

Schwangerschaft erst nach Ablauf der Befristung zu gewähren, wenn ihr schon vor Fristablauf die Schwangerschaft bekannt war. Damit wird diese Dienstnehmerin auch nicht gegenüber einer Dienstnehmerin in einem unbefristeten Dienstverhältnis schlechter gestellt, weil Letztere ebenso verpflichtet ist, im aufrechten Dienstverhältnis dem Dienstgeber die Schwangerschaft unmittelbar nach deren Bekanntwerden (§ 3 Abs 4 Satz 1 MSchG), allenfalls binnen fünf Tagen nach Ausspruch der Kündigung (§ 10 Abs 2 Satz 1 MSchG), mitzuteilen.

„Nichtverlängerungserklärung“

Die Mitteilung des Dienstgebers, das befristete Dienstverhältnis nicht zu verlängern, kann nicht der Kündigung eines Dienstverhältnisses durch den Dienstgeber gleich gehalten werden, weil in dieser Mitteilung des Dienstgebers keine auf Beendigung eines Dienstvertrags gerichtete Erklärung, sondern nur die Ablehnung des Abschlusses eines neuen Dienstvertrags nach Ablauf der Befristung zu erblicken ist (RS0063980). Ein auf befristete Zeit abgeschlossenes Dienstverhältnis endet nämlich grundsätzlich schon automatisch durch bloßen Zeitablauf, ohne dass es einer (Beendigungs-) Erklärung einer der Vertragsparteien bedarf (*Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>13</sup> Rz 8/426). Erörterungen zum befristeten Dienstverhältnis, das von vornherein „auf Dauer angelegt“ ist, brauchen hier mangels entsprechender Sachverhaltsfeststellungen nicht erfolgen.

Lediglich für den – hier allerdings nicht vorliegenden – Fall, dass die Dienstnehmerin die Meldung ihrer schon vor Ablauf des befristeten Dienstverhältnisses

bestehenden Schwangerschaft aus nicht von ihr zu vertretenden Gründen (etwa weil sie erst nach Ablauf des befristeten Dienstverhältnisses von der Schwangerschaft erfahren hat) erst nach dem vereinbarten Ende des befristeten Dienstverhältnisses dem Dienstgeber bekannt gibt bzw dies dann unverzüglich nach dem Wegfall des Hinderungsgrundes nachholt, wird eine analoge Anwendung des § 10 Abs 2 Satz 4 MSchG befürwortet (8 Oba 76/06 v; *Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>13</sup> Rz 5/125; *Burger-Ehrnhofer* in *Burger-Ehrnhofer/Schrittweisner/Thomasberger*, Mutterschutzgesetz und Väter-Karenzgesetz § 10 a Erl 3 [247] mwN). Für diesen Fall hat der Gesetzgeber in § 10 a Abs 1 MSchG nämlich keine (ausdrückliche) Regelung getroffen.

Zusammengefasst tritt die Ablaufhemmung eines befristeten Dienstverhältnisses nach § 10 a Abs 1 MSchG, wenn die Dienstnehmerin bereits vor Ablauf der Befristung Kenntnis von der Schwangerschaft hat, nur dann ein, wenn die Dienstnehmerin dem Dienstgeber noch vor Beendigung des Dienstverhältnisses durch Fristablauf ihre Schwangerschaft gemeldet hat. Eine analoge Anwendung des § 10 Abs 2 Satz 1 MSchG, die zur Folge hätte, dass die Rechtsfolgen des § 10 a Abs 1 MSchG auch dann ausgelöst werden, wenn die Dienstnehmerin ihre bekannte Schwangerschaft innerhalb von fünf Arbeitstagen nach einer allenfalls erfolgten (über den Ablauf der Befristung hinausreichenden) „Nichtverlängerungserklärung“ des Dienstgebers bekannt gegeben hat, kommt nicht in Betracht. Die Kl war nicht an der rechtzeitigen Meldung ihrer Schwangerschaft vor Ablauf der Befristung gehindert.

Hinweis:

Schon die im Gesetz formulierte Abhängigkeit der Ablaufhemmung von der Meldung der Schwangerschaft legt nahe, dass eine nach Befristungsablauf erstattete Meldung grundsätzlich nicht zu einer solchen Hemmung führt, weil das Arbeitsverhältnis nach Befristungsablauf bereits beendet ist und die Hemmung eines bereits erfolgten Ablaufs auf dogmatische Probleme stößt, auch wenn ein rückwirkendes Aufleben des Arbeitsverhältnisses dem Gesetz nicht gänzlich fremd ist (vgl den Fall des § 10 Abs 2 letzter Satz MSchG oder die – ebenfalls rückwirkende – Unwirk-

samkeit einer Entlassung bei nachträglicher Meldung der Schwangerschaft). Gegen eine solche (generelle) Rückwirkung einer nach Befristungsablauf gemachten Meldung auf das in diesem Zeitpunkt nicht mehr bestehende Arbeitsverhältnis spricht allerdings, dass dann unregelt geblieben wäre, wie lange eine Arbeitnehmerin für eine solche Meldung Zeit hätte. Dafür wäre dann aber – mangels gesetzlicher Regelung – eine Analogie zu § 10 Abs 2 Satz 1 MSchG erforderlich. Die Entscheidung des OGH entspricht daher insgesamt klar dem gesetzgeberischen Willen.

*Richard Hargassner*



EvBI 2020/93

§ 579 ABGB

OGH 28. 11. 2019,  
2 Ob 143/19 x  
(LG Innsbruck  
55 R 35/19 d;  
BG Kitzbühel  
1 A 271/18 p)

→ Achtung: Das fremdhändige Testament ist bei fehlender Urkundeneinheit formungültig

§ 579 ABGB

Ein fremdhändiges Testament ist formungültig, wenn der Erblasser auf einem losen Blatt unterschrieben hat, ohne dass ein äußerer oder inhaltlicher Zusammenhang mit dem Blatt, auf dem sich der Text der letztwilligen Verfügung befindet, besteht. Ein äußerer Zusammenhang wäre nur dann zu bejahen, wenn entweder vor der Leistung der Unterschriften von Erblasser und Zeugen oder während des Testiervorgangs (dh uno actu mit diesem) die äußere Urkundeneinheit hergestellt

wurde, indem die einzelnen Bestandteile der Urkunde (die losen Blätter) so fest miteinander verbunden wurden, dass die Verbindung nur mit Zerstörung oder Beschädigung der Urkunde gelöst werden kann, wie zB beim Binden, Kleben oder Nähen der Urkundenteile. Für die Herstellung eines inhaltlichen Zusammenhangs zwischen den mehreren losen Blättern kann neben der Fortsetzung des Textes auch ein – vom Testator unterfertigter – Vermerk auf dem zusätzlichen Blatt mit Bezugnahme auf seine letztwillige Verfügung aus-

reichend sein. Diese Bezugnahme muss inhaltlicher Natur sein, das heißt, es muss erkennbar

sein, auf welche inhaltliche Anordnung sich der Vermerk bezieht.

#### Sachverhalt:

Der Erblasser hinterließ seine Witwe, die ErstASt, und vier volljährige Söhne, darunter den Zweit- und den DrittASt. Am 6. 10. 2017 hatte der Erblasser eine auf Computer geschriebene fremdhändige letztwillige Verfügung errichtet, in der er ua seine Ehegattin zur Erbin seines gesamten Vermögens einsetzte; Ersatzerbe sollte ein nicht streitbeteiligter Sohn sein.

Das Testament bestand aus zwei losen, in der Fußzeile mit Seitenzahlen („Seite 1 von 3“ usw) versehenen Blättern. Auf dem ersten Blatt befand sich auf der Vorder- und Rückseite der Text des Testaments. Das zweite Blatt enthielt den Ort und das Datum, die handschriftliche nuncupatio mit den Worten „Das ist mein letzter Wille“ sowie die Unterschriften des Erblassers und der drei Zeugen. Letztere wurden mit Anführung des Geburtsdatums und dem Zusatz „als ersuchte Testamentszeugen“ unterhalb der vorgedruckten Bestätigung angebracht, wonach „der Testator in unserer gleichzeitigen und ununterbrochenen Gegenwart dieses Testament eigenhändig unterfertigt und mit dem eigenhändig geschriebenen Zusatz versehen hat, dass diese Urkunde seinen letzten Willen enthält“. Die Blätter wurden lose in einem offenen Kuvert mit der Aufschrift „J N geb. TESTAMENT“ in der Kanzlei des Vertreters der ErstASt verwahrt.

Die Witwe und die streitbeteiligten Söhne gaben jeweils bedingte Erbantrittserklärungen zum gesamten Nachlass ab, die Witwe aufgrund des Testaments v 6. 10. 2017, die Söhne aufgrund des Gesetzes.

Mangels Einigung zwischen den Hinterbliebenen beantragte die Witwe, ihr Erbrecht aufgrund des Testaments v 6. 10. 2017 festzustellen und die von den Söhnen abgegebenen Erbantrittserklärungen abzuweisen.

Das ErstG stellte das Erbrecht der Witwe aufgrund des Testaments fest und wies die Erbantrittserklärungen der Söhne ab.

Das RekG änderte diese Entscheidung dahingehend ab, dass es die Erbantrittserklärung der Witwe abwies und das Erbrecht des Zweit- und des DrittASt aus dem Titel des Gesetzes feststellte. Der OGH gab dem Rev-Rek der ErstASt nicht Folge.

#### Aus der Begründung:

##### [Die Novellierung des § 579 ABGB]

Aufgrund des Errichtungszeitpunkts der zu beurteilenden letztwilligen Verfügung (6. 10. 2017) ist die Rechtslage nach dem ErbRÄG 2015 anzuwenden (§ 1503 Abs 7 Z 5 ABGB).

Danach muss gem § 579 Abs 1 ABGB eine fremdhändige letztwillige Verfügung vom Verfügenden in Gegenwart dreier gleichzeitig anwesender Zeugen eigenhändig unterschrieben und mit einem eigenhändig geschriebenen Zusatz versehen werden, dass die Urkunde seinen letzten Willen enthält. Nach Abs 2 dieser Bestimmung haben die Zeugen, deren Identität aus der Urkunde hervorgehen muss, die aber den Inhalt der letztwilligen Verfügung nicht kennen müssen, auf der

Urkunde mit einem auf ihre Eigenschaft als Zeugen hinweisenden und eigenhändig geschriebenen Zusatz zu unterschreiben.

Mit der Novellierung des § 579 ABGB wurden die Anforderungen an die Form eines fremdhändigen Testaments verschärft (*Apathy/Neumayr* in KBB<sup>5</sup> § 579 Rz 2). Die Änderungen betreffen die Verschriftlichung der Willensbekräftigung des Erblassers (nuncupatio) sowie erhöhte Anforderungen an die Zeugenbeteiligung (gleichzeitige Anwesenheit; eigenhändiger Zeugenzusatz; aus der Urkunde erschießbare Identität der Zeugen), womit der Gesetzgeber, wie die Mat zum ErbRÄG 2015 mehrfach betonen, die Fälschungssicherheit erhöhen wollte (ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 1 und 10; dazu krit *A. Tschugguel*, Die Testamentszeugen im neuen Erbrecht. Ratio, quo vadebas? in FS Bittner [2018] 711; ausführlich zur Neuregelung *ders* in *Klang*<sup>5</sup> § 579 Rz 16 ff). Für die im vorliegenden Fall zu lösende Rechtsfrage sind die – unstrittig eingehaltenen – neuen Formvorschriften aber nicht von entscheidender Bedeutung. Denn für die Beurteilung der Frage, wo der letztwillig Verfügende und die Zeugen ihre Unterschriften leisten müssen, hat sich die Rechtslage nicht geändert (so auch *A. Tschugguel* und *Welser* in *Rabl/A. Tschugguel/Welser*, Formunwirksamkeit des Testaments, weil die Zeugen auf einem gesonderten Blatt unterschrieben haben. Ein juristischer Trialog, NZ 2018/108, 321 [326]; *Umlauf*, Das Spannungsverhältnis zwischen dem favor testamenti und den Formvorschriften für letztwillige Verfügungen im Lichte der jüngsten OGH-Judikatur, EF-Z 2019/137, 244 [246]).

##### [Die E 2 Ob 192/17 z]

Einen dem vorliegenden ähnlichen Sachverhalt hatte der erKS in der zur Rechtslage vor dem ErbRÄG 2015 ergangenen E 2 Ob 192/17 z EF-Z 2018/111, 230 (*Welser*) = iFamZ 2018/180, 308 (*Gruber*) = JBl 2019, 98 (*Mayrhofer*) = ecoloX 2018/463, 1075 (*Schoditsch*), zu beurteilen, die in der Literatur vielfach kommentiert worden ist (vgl neben den erwähnten Glossatoren auch *Rabl/A. Tschugguel/Welser*, NZ 2018/108; *Umlauf*, EF-Z 2019/137; *Webhofer*, Die Zeugenunterschrift auf einer letztwilligen Verfügung, Zak 2019/227). Im damaligen Anlassfall hatten die Testamentszeugen eine aus zwei losen Blättern bestehende fremdhändige letztwillige Verfügung auf dem zweiten Blatt unterschrieben, auf dem sich weder der Text der Verfügung noch die Unterschrift des Erblassers befand. Der Senat führte dazu aus, für die Formgültigkeit einer solchen letztwilligen Verfügung sei jedenfalls zu fordern, dass ein inhaltlicher Zusammenhang zwischen den mehreren losen Blättern zum Ausdruck komme, wie er in der Rsp des OGH bei Verwendung mehrerer loser Blätter für die Gültigkeit eines eigenhändigen Testaments als notwendig erachtet wird. Da diese Voraussetzung im konkreten Fall nicht vorlag, wurde das Testament als formungültig beurteilt. →

Mit dieser für die Praxis außerordentlich wichtigen Entscheidung verdeutlicht der OGH in Fortführung seiner E 2 Ob 192/17 z die Formstrenge des Testaments und stellt das Erfordernis der inneren und äußeren Urkundeneinheit mit großer Klarheit dar.

**[Das Erfordernis der Urkundeneinheit]**

An diesen Erwägungen, an denen der erKSen festhält, ist im Folgenden anzuknüpfen.

Allerdings unterscheidet sich das hier zu beurteilende Testament vom damaligen dadurch, dass sich die Angabe von Ort und Datum der Verfügung, die handschriftliche nuncupatio sowie die Unterschrift des Erblassers auf dem zweiten losen Blatt befinden, auf dem auch die Testamentszeugen mit den erforderlichen Zusätzen unterschrieben haben. Die Fußzeile des zweiten Blattes enthält überdies eine Seitenangabe mit Bezug auf den Gesamtumfang der Verfügung („Seite 3 von 3“). Diese Umstände geben einen Hinweis darauf, dass es ein erstes Blatt als Träger des Inhalts des letzten Willens geben muss.

Es ist daher zu prüfen, ob diese Tatumstände eine andere Beurteilung der Formgültigkeit des Testaments rechtfertigen als in dem der E 2 Ob 192/17 z zugrunde gelegenen Fall.

Wie aus der genannten Entscheidung hervorgeht, ist es bei einer letztwilligen fremdhändigen Verfügung, die aus mehreren losen Blättern besteht, von denen nur das letzte unterschrieben ist, für die Formgültigkeit der letztwilligen Verfügung erforderlich, dass ein inhaltlicher Zusammenhang zwischen den losen Blättern besteht, sodass von einem einheitlichen Schriftstück (iS einer inneren Urkundeneinheit) gesprochen werden kann. Das gilt nicht nur dann, wenn sich bloß die Unterschrift der Testamentszeugen auf dem letzten Blatt befindet, sondern auch, wenn dort der Erblasser unterschrieben hat (vgl 4 Ob 29/04 z; RS0018303; *Umlauft*, EF-Z 2019/137, 247).

Wurde hingegen zwischen den einzelnen Blättern ohnehin bereits die äußere Urkundeneinheit hergestellt (dazu Näheres sogleich), bedarf es nicht auch noch eines zusätzlichen inhaltlichen Zusammenhangs. In diesem Fall ist die letztwillige Verfügung auch dann formgültig, wenn sich die Unterschriften des Erblassers und/oder von allen oder auch nur einzelnen Zeugen (mit den gesetzlich gebotenen Zusätzen) auf dem letzten, sonst keinen Text aufweisenden Blatt der Verfügung befinden (iS auch *Umlauft*, EF-Z 2019/137, 249).

Beim gegenständlichen Testament besteht jedoch weder äußere noch innere Urkundeneinheit:

**[Die äußere Urkundeneinheit]**

(a) An eine allein aus dem äußeren Zusammenhang konstituierte einheitliche Urkunde muss die Anforderung gestellt werden, dass sie Kriterien entspricht, die typischerweise eine äußere Urkundeneinheit herbeiführen. Davon kann ausgegangen werden, wenn die einzelnen Bestandteile der Urkunde (die losen Blätter) so fest miteinander verbunden werden, dass die Verbindung nur mit Zerstörung oder Beschädigung der Urkunde gelöst werden kann, wie zB beim Binden, Kleben oder Nähen der Urkundenteile.

(b) Diese Verbindung muss entweder bereits zum Zeitpunkt der Leistung der Unterschriften durch Erblasser und Zeugen vorhanden sein oder während des Testiervorgangs (das heißt uno actu mit diesem) hergestellt werden. Sollte diese Voraussetzung bei einer äußerlich der Form entsprechenden letztwilligen Ver-

fügung in einem Verfahren über das Erbrecht bestritten werden, so träfe die Beweislast für den Formmangel jene Partei, die ihn behauptet (vgl 5 Ob 552/86 SZ 59/175; 2 Ob 86/15 h SZ 2016/34).

(c) Den an die äußere Urkundeneinheit zu stellenden Anforderungen entspricht aber weder das Zusammenfügen der mehreren Blätter mittels einer Büroklammer (vgl 2 Ob 192/17 z) noch – wie hier geschehen – die Aufbewahrung der losen Blätter in einem Kuvert, selbst wenn dieses verschlossen gewesen wäre. Auch das Aufbewahren der losen Blätter im Tresor eines Rechtsanwalts reicht zur Herstellung der äußeren Urkundeneinheit nicht aus (vgl den in 2 Ob 192/17 z wiedergegeben Sachverhalt). Diese ist im vorliegenden Fall daher nicht gegeben.

**[Die innere Urkundeneinheit]**

(a) Wie der erKSen bereits in der E 2 Ob 192/17 z ausgeführt hat, könnte für die Herstellung eines inhaltlichen Zusammenhangs zwischen den mehreren losen Blättern neben der Fortsetzung des Textes auch ein – vom Testator unterfertigter – Vermerk auf dem zusätzlichen Blatt mit Bezugnahme auf seine letztwillige Verfügung ausreichend sein (vgl 5 Ob 52/04 i). Diese Bezugnahme muss **inhaltlicher** Natur sein, das heißt, es muss erkennbar sein, auf welche inhaltliche Anordnung sich der Vermerk bezieht. Der Zusammenhang muss so deutlich sein, dass er einer tatsächlichen Verbindung der Blätter nahekommt (vgl A. *Tschugguel* in *Klang*<sup>3</sup> § 578 Rz 13).

(b) Die Anführung des Orts und des Datums der letztwilligen Verfügung stellt keinen inhaltlichen Bezug zum Verfügten her. Das gilt aber auch für die schriftliche nuncupatio des Erblassers, die zwar eines der gesetzlich statuierten Formerfordernisse (§ 579 Abs 1 ABGB) erfüllt, aber keine dem mit ihr bekräftigten Text der letztwilligen Verfügung zugehörige oder auf deren Inhalt Bezug nehmende Willensäußerung des Erblassers zum Ausdruck bringt. Auch eine formgerechte mündliche nuncupatio, wie sie im alten Recht vorgesehen war, hätte nichts daran geändert, dass bei losen Blättern zur Wahrung der Formgültigkeit auch die innere Urkundeneinheit hergestellt werden muss.

(c) Auch aus dem Argument, dass erst die Unterschrift des Erblassers die Urkunde beende und erzeuge (so etwa *Rabl* in *Rabl/A. Tschugguel/Welser*, NZ 2018/108, 323; *Umlauft*, EF-Z 2019/137, 246), ist der geforderte inhaltliche Zusammenhang zwischen den beiden losen Blättern nicht ableitbar.

Zwar ist die Unterschrift des Erblassers bei einem eigenhändigen Testament begrifflich der Vollendungsakt und es kommt ihr abschließende Wirkung zu. Bereits in der E 1 Ob 38/68 SZ 41/23 hat der OGH – ebenfalls zum eigenhändigen Testament, das aber insoweit nicht anders zu beurteilen ist als ein fremdhändiges – allerdings ausgesprochen, dass die Unterschrift am Schluss der letztwilligen Anordnung oder doch in einem solchen räumlichen Verhältnis zum Text der Erklärung stehen muss, dass sie als deren Abschluss und nach der Verkehrsauffassung die letztwillige Anordnung deckend angesehen werden kann (vgl auch 2 Ob 528/78 SZ 51/85; RS0012464). Aus dieser Rsp wurde allgemein der Schluss gezogen, dass die Unter-

schrift den Text grundsätzlich räumlich abschließen muss, um einem (gesetzlichen oder vereinbarten) Schriftlichkeitsgebot zu genügen (*Dullinger in Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 886 Rz 8; so auch bereits *Rummel in Rummel*<sup>5</sup> § 886 Rz 1). Schriftlichkeit setzt demnach die eigenhändige Unterschrift unter dem von wem auch immer verfassten Text voraus. Die Unterschrift deckt grundsätzlich nur den über (oberhalb von) ihr stehenden Text (*Riedler in Schwimann/Kodek*<sup>6</sup> § 886 Rz 1).

Oberhalb der Unterschrift des Erblassers befinden sich hier aber nur die Angabe des Orts und des Datums sowie die nuncupatio, die weder für sich noch gemeinsam einen inhaltlichen Zusammenhang mit der im anderen Blatt enthaltenen letztwilligen Verfügung herstellen können (s oben lit b). Die Unterschrift steht daher in keiner räumlichen Verbindung zum Text der Willensäußerung, weshalb sie diesen auch nicht deckt.

(d) Schließlich vermag auch die Seitennummerierung in der Fußzeile des zweiten Blattes die innere Urkundeneinheit nicht zu begründen, ergibt sich doch auch daraus kein inhaltlicher Bezug zum Text der letztwilligen Verfügung auf dem ersten Blatt (aA offenbar *Umlauf*, EF-Z 2019/137, 247 f; vgl auch *Webhofer*, Zak 2019/227, 129, der bei einer bestimmten – hier nicht vorliegenden – Gestaltung einer Kopf- oder Fußzeile den inhaltlichen Zusammenhang bejaht).

#### [Schlussfolgerung]

Das fremdhändige Testament des Erblassers erweist sich somit schon deshalb als **formungültig** (§ 601

ABGB), weil das Blatt mit der Unterschrift des Erblassers weder in einem äußeren noch in einem inhaltlichen Zusammenhang mit dem Blatt, auf dem sich der Text der letztwilligen Verfügung befindet, steht. Auf die Bewertung der Unterschriften der Testamentszeugen kommt es nicht mehr an.

Die zu dieser Beurteilung führenden Erwägungen können wie folgt **zusammengefasst** werden:

Ein fremdhändiges Testament ist formungültig, wenn der Erblasser auf einem losen Blatt unterschrieben hat, ohne dass ein äußerer oder inhaltlicher Zusammenhang mit dem Blatt, auf dem sich der Text der letztwilligen Verfügung befindet, besteht. Ein äußerer Zusammenhang wäre nur dann zu bejahen, wenn entweder vor der Leistung der Unterschriften von Erblasser und Zeugen oder während des Testiervorgangs (das heißt uno actu mit diesem) die äußere Urkundeneinheit hergestellt wurde, indem die einzelnen Bestandteile der Urkunde (die losen Blätter) so fest miteinander verbunden wurden, dass die Verbindung nur mit Zerstörung oder Beschädigung der Urkunde gelöst werden kann, wie zB beim Binden, Kleben oder Nähen der Urkundenteile. Für die Herstellung eines inhaltlichen Zusammenhangs zwischen den mehreren losen Blättern kann neben der Fortsetzung des Textes auch ein – vom Testator unterfertigter – Vermerk auf dem zusätzlichen Blatt mit Bezugnahme auf seine letztwillige Verfügung ausreichend sein. Diese Bezugnahme muss inhaltlicher Natur sein, das heißt, es muss erkennbar sein, auf welche inhaltliche Anordnung sich der Vermerk bezieht (vgl auch die E 2 Ob 145/19 s vom heutigen Tag).

#### Hinweis:

Zur Formgültigkeit fremdhändiger Testamente liegen nun insgesamt drei Entscheidungen mit jeweils voneinander abweichenden Fallgestaltungen vor. Gegenstand von 2 Ob 192/17 z war ein in einer Rechtsanwaltskanzlei vorbereitetes Testament, dessen erstes Blatt die Erklärung des letzten Willens, die handschriftliche nuncupatio sowie das Datum und die Unterschrift des Erblassers enthielt, während sich auf dem zweiten Blatt die Unterschriften und Daten der Zeugen befanden. Im hier entschiedenen Fall 2 Ob 143/19 x enthielt das in einem offenen Kuvert in einer Rechtsanwaltskanzlei verwahrte Testament auf der zweiten Seite die handschriftliche nuncupatio, die Unterschriften des Erblassers und der Zeugen samt den jeweiligen Daten. Gegenstand der am selben Tag beschlossenen E 2 Ob 145/19 s war wieder ein in einer Rechtsanwaltskanzlei vorbereitetes Testament auf zwei losen Seiten, wobei sich nach dem Text auf dem ersten Blatt der handschriftliche Vermerk, die Urkunde enthalte den letzten Willen, und auf dem zweiten Blatt die Unterschrift des Erblassers befand. In den beiden vorgenannten Fällen war auf dem zweiten Blatt ein Vordruck angebracht, wonach die ersuchten Testamentszeugen bestätigen, dass „der Testator in unserer gleichzeitigen und ununterbrochenen Anwesenheit den vorstehenden Zusatz geschrieben und die letztwillige Verfügung eigenhändig unterschrieben hat“. Danach

folgten die Unterschriften der Zeugen. In allen drei Fällen fehlte es am ausreichenden inneren und äußeren Zusammenhang, wobei der OGH in 2 Ob 192/17 z sowohl das „Heften“ mit einer Büroklammer als auch das Einscannen des Testaments und dessen Verwahrung im Tresor des Rechtsanwalts als nicht ausreichend erkannte. Diese Überlegungen müssen wohl sinngemäß auch für das eigenhändige Testament, insb betreffend die Positionierung der Unterschrift, gelten.

Ronald Rohrer

#### Anmerkung:

Um nachträglichen Manipulationen eines fremdhändig verfassten letzten Willens vorzubeugen, verlangt § 579, dass die Zeugen „auf der Urkunde [...] zu unterschreiben“ haben. Das alte Erbrecht hat dieses Erfordernis noch deutlich stärker betont, danach mussten die Zeugen „entweder inwendig oder von außen, immer aber auf der Urkunde selbst, und nicht etwa auf einem Umschlag, [...] unterschreiben“. Denn „aus einem von den Zeugen überschriebenen bloßen Umschlag [könnte] die echte Urkunde leicht genommen, und an deren Stelle eine unechte eingelegt werden“ (*Zeiler*, Kommentar II/2 [1812] 456 f). Diese Gefahr ist umso größer, als auch den Testamentszeugen ein nachträglicher Austausch nicht unbedingt auffallen muss, da diese den Inhalt der Verfügung nicht kennen müssen (§ 579 Abs 2 Satz 2). →





Eine dem Einlegen in den Umschlag vergleichbare Gefahr stellt sich aber auch, sobald eine Verfügung aus mehreren Blättern besteht. Auch in diesem Fall könnten im Nachhinein einzelne Blätter unbemerkt ausgetauscht werden, sofern der Testamentsfälscher nur darauf achtet, dass zwischen dem Blatt mit dem gefälschten Text und jenem (echten) Blatt mit den Zeugenunterschriften kein erkennbarer Unterschied besteht. Das sieht auch der OGH so, weshalb er in der viel beachteten E 2 Ob 145/17 z ein Testament für formunwirksam erklärt hat, bei dem die Zeugen auf einem losen und – von vorgedruckten Unterschriftszeilen abgesehen – leeren Zusatzblatt unterschrieben hatten. Ein mit Blick auf die ratio des § 579 stimmiges Ergebnis, war doch die Fälschungsgefahr genauso groß, wie wenn sich die Unterschriften auf einem Umschlag befunden hätten.

Gleichzeitig war damit aber die Frage vorprogrammiert, was zu gelten hat, wenn das zweite Blatt nicht mehr vollkommen leer ist. Dazu musste der OGH nun in gleich zwei E (vgl auch 2 Ob 145/19 s) Stellung nehmen. Diesmal befanden sich auf dem (wiederum losen) zweiten Blatt ua Ort, Datum sowie nuncupatio und Unterschrift des Erblassers. Aus den in den Fußzeilen angegebenen Seitenzahlen ging darüber hinaus hervor, dass es neben dem doppelseitig bedruckten ersten Blatt auch noch ein zweites Blatt geben musste („Seite 1 von 3“ usw).

Der OGH erklärte die Verfügung in beiden Fällen zwar abermals für unwirksam, bemühte sich aber zugleich, die einmal geöffnete Büchse der Pandora wieder zu schließen. Sind die Blätter nicht ohnedies fest miteinander verbunden (äußere Urkundeneinheit), genügt es nämlich, wenn entweder der Text der Verfügung auf dem zweiten Blatt fortgesetzt wird oder der Testator dort einen unterfertigten Vermerk anbringt, mit dem er auf das vorangegangene Blatt inhaltlich Bezug nimmt (innere Urkundeneinheit).

Mit der inneren Urkundeneinheit wird freilich zugleich die ratio des § 579 über weite Strecken aufgegeben. Denn beim Regelfall der am Computer geschriebenen Verfügung ist es ein Leichtes, den gefälschten

Text so zu formulieren und formatieren, dass er nahtlos zur Fortsetzung auf dem echten zweiten Blatt passt (Rab1, NZ 2020, 1 [6]). Das ist allerdings auch nicht weiter zu beanstanden, weil man bei losen Blättern dem nachträglichen Austausch nur – wie von Kralik (Erbrecht<sup>3</sup> [1983] 135) gefordert – durch die Unterschrift der Zeugen auf jedem einzelnen Blatt begegnen könnte. Die hA lehnt diese Auffassung jedoch zu Recht ab, da für ein derartiges Erfordernis insb ein Anhaltspunkt im Wortlaut fehlt. Damit zeigt sich, dass dem Formzweck bei Testamenten, die aus mehreren losen Blättern bestehen, nicht zum Durchbruch verholfen werden kann.

Dadurch sind aber zugleich die Voraussetzungen, von denen die innere Urkundeneinheit im Einzelnen abhängt, problematisch. Das wird rasch deutlich, wenn man bedenkt, dass die Verfügung gültig gewesen wäre, wenn sich auf dem zweiten Blatt über Ort und Datum auch noch der letzte Rest einer inhaltlichen Anordnung befunden hätte (Fortsetzung des Textes, Welsch, NZ 2020, 20 [25]). Auch die Textfortsetzung schützt jedoch wie gezeigt nicht gegen die nachträgliche Unterschiebung fremder Blätter. Damit werden Alles-oder-nichts-Entscheidungen anhand von Kriterien getroffen, die mit Blick auf die Fälschungssicherheit keinerlei Mehrwert bieten. Das widerspricht dem ursprünglichen Gebot des Gesetzgebers, „[m]an müsse sich [...] hüten, unnötige Förmlichkeiten zu verlangen“ (Ofner, Ur-Entwurf I [1889] 348).

Da sich der Formzweck bei mehrblättrigen Verfügungen ohnedies als weitgehend wirkungslos entpuppt hat, kann es mE nur mehr darum gehen, unsachliche Differenzierungen zu vermeiden. Das macht es erforderlich, einen großzügigeren Standpunkt einzunehmen und auch bloße Formalangaben wie nuncupatio oder Orts- und Datumsangaben für die Fortsetzung des Textes ausreichen zu lassen (vgl auch Rab1, NZ 2020, 5).

Severin Kietzbl,  
Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht, WU Wien

EvBl 2020/94

§ 110 IO

OGH 5. 12. 2019,  
17 Ob 7/19 g  
(OLG Linz;  
1 R 88/18 v;  
LG Wels  
1 Cg 74/17 b)

→ Insolvenzforderung – Parteirollen bei Bestreitung von Rückstandsausweisen

§ 110 IO

Wenn der Insolvenzverwalter den Charakter der angemeldeten, vollstreckbaren Forderung als Insolvenzforderung bestreitet, kommt ihm die Klägerrolle nach § 110 Abs 2 IO zu. Die Forderung des

Sachverhalt:

Die Bekl (Republik Österreich) meldete im Insolvenzverfahren der Schuldnerin mehrere Forderungen an, darunter (1) Lohnsteuer für die Zeit vor Insolvenzeröffnung als unbedingte Insolvenzforderung (aufgrund eines nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens, aber vor der Prüfungsatzung ausgestellten Rückstandsausweises) und (2) Lohnsteuer als bedingte Insolvenzforderung für den Fall einer Verteilungsquote an die Arbeitnehmer oder den Insolvenz-Ausfallgeldfonds. Der Kl

Bundes gegen den insolventen Arbeitgeber auf Zahlung von nicht abgeführter Lohnsteuer für die Zeit vor Insolvenzeröffnung ist eine (mit Erlassung des Haftungsbescheids nach § 224 Abs 1 BAO) aufschiebend bedingte Insolvenzforderung.

(Insolvenzverwalter) bestritt diese Forderungen. Nach der Prüfungstatsatzung erließ das Finanzamt auch für die zweite Forderung einen Rückstandsausweis.

Der Kl beehrte die Feststellung, dass die Forderungen „keine Insolvenzforderungen“ seien und daher nicht zu Recht bestünden. Die Lohnsteuer sei von den Dienstnehmern einzuhoben; da der Arbeitgeber nicht hafte, habe die Finanzverwaltung insofern keinen Teilnahmanspruch. Die Bekl wendete ein, die angemeldete Forderung sei mit Insolvenzeröffnung fällig geworden.