

# TE OGH 2020/4/30 2Ob58/19x

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 30.04.2020

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Dr. Veith als Vorsitzenden, den Hofrat Dr. Musger, die Hofräatin Dr. Solé, sowie die Hofräte Dr. Nowotny und Mag. Pertmayr als weitere Richter in der Verlassenschaftssache nach dem am \*\*\*\*\* 2013 verstorbenen T\*\*\*\*\* V\*\*\*\*\*, wegen Feststellung des Erbrechts zwischen den Antragstellern 1. Verein \*\*\*\*\*, vertreten durch MMag. Michael Krenn, Rechtsanwalt in Wien, und 2. S\*\*\*\*\* T\*\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Andreas Reichenbach, Rechtsanwalt in Wien, über den außerordentlichen Revisionsrekurs des Zweitantragstellers gegen den Beschluss des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgericht vom 11. Februar 2019, GZ 43 R 540/18g-101, womit infolge Rekurses des Erstantragstellers der Beschluss des Bezirksgerichts Favoriten vom 15. November 2018, GZ 35 A 3/14p-92, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem außerordentlichen Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluss wird dahin abgeändert, dass die Entscheidung des Erstgerichts wiederhergestellt wird.

Der Erstantragsteller ist schuldig, dem Zweitantragsteller die mit 5.027,58 EUR (darin enthalten 599,43 EUR USt und 1.431 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Begründung:

T\*\*\*\*\* V\*\*\*\*\* (im Folgenden „Erblasser“) verstarb am \*\*\*\*\* 2013 in S\*\*\*\*\*, Bosnien. Er hinterließ eine Eigentumswohnung in Wien und Fahrnisse, die mit 1.000 EUR bewertet wurden.

Am 19. 5. 2014 gab der Zweitantragsteller aufgrund des Testaments vom 7. 10. 2013 zum gesamten Nachlass die unbedingte Erbantrittserklärung ab.

Mit Schriftsatz vom 26. 5. 2014 gab der Erstantragsteller aufgrund des Testaments vom 10. 2. 2009 die bedingte Erbantrittserklärung (ohne Angabe einer Quote) ab.

Der Gerichtskommissär legte den Akt am 8. 8. 2014 nach einem gescheiterten Einigungsversuch zwischen den Parteien gemäß § 160 AußStrG dem Gericht vor.

Das Erstgericht stellte das Erbrecht des Zweitantragstellers aufgrund des Testaments vom 7. 10. 2013 fest und wies die Erbantrittserklärung des Erstantragstellers ab. Es traf im Wesentlichen folgende Feststellungen:

Der Erblasser war österreichischer Staatsbürger, ledig und hatte keine leiblichen Kinder. Seine Adoptivtochter

verzichtete laut notariellem Erb- und Pflichtteilsverzichtsvertrag vom 8. 3. 2004 für sich und ihre Nachkommen vorbehaltlos auf die Geltendmachung ihres gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechts, einschließlich des Schenkungspflichtteils.

Am 10. 2. 2009 errichtete der Erblasser bei einem österreichischen Notar ein fremdhändiges, formgültiges Testament, worin er den Erstantragsteller zum Alleinerben einsetzte.

Im September 2013 übersiedelte er von Wien nach S\*\*\*\*\* in Bosnien, um dort seine letzte Lebenszeit zu verbringen. Dort unterzeichnete er ein mit 7. 10. 2013 datiertes, maschingeschriebenes Testament in deutscher Sprache, worin er den Zweitantragsteller zum Alleinerben einsetzte. Dieses Testament weist außerdem die Unterschriften von drei weiteren Personen auf.

Wie, wann und unter welchen Umständen diese drei Personen das spätere Testament unterzeichnet haben, konnte nicht festgestellt werden.

Nach der einen möglichen Variante habe es im Oktober 2013 ein Treffen im „Hotel E\*\*\*\*\*“ in S\*\*\*\*\* gegeben, das der Erblasser initiiert und organisiert habe. Unter Beiziehung einer Dolmetscherin habe der Erblasser den Anwesenden ein Testament in deutscher Sprache gezeigt, ihnen erklärt, dass dies sein letzter Wille sei, und diese hätten dann das Testament als Testamentszeugen unterschrieben (im Folgenden: „erste Sachverhaltsvariante“).

Nach der anderen möglichen Variante habe sich der Zweitantragsteller nach dem Tod des Erblassers persönlich an jede einzelne dieser Personen gewandt und sie gebeten bzw überredet, das vom Erblasser unterzeichnete Testament als Testamentszeuge zu unterschreiben (im Folgenden: „zweite Sachverhaltsvariante“).

In rechtlicher Hinsicht vertrat das Erstgericht die Ansicht, wer sich auf eine letztwillige Verfügung berufe, müsse die äußere Form (Unterschrift des Erblassers, nötige Zeugenanzahl beim fremdhändigen Testament) beweisen. Innere Formmängel müsse hingegen derjenige beweisen, der diese behauptet (zB Befangenheit der Zeugen). Nach den gemäß Art 1 lit a des Haager Testamentsübereinkommens anzuwendenden bosnischen Formvorschriften weise die äußere Form des jüngeren Testaments keinen Mangel auf. Der Beweis dafür, dass dieses Testament aufgrund eines „inneren Formfehlers“ mangelhaft sei, obliege dem Erstantragsteller. Dieser Beweis, nämlich, dass dieses Testament vom Erblasser nicht in Gegenwart von (zumindest) zwei Zeugen unterschrieben worden sei und der Erblasser vor ihnen erklärt habe, dies sei sein Testament, sei dem Erstantragsteller nicht gelungen. Das jüngere Testament sei daher gültig.

Das Rekursgericht änderte den erstinstanzlichen Beschluss dahin ab, dass es das Erbrecht des Erstantragstellers aufgrund des Testaments vom 10. 2. 2009 feststellte und die aufgrund des Testaments vom 7. 10. 2013 abgegebene unbedingte Erbantrittserklärung des Zweitantragstellers abwies. Es ließ den ordentlichen Revisionsrekurs nicht zu.

Das Rekursgericht führte aus, aufgrund des Haager Testamentsübereinkommens sei für die materiell-rechtliche Beurteilung des Zustandekommens der jüngeren letztwilligen Verfügung bosnisches Recht anzuwenden. Der Beweis der formgültigen Entstehung eines Testaments laste auf demjenigen, der sich darauf berufe. Nach der Entscheidung 6 Ob 321/98v gehöre die Testamentsform nicht zum subjektiven, sondern zum objektiven Tatbestand des letztwilligen Rechtsgeschäfts. Dazu gehöre auch die zeitnahe Unterschriftsleistung der erforderlichen Anzahl von Zeugen. Nach der Entscheidung 2 Ob 78/17k trage die Beweislast dafür, dass ein eigenhändiges Testament tatsächlich vom Erblasser ge- und unterschrieben worden sei, der Testamentserbe. Diese Beweislastregel zulasten des Testamentserben gelte auch für das fremdhändige Testament. Die maßgebliche Negativfeststellung dazu, wann die Zeugen das jüngere Testament unterschrieben hätten, falle daher dem dafür beweispflichtigen Zweitantragsteller zur Last, weshalb von der Ungültigkeit dieses Testaments auszugehen und das Erbrecht des Erstantragstellers aufgrund des älteren Testaments festzustellen sei.

Dagegen richtet sich der außerordentliche Revisionsrekurs des Zweitantragstellers mit dem Antrag auf Wiederherstellung des erstgerichtlichen Beschlusses; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Erstantragsteller beantragt in der ihm vom Obersten Gerichtshof freigestellten Revisionsrekursbeantwortung, den Revisionsrekurs mangels Vorliegens einer erheblichen Rechtsfrage zurückzuweisen, hilfsweise ihm nicht Folge zu geben; als weiterer Eventualantrag wird ebenfalls ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der außerordentliche Revisionsrekurs ist zulässig, weil das Rekursgericht die Formgültigkeit des jüngeren Testaments nicht nach österreichischem Recht geprüft hat; er ist auch berechtigt.

Der Rechtsmittelwerber trägt vor, es liege keine höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage vor, wer die Beweislast bei einem äußerlich formgerechten fremdhändigen Testament dafür trage, dass das Testament von den Testamentszeugen in Gegenwart des Erblassers unterschrieben worden sei. Das Rekursgericht sei von der Entscheidung 5 Ob 552/86 SZ 59/175 abgewichen, wonach der die Echtheit Bestreitende die Unechtheit der „umzustoßenden“ letztwilligen Verfügung zu beweisen habe. Die Entscheidung 2 Ob 78/17k sei nicht einschlägig, weil sie zu einem eigenhändigen Testament ergangen sei.

Der Rechtsmittelgegner meint, die Entscheidung 2 Ob 78/17k enthalte allgemeine, auch für das fremdhändige Testament fruchtbar zu machende Erwägungen zur Beweislast. Die Frage, ob die Zeugen dem Testiervorgang beigewohnt hätten, betreffe die äußerliche Formgültigkeit, wofür derjenige, der sich auf das Testament stütze, beweispflichtig sei.

### **Rechtliche Beurteilung**

Hierzu wurde erwogen:

1. Da der Erblasser österreichischer Staatsbürger war, aber das jüngere Testament in Bosnien errichtete und auch dort starb, liegt ein Sachverhalt mit Auslandsberührungen vor. Daher ist zunächst zu klären, nach welchem materiellen Recht die Gültigkeit des strittigen Testaments zu beurteilen ist.

1.1. Die EuErbVO ist hier noch nicht anwendbar, weil der Erblasser vor dem 17. August 2015 gestorben ist (Art 83 Abs 1 EuErbVO). Maßgebend sind daher nach § 50 Abs 7 IPRG weiterhin die §§ 28 ff IPRG idF vor dem ErbRÄG 2015. Fragen der Formgültigkeit sind demgegenüber nach dem Haager Übereinkommen über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht (Haager Testamentsübereinkommen, HTÜ, BGBl 1963/295) zu beurteilen. Der Vertrag zwischen der Republik Österreich und der Föderativen Volksrepublik Jugoslawien über den wechselseitigen rechtlichen Verkehr samt Schlussprotokoll vom 16. 12. 1954 (BGBl 224/1955), der auch im Verhältnis zu Bosnien und Herzegowina anzuwenden ist, enthält für die hier zu beurteilende Konstellation keine von diesen Rechtsquellen abweichenden Regelungen.

1.2. Nach § 28 Abs 1 IPRG aF war die Rechtsnachfolge von Todes wegen grundsätzlich nach dem Personalstatut des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes zu beurteilen. Die Testierfähigkeit und andere Gültigkeitsvoraussetzungen letztwilliger Verfügungen unterlagen nach § 30 Abs 1 IPRG aF dem Personalstatut im Zeitpunkt der Rechtshandlung, wobei im Fall der Ungültigkeit nach diesem Recht wieder das allenfalls günstigere Personalstatut im Zeitpunkt des Todes maßgebend war. Da der Erblasser (jedenfalls) im relevanten Zeitraum österreichischer Staatsbürger war, führen diese Regelungen allesamt zur Anwendbarkeit österreichischen Rechts (§ 9 Abs 1 IPRG).

1.3. In Bezug auf die Formgültigkeit sieht Art 1 HTÜ abweichend von den §§ 28 ff IPRG aF eine alternative Anknüpfung vor. Nach dieser Bestimmung ist eine letztwillige Verfügung hinsichtlich ihrer Form ua dann gültig, wenn diese dem innerstaatlichen Recht entspricht

a) des Ortes, an dem der Erblasser letztwillig verfügt hat, oder

b) eines Staates, dessen Staatszugehörigkeit der Erblasser im Zeitpunkt, in dem er letztwillig verfügt hat, oder im Zeitpunkt seines Todes besessen hat.

Diese Regelung verweist im vorliegenden Fall auf bosnisches und österreichisches Recht. Wie schon das Wort „oder“ zwischen lit a und lit b zeigt, genügt es für die Gültigkeit einer letztwilligen Verfügung, dass sie nach einem dieser Rechte gültig ist, mag das auf das alternativ anzuwendende andere Recht auch nicht zutreffen („favor testamenti“; ausführlich Rudolf in Deixler-Hübner/Schauer, EuErbVO<sup>2</sup> Art 27 Rz 39 f; V. Hoyer, Bemerkungen zum Übereinkommen über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht vom 5. Oktober 1961, NZ 1963, 67 [70]; Scheucher, Das Haager Testamentsübereinkommen, ZfRV 1964, 216 [219]; W. Tschugguel, Wann ist ein fremdhändiges Zwei-Zeugen-Testament „fertig“? iFamZ 2010, 109 [110]).

1.4. Im vorliegenden Fall könnte sich die Ungültigkeit des Testaments daraus ergeben, dass auf der Urkunde ein allenfalls erforderlicher Zeugenzusatz fehlt oder dass die Zeugen bei Errichtung des Testaments möglicherweise nicht anwesend waren.

Die erste Frage fällt jedenfalls unter Art 1 HTÜ. Ob auch das Erfordernis der Anwesenheit von Zeugen als Formerfordernis iSv Art 1 HTÜ oder aber als sonstiges Gültigkeitserfordernis nach § 30 Abs 1 IPRG aF zu qualifizieren

ist, kann demgegenüber offen bleiben. Denn beide Kollisionsnormen berufen im vorliegenden Fall (zumindest auch) österreichisches Recht. Relevant wäre die Qualifikationsfrage daher nur dann, wenn das Testament nach diesem Recht ungültig wäre. Denn dann könnte sich die Gültigkeit auch aus bosnischem Recht ergeben, wenn (auch) die Anwesenheit von Zeugen als Formerfordernis iSv Art 1 HTÜ anzusehen wäre (so die hA im Schrifttum, v. Bar/Mankowski, IPR II2 [2019] Rn 547 f; Dörner in Staudinger, BGB [2007] Vorbem zu Art 25 f EGBGB Rn 85; Dutta in MüKoBGB XI7 [2018] HTestformÜ Art 1 Rn 4; zur EuErbVOLooschelders in Hüßtege/Mansel, Rom-Verordnungen VI3 [2019] 1277 f). Da das Testament aber – wie noch zu zeigen sein wird (unten 2.) – ohnehin schon nach österreichischem Recht gültig ist, kommt es auf die mögliche Anwendung bosnischen Rechts nicht an.

2. Nach österreichischem Recht ist das Testament als gültig anzusehen.

2.1. Da der Erblasser vor dem 1. 1. 2017 verstorben ist, ist die Rechtslage vor Inkrafttreten des ErbRÄG 2015 (BGBl I 2015/87) maßgeblich (§ 1503 Abs 7 Z 1, 2 und 5 ABGB; § 207k Abs 1 und 2 AußStrG).

2.2. Nach § 579 ABGB aF muss der Erblasser einen letzten Willen, welchen er von einer anderen Person niederschreiben ließ, eigenhändig unterfertigen. Er muss ferner vor drei fähigen Zeugen, wovon wenigstens zwei zugleich gegenwärtig sein müssen, ausdrücklich erklären, dass der Aufsatz seinen letzten Willen enthalte. Endlich müssen 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.

2.3. Um die Gültigkeit des Testaments in Bezug auf den Zeugenzusatz nach diesen Kriterien prüfen zu können, bedarf es einer Ergänzung des Sachverhalts, die der Oberste Gerichtshof hier selbst vornehmen kann:

2.3.1. Eine im Verfahren vorgelegte

Urkunde, die ihrem Inhalt nach unstrittig ist, ist der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs ohne weiteres zugrunde zu legen (RS0121557 [T3]). Dies trifft hier auf das äußere Erscheinungsbild des strittigen Testaments zu, das beim Gerichtskommissär erlegt und sich als beglaubigte Fotokopie im Akt befindet (ON 7). Denn der Erstantragsteller hat zwar auf den fehlenden Zeugenzusatz hingewiesen und bestritten, dass die drei Zeugen zur gleichen Zeit anwesend gewesen seien und dass sie mangels Kenntnis der deutschen Sprache überhaupt gewusst hätten, dass ein Testament errichtet werden sollte (ON 16). Eine Bestreitung der Echtheit der Unterschriften oder die Behauptung nachträglicher Verfälschungen durch den Erstantragsteller erfolgte aber nicht.

2.3.2. Zum Testament vom 7. 10. 2013 wird daher Folgendes ergänzend festgestellt:

Der letzte Punkt (IV.) des nur eine Seite umfassenden Testamentstexts, der sich unmittelbar oberhalb der Datumsangabe und der Namensbezeichnung des Erblassers (jeweils maschinschriftlich) und allen Unterschriften befindet, lautet:

„Dieses Testament habe ich heute, nachdem es mir in gleichzeitiger und ununterbrochener Gegenwart der drei mitgefertigten Testamentszeugen vorgelesen worden ist, vor denselben als meinen wahren letzten Willen bestätigt und sodann vor ihnen eigenhändig unterschrieben.“

Unter dem Text der letztwilligen Verfügung befinden sich, abgesehen von der Unterschrift des Erblassers auf der rechten Seite des Blatts, drei weitere Unterschriften. Bei den beiden ersten, auf der linken Seite des Blatts angebrachten Unterschriften ist über der jeweiligen Unterschrift der Name des Zeugen handschriftlich in Blockschrift geschrieben. Irgendein Zusatz, sei er maschinschriftlich, sei er handschriftlich, wurde diesen beiden Unterschriften nicht beigelegt. Die Unterschrift des dritten Zeugen wurde rechts unter der Unterschrift des Erblassers platziert. In Blockschrift ist der Name dieses Zeugen nicht angegeben. Unter der Zeugenunterschrift befindet sich ein dreizeiliger handschriftlicher, offensichtlich nicht in deutscher Sprache geschriebener Zusatz.

2.4. Nach der Entscheidung 3 Ob 174/11a = RS0012472 (T1) erfüllt zwar das Fehlen jedes textlichen Zusatzes bei der Unterschrift der Zeugen die Gültigkeitsvoraussetzungen des § 579 ABGB aF nicht. Es muss aber nicht jeder

Zeuge mit dem Beisatz „als

Zeuge“ (bzw. „als Testamentszeuge“) unterschreiben (1 Ob 578/57 SZ 30/66; RS0012478 [T1]). Der Vorschrift des dritten Satzes des § 579 ABGB aF ist etwa auch dann genügt, wenn von den drei Testamentszeugen einer seinen Namen mit dem Beisatz „als

Zeuge“ unterschreibt und unter dessen Unterschrift die beiden anderen

Zeugen ihre Unterschrift setzen (

3 Ob 195/22 SZ 4/28 = RS0015432; 1 Ob 578/57).

Einigkeit besteht zur hier maßgeblichen Rechtslage überdies darin, dass der Zusatz – anders als nach dem ErbRÄG 2015 – nicht eigenhändig verfasst sein muss (RS0015437; Apathy in KBB4 § 579 Rz 3). In der Entscheidung 1 Ob 41/01p wurde eine (dort nicht wörtlich wiedergegebene) Textpassage im Testament als ein ausreichender auf die Zeugeneigenschaft hinweisender Zusatz gedeutet. Anders könnte dieser Absatz nicht verstanden werden. Forderte man trotz dieses Absatzes bei den Unterschriften der Zeugen selbst noch einen auf ihre Eigenschaft als Zeugen hinweisenden Zusatz, so käme dies einem überspitzten Formalismus gleich (vgl dazu auch Welser in Rummel/Lukas4 § 579 Rz 8).

Angesichts der oben wörtlich wiedergegebenen Textpassage am Ende des Testaments unmittelbar vor dem Datum, dem Namen des Erblassers und den Unterschriften ist der vorliegende Fall mit der zuletzt zitierten Entscheidung vergleichbar: Auch hier wird durch den ausdrücklichen Hinweis auf die „drei mitgefertigten Testamentszeugen“ unmissverständlich klargestellt, dass die weiteren Unterschriften diejenigen der Zeugen sind. Nach der äußerer Form liegt daher nach österreichischem Recht ein gültiges Testament vor.

2.5. In Bezug auf den Testievorgang hat das Erstgericht zwei Sachverhaltsvarianten für möglich gehalten. Dass das Testament bei Annahme der zweiten Variante (Zeugenunterschriften nach dem Tod) nach österreichischem Recht ungültig wäre, bedarf keiner weiteren Erörterung. Nach der ersten Sachverhaltsvariante hingegen wäre es gültig. Im Folgenden ist daher zu klären, wen insoweit die Beweislast trifft.

Entgegen der Ansicht des Rekursgerichts ist die Entscheidung 2 Ob 78/17k (RS0131725) hier nicht einschlägig. Sie behandelt die Beweislast bei bestrittener Echtheit eines eigenhändigen Testaments, also insbesondere bei bestrittener Echtheit der Unterschrift. Eine solche Bestreitung liegt hier aber – wie ausgeführt (2.3.1.) – nicht vor. Bei äußerer Formgültigkeit und unbestrittener Echtheit trifft nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs die Beweislast für die Einhaltung der übrigen Vorschriften über die Errichtung des Testaments diejenige Partei, die den Formmangel behauptet, hier also den Erstantragsteller (vgl 3 Ob 557/24 SZ 6/278; 2 Ob 143/19x [6.1.b] mwN).

Das Erstgericht vermochte lediglich zwei mögliche Sachverhaltsvarianten festzustellen, von denen entweder die eine oder die andere zutraf. Auf dieser Tatsachengrundlage hat der Erstantragsteller den ihm obliegenden Beweis der Ungültigkeit des jüngeren Testaments nicht erbracht.

3. Da somit nach österreichischem Recht von der Gültigkeit des später zugunsten des Zweitantragstellers errichteten Testaments auszugehen ist und dieser somit Erbe ist (§ 713 ABGB aF), erübrig sich die Prüfung der (Form-)Gültigkeit des Testaments nach bosnischem Recht.

Auch die Behandlung der Verfahrensrüge des Rechtsmittelwerbers (Nichteinvernahme einer Zeugin) kann auf sich beruhen. Mit der Verfahrensrüge des Erstantragstellers wird kein zweitinstanzlicher Verfahrensmangel dargetan (§ 71 Abs 3 AußStrG).

4. Das Rechtsmittel des Zweitantragstellers erweist sich damit als berechtigt, weshalb der Beschluss des Erstgerichts wiederherzustellen ist.

5. Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 78 Abs 1 Satz 2 iVm § 185 AußStrG. Ein Additionsfehler im Kostenverzeichnis des Revisionsrekurses wurde korrigiert.

#### **Textnummer**

E128446

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

ECLI:AT:OGH0002:2020:0020OB00058.19X.0430.000

#### **Im RIS seit**

08.07.2020

#### **Zuletzt aktualisiert am**

02.09.2020

**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)