-06310, Residence "Le Bristol" bzw. in A-9900 Lienz, Peggetzstraße 28, die diese bei der Bank H\*\*\* AG in CH-8001 Zürich, Talstraße 27, zum Zeitpunkt des Todestages auf ihren Namen eingelegt hatte bzw. über die sie verfügberechtigt war, und zwar insbesondere Konten über Bargeldbeträge, Wertpapiere, Schließfächer, Depositokonten und dgl. anzugeben und einen Eid dahin zu leisten, daß ihre Angaben richtig und vollständig sind. In eventu stellte er mehrere Leistungsbegehren, die Beklagten seien schuldig, diese Vermögenswerte (Geldbeträge und Wertpapiere) dem Kläger herauszugeben bzw. den Betrag von 2 Mill. S zu bezahlen. Er brachte vor, er habe auch nach der Scheidung ein ausgezeichnetes Verhältnis zu Anna K\*\*\* gehabt, er hätte sich, wenn sie nicht auf Reisen waren, einmal wöchentlich getroffen. Am 23.September 1983 habe Anna K\*\*\* zu seinen Gunsten mündlich einen letzten Willen erklärt. Der Inhalt der Verfügung habe den ihren Freunden gegenüber wiederholt geäußerten Wünschen entsprochen. Nach dem Inhalt dieses Testamente habe sie dem Kläger die auf der Bank in Zürich deponierten 100.000, die sie seinerzeit von ihm erhalten habe, "sowie andere Vermögenswerte" vermach. Im Jahr 1983 hätte dies einem Wert von US-\$ 250.000 entsprochen. Die letztwillige Erklärung, auf die sich die Beklagten stützten, sei gleichfalls nur ein Kodizill, nicht aber ein Testament. Die Beklagten seien mit einem Anwalt nach Zürich gefahren und hätten auf Grund der Einantwortungsurkunde den auf den Namen der Verstorbenen erliegenden Geldbetrag in der Höhe von ursprünglich 100.000, damals ca. US-\$ 250.000 einschließlich aller Wertpapiere und dgl. behoben. Es läge zugunsten des Klägers eine formell gültige letztwillige Verfügung der Anna K\*\*\* vor, in der Anna K\*\*\* angeordnet habe, daß die Vermögenswerte bei der Bank H\*\*\* AG in Zürich, die seinerzeit der Kläger für die Verstorbene 100.000 einbezahlt habe und die derzeit einen Wert von ca. US-\$ 250.000 besäßen, dem Kläger zufallen

sollen. Diese letztwillige Verfügung zugunsten des Klägers sei rechtswirksam, so daß dem Kläger jene Geldwerte und Vermögenswerte, die auf den Namen der Verstorbenen Anna K\*\*\* bei der Bank H\*\*\* AG in Zürich zum Zeitpunkt des Todes vorhanden gewesen seien, dem Kläger gehörten. Unterlagen über das Bankkonto befänden sich in Händen der Beklagten. Im Zeitpunkt des Todes habe der Wert des Kontos mit den Wertpapieren mindestens 2 Mill. S betragen. Die Beklagten seien sowohl gemäß § 114 AußStrG als auch nach Art. XLII EGZPO zur eidlichen Vermögensangabe dem Kläger gegenüber verpflichtet.

Die Beklagten wendeten ein, sowohl der Abschiedsbrief als auch die schriftliche letztwillige Verfügung seien von der Erblasserin am 1. Jänner 1984 verfaßt worden. Einen mündlichen letzten Willen habe die Erblasserin nicht errichtet; es habe am Testierwillen gemangelt, es sei nur ein Tischgespräch geführt worden. Die Erblasserin habe nur erklärt, daß sie später einmal testieren wolle. Die Angaben der Testamentszeugen über den Inhalt der letztwilligen mündlichen Erklärung stimmten auch nicht überein. Durch die spätere schriftliche Verfügung der Erblasserin seien, wie sich aus dem Abschiedsbrief ergebe, allfällige frühere mündliche Erklärungen aufgehoben worden.

Das Erstgericht gab mit Teilurteil dem Rechnungslegungsbegehrten statt. Es stellte fest, auch nach der Scheidung habe Anna K\*\*\* zum Kläger ein gutes Einvernehmen gehabt. Sie hätten sich regelmäßig getroffen, Anna K\*\*\* sei vom Kläger in finanziellen Dingen beraten worden. Anna K\*\*\* habe mit dem von ihrem Gatten überwiesenen Betrag von 100.000 Wertpapiere angeschafft, die im Depot der Bank H\*\*\* AG verwahrt worden seien. Das Konto habe Anna K\*\*\* jedenfalls noch bis Ende 1983 innegehabt. Der zum Todeszeitpunkt bestandene Kontostand sowie in welchem Umfang aus diesen Mitteln Anna K\*\*\* andere Vermögenswerte wie Wertpapiere angeschafft habe, die sich nunmehr im Depot bei der Bank befänden, sei dem Kläger nicht bekannt. Am 23. September 1983 habe eine Zusammenkunft zwischen Anna K\*\*\* und ihren Freunden Irma, Malcolm und Stefan F\*\*\* stattgefunden. Dabei habe Anna K\*\*\* ausdrücklich erklärt, daß dem Kläger das von ihm stammende bei der Schweizer Bank befindliche Vermögen sowie die Wohnung in Frankreich zufallen solle. In diesem Zusammenhang habe sie auch den Betrag von 100.000 genannt. Anna K\*\*\* habe diese Äußerung mit der Absicht gemacht, damit eine letztwillige Verfügung zu treffen. Die anwesenden Personen hätten alle das Bewußtsein gehabt, Zeugen eines mündlichen Testaments zu sein. Wenn die Zeugen Irma und Malcolm F\*\*\* vor dem Rechtshilfegericht in Nizza keine so genauen Angaben wie nunmehr festgestellt über das Zustandekommen des Testamento gemacht hätten, so hätten sie überzeugend darlegen können, daß einerseits die Fragestellung nicht so präzise gewesen sei und andererseits die Vernehmung in englischer Sprache wegen der mangelnden Englischkenntnisse des übersetzenen Dolmetschers nicht so genau verlaufen sei wie vor dem erkennenden Gericht. Deshalb seien Ungenauigkeiten und Verständnisfehler nicht auszuschließen. Es könne nicht festgestellt werden, ob die schriftliche letztwillige Erklärung mit dem Freitod der Anna K\*\*\* in zeitlichem Zusammenhang gestanden sei.

Rechtlich ging das Erstgericht davon aus, daß gemäß § 28 IPRG die Rechtsnachfolge von Todes wegen nach dem Personalstatut der Erblasserin, demnach nach österreichischem Recht, zu beurteilen sei. Die mündliche letztwillige Erklärung vom 23. September 1983 sei formgültig. Daß ein Zeuge von US-\$ 250.000 gesprochen habe, während die anderen sich an 100.000 erinnert hätten, könne der Gültigkeit dieser Verfügung nicht hinderlich sein. Es sei zwar richtig, daß der Inhalt der mündlichen letztwilligen Verfügung nur durch die Aussagen der Zeugen dargetan werden könne, diese Aussagen müßten aber nicht wörtlich, sondern nur dem Sinne nach übereinstimmen. Aus der Überlegung heraus, daß die Verstorbene mit der mündlichen Verfügung habe erreichen wollen, daß ihr Mann das zurückhalte, was sie von ihm anlässlich der Scheidung erhalten habe, erschließe sich der Wille, diesen nur als Einzelrechtsnachfolger in diese bestimmten Vermögenswerte einzusetzen, ihm somit ein Vermächtnis auszusetzen. Aber auch die schriftliche letztwillige Erklärung von Anna K\*\*\* sei, weil nur über einen Teil des Vermögens verfügt worden sei, ein Vermächtnis. Der Abschiedsbrief enthalte keinen Widerruf einer letztwilligen Verfügung; er sei rechtlich unbeachtlich, da er nicht unterschrieben sei und damit nicht die erforderliche Form habe. Da mehrere Kodizille nebeneinander bestehen könnten und ein späteres Kodizill frühere Vermächtnisse nur insofern aufhebe, als sie mit ihm in Widerspruch stünden, blieben beide Kodizille und die in diesen enthaltenen Vermächtnisse aufrecht. Den auf Grund des Testamento eingeantworteten, aber jedenfalls als gesetzliche Erben berufenen Beklagten stehe der Kläger mit der Vermächtnisklage gegenüber. Es widerspräche den Grundsätzen von Treu und Glauben, könnte der Vermächtnisnehmer nicht auf Angabe des Vermögens dringen, zumal die Erben auf Grund der Einantwortungsurkunde Zugang zu den Bankkonten der Verstorbenen hätten und verpflichtet seien, dem Kläger diesen Geldbetrag herauszugeben.

Das Berufungsgericht gab den Berufungen der Beklagten nicht Folge. Es bestätigte das Urteil des Erstgerichtes mit der Maßgabe, daß die Aufschrift "Teilurteil" zu entfallen habe. Es sprach aus, daß der Wert des Streitgegenstandes, über den es entschieden habe, S 300.000 übersteige. Es übernahm die Feststellungen des Erstgerichtes. Es sei österreichisches Recht anzuwenden. Der Kläger habe ausreichend deutlich vorgebracht, daß er sein Recht aus einem Vermächtnis ableite. Die Vermächtnisklage richte sich nach der Einantwortung gegen die Erben. Es treffe zu, daß der Inhalt der mündlichen letztwilligen Verfügung vom 23. September 1983 den im Verlassenschaftsverfahren vor dem Gericht in Nizza im Rechtshilfeweg gemachten Aussagen der Testamentszeugen entnommen werden müsse. Dies hindere aber nicht eine Auslegung des so festgelegten letzten Willens durch andere Beweismittel, wie ja überhaupt die Unrichtigkeit der Übermittlung durch die Testamentszeugen oder die Nichteinhaltung der Voraussetzungen des § 585 ABGB mit beliebigen prozessualen Mitteln bewiesen werden können. Durch ergänzende Vernehmung der Testamentszeugen im Zivilverfahren könne auch die Richtigkeit und das Vorliegen der übrigen Voraussetzungen nachgewiesen werden. Der Inhalt der eidlichen Aussage könne zumindest ein gültiges mündliches Vermächtnis darstellen. Ob Testierwille vorgelegen sei und ob die Zeugen mit ihrem Wissen und Willen im Sinn des § 585 ABGB dem ganzen Testierakt gefolgt seien und die ausdrückliche Erklärung von Anna K\*\*\* gehört hätten, könne aus den Aussagen der Zeugen Irma und Malcolm F\*\*\* vor dem Gericht in Nizza zwar nicht sicher entnommen, allerdings auch keineswegs ausgeschlossen werden. Zum Testierwillen gehöre vor allem das Bewußtsein des Erblassers, jetzt eine letztwillige Verfügung zu errichten. Ob dieser Wille vorgelegen sei, sei auf Grund sämtlicher Umstände zu beurteilen. Er fehle etwa bei der gelegentlichen Äußerung des Erblassers, sein Vermögen werde einmal einer bestimmten Person zufallen, nicht aber, wenn die Verfügung bloß provisorischen Bestand haben, d.h. später einmal durch eine andere ersetzt werden solle. Dieser aus der Aussage der Testamentszeugen Stefan und Malcolm F\*\*\* sich allenfalls ergebende provisorische Charakter der mündlichen letztwilligen Verfügung vom 23. September 1983 hindere also nicht, den Testierwillen von Anna K\*\*\* zu diesem Zeitpunkt anzunehmen. Das Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen des § 565 ABGB sei durch die Aussagen der Testamentszeugen in diesem Verfahren erwiesen. Die Stützung des Klägers auf diese Beweismittel zur Auslegung der eidlichen Aussagen der Testamentszeugen im Verlassenschaftsverfahren sei zulässig. Was nun die Übereinstimmung dieser Aussagen angehe, habe zu gelten, daß nicht wörtliche Identität gefordert werde, Übereinstimmung dem Sinne nach genüge, so daß nicht jeder Widerspruch beachtlich sei und Abweichungen in der Formulierung und in Nebenpunkten keine Mängelhaftigkeit begründeten. Selbst Widersprüche über wesentliche Punkte der Einsetzung könnten zunächst unter Umständen durch Auslegung bereinigt werden und führen nur dann zur Formungsgültigkeit, wenn dies nicht möglich sei. Der Widerspruch in der eidlichen Aussage des Zeugen Malcolm F\*\*\*, der von US-\$ 250.000 spreche, während die beiden anderen Zeugen

100.000 erwähnen, sei insofern nicht wesentlich, als alle Zeugen zweifelsfrei die gleichen Vermögenswerte auf der Schweizer Bank gemeint und zum Ausdruck gebracht hätten. Selbst wenn hierin ein Widerspruch in einem wesentlichen Punkt gesehen würde, wäre er ohne weiteres durch Auslegung zu bereinigen, nämlich dahingehend, daß die erwähnten US-\$ 250.000 der etwaige Wert des auf der Schweizer Bank liegenden Vermögens gewesen sei, das auf die ursprünglich dort einbezahlten 100.000 zurückgehe und über das Anna K\*\*\* habe letztwillig verfügen wollen. Damit liege jedenfalls eine gemäß §§ 585, 586 ABGB formgültige letztwillige Verfügung vom 23. September 1983 vor. Die Vermächtnisansprüche des Klägers ließen das Erbrecht der Beklagten völlig unberührt. Ob daher der schriftliche letzte Wille ein Testament oder nur ein Kodizill sei, sei nur insofern von Bedeutung, als für den Fall der Annahme eines Kodizills die Frage nicht weiter geprüft werden müsse, ob durch das spätere Kodizill die Verfügung vom 23. September 1983 aufgehoben worden sei. Der schriftliche letzte Wille entspreche den Voraussetzungen des § 578 ABGB. Er stelle allerdings deshalb kein Testament dar, weil er keine Erbseinsetzung enthalte. Die quotenmäßige Nachlaßteilung, deren Vorliegen offenbar das Verlassenschaftsgericht in Unkenntnis dessen, daß noch weiteres Vermögen vorhanden gewesen sei, angenommen habe, reiche deshalb nicht für die Annahme eines Testaments aus, weil in diesem letzten Willen nicht über den ganzen Nachlaß oder einen quotenmäßig bestimmten Teil des ganzen Nachlasses verfügt worden sei. Lediglich dann, wenn dieser letzte Wille eine völlige Einheit mit dem Abschiedsbrief darstellen würde, also auch der Inhalt des Abschiedsbriefes dem letzten Willen zuzuzählen wäre, könnte ein anderes Ergebnis angenommen werden. Im Abschiedsbrief werde das Gesetz gebeten, den Besitz an die Familie aufzuteilen, wie es ihr zustehe. Eine solche Einheitlichkeit der Schriftstücke stehe aber nicht fest. Es könne daher nicht davon ausgegangen werden, daß die unter den letzten Willen gesetzte Unterschrift auch den Abschiedsbrief decke, vielmehr habe der Abschiedsbrief als nicht unterfertigt behandelt zu werden, so daß er den Voraussetzungen für eine gültige letztwillige Verfügung nach § 578 ABGB nicht entspreche. Da demnach überhaupt kein Testament, sondern nur zwei Kodizille vorlägen, seien die

beiden Beklagten jedenfalls auf Grund des Gesetzes als Erben berufen, so daß die Einantwortung der Verlassenschaft an sie im Ergebnis zu Recht erfolgt sei. Es stünden sich demnach zwei Kodizille gegenüber; nicht zweifelhaft könne sein, daß der schriftliche letzte Wille das spätere Kodizill sei. Es könne zwar sein, daß er vor dem 23. September 1983 geschrieben worden sei, dadurch aber, daß er mit dem zweifellos kurz vor dem Selbstmord von Anna K\*\*\* geschriebenen Abschiedsbrief in Bezug gesetzt worden sei, komme dem Abschiedsbrief die Funktion einer Datierung des letzten Willens insofern zu, als damit seine Aktualität zum Zeitpunkt des Verfassens des Abschiedsbriefes zum Ausdruck gebracht worden sei. Ein Widerspruch zwischen diesem späteren und dem früheren mündlichen Kodizill könne aber nur insoweit gesehen werden, daß im letzten Willen auch Verfügungen über gewisse in Frankreich gelegene Fahrnisse getroffen worden seien. Im übrigen behandle das frühere mündliche Kodizill ausschließlich ausländisches, das spätere schriftliche ausschließlich inländisches Vermögen, so daß eine Überschneidung nicht vorliege. Selbst wenn die angeführten in Frankreich gelegenen Fahrnisse der im mündlichen Kodizill erwähnten französischen Wohnung zuzuzählen wären, könnte dieser dann gegebene Widerspruch nur dazu führen, daß das frühere Kodizill im Umfang dieses Widerspruches außer Kraft zu treten habe, weil im Zweifel anzunehmen sei, daß die Unwirksamkeit einer einzelnen Verfügung nicht die Ungültigkeit der übrigen zur Folge habe. Auch ein Widerruf des mündlichen Kodizills durch die schriftliche Verfügung liege nicht vor. Die klagende Partei habe ihr Rechnungslegungs- und Eidesleistungsbegehren ausdrücklich auf beide Fälle des Art. X\*\*\* EGZPO sowie auf die Bestimmung des § 114 AußStrG gestützt.

§ 114 AußStrG normiere kein Recht eines den Erben gegenüberstehenden Forderungsberechtigten. Das eidestättige Vermögensbekenntnis nach § 114 AußStrG habe keine andere Folge, als daß es der Verlassenschaftsabhandlung zugrundezulegen sei. Es habe keinerlei Wirkung über das Abhandlungsverfahren hinaus. Das Rechnungslegungs- und Eidesleistungsbegehren könne auch nicht auf den ersten Fall des Art. XLII EGZPO gestützt werden, weil zwischen den Streitteilen ein gesetzliches und nicht ein vertragliches Schuldverhältnis bestehe. Sehr wohl liege aber der zweite Fall nach Art. XLII EGZPO vor. Dieser habe zur Voraussetzung, daß zumindest Teile des Vermögens dem Kläger nicht bekannt seien, weiters ein objektives Verhalten der Beklagten, durch das die Vermögensstücke aus der Kontrolle des Berechtigten gelangten, wobei kein deliktisches, aber ein absichtliches Verhalten erforderlich sei, mag dieses auch im Bewußtsein eines vermeintlichen Rechts gesetzt worden sein. Beides liege vor oder sei doch zumindest bescheinigt. Ein strenger Beweis für die Kenntnis der Beklagten von der Verheimlichung oder dem Verschweigen des Vermögens in der Bank H\*\*\* AG in Zürich sei nicht gefordert, sondern lediglich die Behauptung und der Beweis von Tatsachen, aus denen sich die Kenntnis wahrscheinlich ergebe. Es müsse als wahrscheinlich gelten, daß die Beklagten Kenntnis von dem bei der Bank H\*\*\* AG in Zürich liegenden Vermögen der Verstorbenen haben. Selbst für ihre Verfügung über dieses Vermögen sprächen ausreichende Verdachtsmomente. Daß der Kläger zumindest Teile dieses Vermögens nicht kenne, stehe fest. Das nach Art. XLII Abs. 2 EGZPO erforderliche privatrechtliche Interesse des Klägers am Rechnungslegungs- und Eidesbegehren sei gegeben, weil der Kläger seine Herausgabeansprüche gegen die Beklagten sonst nicht präzisieren könne. Die Frage, ob und wieviel der in Anspruch Genommene bei einer Klage nach Art. XLII EGZPO tatsächlich über das Vorhandensein oder den Verbleib des Vermögens wisse, berühre seine Passivlegitimation nur insoweit, als er vermutlich Kenntnis haben müsse. Weiß er dann trotz dieser Voraussetzung nichts, dann habe er eben dieses Nichtwissen zu beschwören.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revisionen der Beklagten sind berechtigt.

Soweit der Zweitbeklagte ausführt, auf die Frage der Formgültigkeit der in Frankreich errichteten letztwilligen mündlichen Verfügung sei (allein) englisches Recht anzuwenden, kann ihm nicht gefolgt werden. Anna K\*\*\* war jedenfalls auch österreichische Staatsbürgerin. Damit war gemäß § 9 Abs. 1 IPRG für ihr Personalstatut und damit für die Rechtsnachfolge von Todes wegen (§ 28 Abs. 1 IPRG) die österreichische Staatsbürgerschaft maßgebend. Nach Art. 1 lit. a und b des Übereinkommens über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht, BGBI. 1963/295, ist allerdings eine letztwillige Verfügung hinsichtlich ihrer Form auch gültig, wenn diese dem innerstaatlichen Recht des Ortes, an dem der Erblasser letztwillig verfügt hat, oder eines Staates, dessen Staatszugehörigkeit der Erblasser im Zeitpunkt, in dem er letztwillig verfügt hat, oder im Zeitpunkt seines Todes besessen hat, entspricht. Es könnte also auch französisches oder englisches Recht zur Anwendung gelangen. Da aber sowohl dem französischen als auch dem Recht von Großbritannien ein mündliches Privattestament als ordentliche Testamentsform unbekannt ist (Ferid-Firsching, Internationales Erbrecht, Frankreich, Rz 121 a, 122, 124; Großbritannien Rz 164 f), ist für die nach den

Behauptungen des Klägers in Frankreich getroffene letztwillige mündliche Anordnung die Einhaltung der österreichischen Formvorschriften maßgebend. Wer mündlich testiert, muß vor drei fähigen Zeugen, welche zugleich gegenwärtig und zu bestätigen fähig sind, daß in der Person des Erblassers kein Betrug oder Irrtum unterlaufen sei, ernstlich seinen letzten Willen erklären (§ 585 ABGB). Nach § 586 ABGB muß eine mündliche letzte Anordnung auf Verlangen eines jeden, dem daran gelegen ist, durch die übereinstimmende eidliche Aussage der drei Zeugen .... bestätigt werden, widrigens diese Erklärung des letzten Willens unwirksam ist (§ 601). In der Bestätigung des mündlich erklärt Willens durch die Testamentszeugen und in der Beeidigung dieser Zeugen erblickt die einhellige Rechtsprechung eine zum materiellrechtlichen Bestand der letztwilligen Erklärung erforderliche Formvorschrift (SZ 47/129; SZ 23/107 ua, zuletzt 8 Ob 532/81, 1 Ob 687/80). Bestätigung und Beeidigung bilden einen zum rechtlichen Bestand der letztwilligen Erklärung erforderlichen Solennitätsakt; mit der Erklärung des Erblassers ist die (äußere) Form noch nicht abschließend erfüllt. Auch die Zeugen wirken beim Zustandekommen des Testamento mit. Ihnen ist der mündlich erklärt letzte Wille als ein noch unfertiges Geschäft anvertraut, das sie der Nachwelt zu überliefern haben; nur sie sind dazu berufen (1 Ob 687/80; Ehrenzweig 2 II/2, 437 f). Diese Ansicht wurde bereits vor der ersten Teilnovelle, RGBI. 1914/276, von Tilsch, Der Einfluß der Zivilprozeßgesetze auf das materielle Recht 2 177 ff, gestützt auf die Entstehungsgeschichte vertreten. Die Lehre, es handle sich bei Vernehmung und Beeidigung der Zeugen um einen Solennitätsakt, t um eine Gültigkeitsvoraussetzung des mündlich erklärt letzten Willens, wurde in der Folge nicht nur herrschend (GIUNF 3606, 2371; 78 Blg HH XXI. Session 85 mwN, Krasnopolksi, Erbrecht 65 FN 7; Ott, Rechtsfürsorgeverfahren 201; Stubenrauch 8 I 793), sondern der Novellengesetzgeber hat, wie die Materialien zur ersten Teilnovelle, 78 Blg HH XXI. Session, zeigen, der Bestimmung des § 586 ABGB auch durch sprachliche Neufassung und Anfügung des Klammerzitates § 601 ABGB zum Ausdruck bringen wollen, daß es sich um ein formelles Erfordernis der Gültigkeit des Testamento handelt (vgl. Schey, Die Teilnovelle 101; Handl in Klang 1 II/1, 191 FN 77). Diese Lehre blieb daher auch in der Folge herrschend (Ehrenzweig aaO 439, nunmehr Ehn, NZ 1975, 167; Welser in Rummel, ABGB, Rz 8 zu §§ 584-586; offenlassend Koziol-Welser 8 II 329). Handl in Klang 1 II/1, 191 f (ihm folgend Weiß in Klang 2 III 325 f und Kralik-Ehrenzweig, Erbrecht 3 137) vertrat als erster die Ansicht, bei der Bestätigung durch die übereinstimmende eidliche Aussage handle es sich nicht um ein Gültigkeitserfordernis, sondern um eine Bedingung des Eintrittes der beabsichtigten Rechtswirkungen, somit um eine Wirksamkeitsvoraussetzung; nicht das Testamento werde durch die Aussage erst vollendet, die Aussage sei Erfordernis der Gültigkeit; der Inhalt der formgültigen Erklärung könne allerdings nicht anders als durch die Solennitätszeugen festgestellt werden; sei dies nicht möglich, bleibe der letzte Wille eine Form ohne Inhalt; würden auch noch so viele andere Personen die letztwillige Erklärung vernommen und verstanden haben und als Zeugen zu bestätigen in der Lage sein, so würde die Erklärung, weil nicht gegenüber den Aktzeugen, also nicht formgerecht abgegeben, nicht gültig sein. Dem bekannten Erklärungsinhalt erlangte die vorgeschriebene Form. Eine Klärung dieser dogmatischen Streitfrage ist zur Lösung des zu entscheidenden Falles nicht erforderlich. Gleichgültig, ob nun die übereinstimmenden Aussagen der Testamentszeugen zur Gültigkeit des Testamento oder aber zu seiner Wirksamkeit zählen, ist, auch wenn dies Gschnitzer-Faistenberger, Erbrecht 2 42 als Versteinerung einer veralteten Beweisregel im materiellen Recht beklagen, unbestritten, daß Existenz (GIUNF 4783) und Inhalt der behaupteten letztwilligen Verfügung nicht anders als durch solche Aussagen bewiesen werden können.

Es ist daher zu prüfen, ob auf Grund der eidlichen Vernehmung der drei Testamentszeugen vor dem Tribunal de Grande Instance in Nizza die Existenz einer mündlichen letztwilligen Erklärung der Anna K\*\*\* anzunehmen ist.

"Ernstlich" in § 585 ABGB bedeutet, der Erblasser muß die Absicht, gerade jetzt den letzten Willen zu erklären, gehabt haben (Ehrenzweig aaO 436; Kralik-Ehrenzweig aaO 102), es ist unerlässlich, daß der Erblasser seine Testierabsicht klar zum Ausdruck gebracht hat (Weiß aaO 323); die vorhandene und erklärt Testierabsicht ist eine grundlegende Voraussetzung für die Gültigkeit des mündlich erklärt letzten Willens (JBl. 1936, 317; Ehn aaO 166); fehlt es an dieser Absicht, dann liegt ein letzter Wille überhaupt nicht vor (Rz 1967, 90). Gesprächsweise Äußerungen können zwar als eine Andeutung aufgefaßt werden, daß der Erblasser ein Testament mit diesem Inhalt errichtet habe oder errichten wolle; ein Schluß, daß gerade hiemit das Testament errichtet sein sollte, läßt sich aus solchen Äußerungen aber nicht ziehen (Ehrenzweig aaO 413; Kralik-Ehrenzweig aaO 102; vgl. RZ 1967, 90). Ein gültiges Rechtsgeschäft von Todes wegen liegt dann nicht vor (Kralik-Ehrenzweig aaO), selbst wenn die äußere Form gewahrt wäre (Ehrenzweig aaO).

Aus der eidlichen Vernehmung der Testamentszeugen Irma und Malcolm F\*\*\* vor dem Tribunal de Grande Instance in Nizza ergibt sich, daß Anna K\*\*\* bei den Tischgesprächen am 23. September 1983 nicht ernstlich, also nicht mit Testierabsicht, Erklärungen abgab.

Nach der Aussage der Irma F\*\*\* habe nach der Mitteilung, daß die Familie F\*\*\* mit Anna K\*\*\* das Weihnachtsfest nicht gemeinsam verbringen werde, Anna K\*\*\* mitgeteilt, daß sie den auch schon früher mitgeteilten Wunsch habe, daß ihr geschiedener Gatte das auf einer Bank in Zürich liegende Geld erhalten solle, Anna K\*\*\* habe die Absicht gehabt, ein ordnungsgemäßes Testament abzufassen und zu diesem Zweck einen Anwalt aufzusuchen zu wollen. Damit gab Irma F\*\*\* nur zu erkennen, daß gleichlautende Äußerungen der Anna K\*\*\* auch bei früheren Gelegenheiten gefallen seien, solche Erklärungen aber von ihr früher niemals als Willenserklärungen verstanden wurden.

Anhaltspunkte dafür, daß gerade bei diesem Tischgespräch Anna K\*\*\* mit ähnlichen wie schon früher mitgeteilten Wünschen nunmehr zum Ausdruck bringen wollte, eine verbindliche letztwillige Erklärung abzugeben, sind nach der Darstellung der Zeugin nicht vorhanden. Malcolm F\*\*\* wiederum gab an, daß Anna K\*\*\* erklärt habe, sie beabsichtige, ihrem früheren Mann das auf einer Bank in der Schweiz liegende Guthaben von 250.000 Dollar zu überlassen. Sie habe auch die Absicht, ihr gesamtes Vermögen in Österreich ihrer Familie zu hinterlassen. Er habe ihr wiederholt geraten, ein Testament in ordnungsgemäßer Form abzufassen, sie habe trotz seines Rates kein schriftliches Testament gemacht, weil sie nicht damit gerechnet habe, so bald zu sterben. Auch daraus folgt, daß Malcolm F\*\*\* nicht das Bewußtsein hatte, Anna K\*\*\* habe gerade bei dieser Gelegenheit eine letztwillige Erklärung abgegeben, wäre er doch sonst nicht der Meinung gewesen, von Anna K\*\*\* werde ein Testament erst später "in ordnungsgemäßer Form" abgefaßt. Aus diesen Angaben der Testamentszeugen folgt somit, daß Anna K\*\*\* zwar beabsichtigte, später einmal einen letzten Willen mit dem von den Zeugen angegebenen Inhalt zu errichten, daß es aber an ihrer Absicht, gerade an diesem Tage und gegenüber diesen Zeugen eine letztwillige Erklärung abzugeben, mangelte. Die Angaben der Zeugen können auch nicht dahin gedeutet werden, daß Anna K\*\*\* provisorisch bis zu jenem Zeitpunkt, zu dem sie ein schriftliches Testament bei einem Anwalt errichten würde, eine mündliche letztwillige Erklärung abgab. Unverständlich ist der Einwand, es könne sich nur um Verständigungsschwierigkeiten der vor einem französischen Gericht englischsprechenden Zeugen gehandelt haben.

Aus dem Protokoll ergibt sich, daß nicht nur ein französischer

Rechtsanwalt des Klägers, sondern auch der Kläger selbst anwesend waren und den Parteien das Fragerecht eingeräumt wurde. Wenn es sich nur um allfällige Unklarheiten und Übersetzungsschwierigkeiten gehandelt hätte, hätten diese noch im Laufe der Vernehmung aufgeklärt werden können. Dies geschah aber nicht. Aus der eidlichen Einvernahme ergibt sich daher, daß die Bestätigung Anna K\*\*\* habe ihre Erklärungen in Testierabsicht abgegeben, durch die eidliche Vernehmung der angeblichen Testamentszeugen mißlungen ist.

Die sich aus der eidlichen Einvernahme ergebende mangelnde Bestätigung der letztwilligen Erklärung kann aber im Prozeßweg nicht nachgetragen und erst dort bewiesen werden. Die Bestimmung des

§ 586 ABGB besagt nicht, auf welche Weise eine mündliche letzte Anordnung auf Verlangen - das der Kläger entgegen den Ausführungen des Berufungsgerichtes selbst stellte - durch die eidliche Aussage der drei Zeugen bestätigt werden muß, um nicht unwirksam zu sein. Gemäß § 66 Abs. 1 AußStrG hat diese eidliche Vernehmung im Verlassenschaftsverfahren, nach § 66 Abs. 2 AußStrG auch im Rechtshilfeweg, demnach auch vor einem ausländischen Gericht (EvBl 1950/551), stattzufinden. Nur wenn diese eidliche Vernehmung im Verlassenschaftsverfahren nicht stattgefunden hat, können die drei Zeugen, wenn bereits ein Rechtsstreit anhängig ist, auch im streitigen Verfahren vernommen werden (SZ 22/210; SZ 6/278); es kann also die bisher unterlassene eidliche Vernehmung im Prozeß nachgeholt werden. "Die auf diese Art erfolgte" eidliche Bestätigung einer mündlichen letzten Willenserklärung hat dann aber zwischen allen bei dem Verlasse beteiligten Personen Beweiskraft und kann nur mehr bestritten werden (§ 67 AußStrG). Ist "die auf diese Art erfolgte" Bestätigung hingegen nicht gelungen, ist die Erklärung des letzten Willens gemäß § 586 ABGB unwirksam. Das Gesetz sieht nur einen zweiaktigen Vorgang vor, die Erklärung des letzten Willens durch den Erblasser und (über Verlangen) dessen Bestätigung oder aber bei Nichtbestätigung dessen Unwirksamkeit. Damit ist die Errichtung bzw. die Frage der Wirksamkeit abschließend im Sinne der Bestätigung oder der Unwirksamkeit entschieden; wegen der vom Gesetz erkannten Problematik mündlicher letzter Willenserklärungen macht nur die Bestätigung bloß widerlegbar Beweis. Daß hingegen eine bereits eingetretene Unwirksamkeit durch neuerliche Vernehmung der Zeugen - und sogar, wie es die Vorinstanzen meinten, ohne Beeidigung wieder behoben werden könnte, sagt das Gesetz nicht. Daß darin eine unbeabsichtigte Gesetzeslücke läge, ist auszuschließen, ist man sich doch darüber einig, daß gegen die gesetzliche Zulassung des mündlich errichteten Privattestamentes, jedenfalls außerhalb einer Notsituation, wegen der Gefahr des Mißbrauches schon grundsätzlich Bedenken bestehen (GIUNF 2371; Welser in Rummel, ABGB, Rz 1 zu §§ 584 bis 586; Kralik-Ehrenzweig aaO 136; Weiß aaO 323;

Ehn, NZ 1975, 167; Maurer, RZ 1979, 35). Die Unzulässigkeit der nachträglichen Beseitigung der Unwirksamkeit kann nicht nur für den Inhalt einer letztwilligen Anordnung (NZ 1978, 13; Weiß aaO 326 f;

Kralik-Ehrenzweig aaO 137), sondern muß umso mehr gelten, wenn durch die beeidete Vernehmung der Zeugen nicht einmal bestätigt werden konnte, daß überhaupt die Absicht bestand, eine letztwillige Anordnung zu treffen. Es wäre unverständlich, wollte man das Gesetz dahin verstehen, daß gerade das suspekte mündliche Testament immer noch durch neuerliche Vernehmung der Testamentszeugen trotz dessen bereits eingetretener Unwirksamkeit "bestätigt" werden könnte. Bei der im Erbrecht herrschenden Formstrenge (SZ 58/70 mwN) kann nicht angenommen werden, daß gerade beim mündlichen Privattestament der zur Gültigkeit oder Wirksamkeit erforderliche weitere Akt der eidlichen Einvernehmung der Aktzeugen solange wiederholt werden könnte, bis diese Bestätigung ein positives Ergebnis zeigt. Wenn sich also aus der eidlichen Vernehmung der Zeugen keine Testierabsicht ergibt, kann der positive Beweis, diese Absicht wäre dennoch gegeben gewesen, durch die erneute Einvernahme der Aktzeugen nicht erbracht werden. Nicht nur der Inhalt, auch die wirkliche Errichtung der letztwilligen Erklärung kann nur durch die übereinstimmende eidliche Aussage der nach § 586 ABGB vernommenen Zeugen erwiesen werden (GIU 13.661). In diese Richtung sind die Ausführungen der Entscheidung NZ 1978, 13 und Kralik-Ehrenzweig aaO 138, die nur zwischen (äußerer) Form und Inhalt unterscheiden, zu ergänzen. Es bedeutete auch einen Wertungswiderspruch, würde man den Nachweis eines bestimmten Inhaltes nicht anders als durch eidliche Einvernahme der Testamentszeugen zulassen, die vorgelagerte

grund sätzliche Frage, ob überhaupt eine letztwillige Erklärung abgegeben wurde, entgegen den kundgemachten eidlichen Aussagen der Aktzeugen im streitigen Verfahren aber ermöglichen. Es soll allerdings nicht übersehen werden, daß die neuerliche Einvernahme der Testamentszeugen im Prozeß allgemein für zulässig angesehen wird (SZ 19/93; SZ 6/278; GIUNF 3240; GIU 4513; Ehrenzweig aaO 439; Firsching in Ferid-Firsching aaO Österreich Rz 87). Selbst die ergänzende Einvernahme vor dem Außerstreichrichter bei Unvollständigkeit der Zeugenaussage wurde nicht als ausgeschlossen betrachtet (GIU 15.206). Diese neuerliche Einvernahme im Prozeßweg darf aber nur dem Beweisthema dienen, einen sich unter Zugrundelegung der eidlichen Bestätigung ergebende formgültig errichtete letzte Willenserklärung zu widerlegen (GIU 15.206, 4513); nur zu diesem Zweck erscheint die neuerliche Einvernahme zulässig (GIUNF 3240). Der positive Beweis für die Existenz der behaupteten letztwilligen Verfügung kann hingegen nicht anders erbracht werden als durch die sogleich bei der ersten Vernehmung erfolgende eidliche Bestätigung. Diesfalls ist die Bestimmung des § 272 ZPO ausgeschaltet (GIUNF 4783). Aus der Zitierung des§ 601 ABGB im § 586 ABGB muß vielmehr der Schluß gezogen werden, daß, ergibt sich aus diesen Einvernahmen die mangelnde Ernstlichkeit der Erklärung und damit das Fehlen einer letztwilligen Erklärung überhaupt, der letzte Wille ein für alle Mal ungültig ist. Die von den Vorinstanzen entgegen den Ergebnissen der eidlichen Vernehmung numehr festgestellte Testierabsicht der Anna K\*\*\* ist für die rechtliche Beurteilung daher unbeachtlich. Es kommt allein auf die Beurteilung der eidlichen Einvernahmen selbst an, die eine Bestätigung der Abgabe einer letztwilligen Erklärung nicht enthalten. Liegt aber ein gültiges Kodizill zugunsten des Klägers nicht vor, erweist sich sein Hauptbegehr nicht berechtigt. Der Revision ist Folge zu geben. In Abänderung der Urteile der Vorinstanzen ist mittels Teilurteiles das vom Kläger gestellte Hauptbegehr abzuweisen.

Die Entscheidung über die Prozeßkosten und die Kosten der Rechtsmittelverfahren gründet sich auf §§ 392 Abs. 2, 52 Abs. 2 ZPO.

#### **Anmerkung**

E17669

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

ECLI:AT:OGH0002:1989:0010OB00522.89.0405.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19890405\_OGH0002\_0010OB00522\_8900000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)