

EvBl 2014/40

§ 321 Abs 1 Z 3  
ZPO  
(§ 37 NO);  
§ 45 Satz 2  
AußStrG  
(§ 515 ZPO)

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

→ Grenzen der Verschwiegenheitspflicht des Notars

§ 321 Abs 1 Z 3 ZPO (§ 37 NO); § 45 Satz 2 AußStrG (§ 515 ZPO)

→ Die Funktion des Notars (Notariatssubstituten) als Urkundenverfasser, der ein fremdhändiges Testament als Privaturkunde errichtet hat, ist von jener als Testamentszeuge streng zu trennen. Als Testamentszeuge, der alle jene Vorgänge zu bezeugen hat, aus denen erschlossen werden kann, ob der Erblasser ausdrücklich erklärt hat, dass der „Auf-

satz“ sein letzter Wille sei, kann er sich nicht auf die notarielle Verschwiegenheitspflicht des § 37 NO berufen.

→ Ein Beschluss, mit dem die Aussageverweigerung gem § 324 Abs 1 ZPO für unrechtmäßig erkannt wurde, kann auch im Verfahren außer Streitsachen zusammen mit der nächstfolgenden Entscheidung, nämlich jener über die Verhängung einer Geldstrafe, angefochten werden.

Sachverhalt:

Die im Alter von 92 Jahren verstorbene Erblasserin hinterließ mehrere letztwillige Verfügungen, darunter ein eigenhändiges Testament und ein fremdhändiges Testament, in dem sie alle bisherigen letztwilligen Verfügungen widerrief.

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

Die in den beiden Testamenten eingesetzten Erben gaben aufgrund des sie jeweils zum Alleinerben bestimmenden Testaments die bedingte Erbantrittserklärung zum gesamten Nachlass ab. Im Verfahren über das Erb-

recht behauptete der durch das eigenhändige Testament Bedachte, dass die Erblasserin nicht mehr testierfähig gewesen sei und stellte dazu Beweisanträge (ua auf Einvernahme der beiden Mitarbeiterinnen des Notariats). Der im fremdhändigen Testament eingesetzte Erbe bestritt dieses Vorbringen und berief sich ua auf den Notariatssubstituten als Zeugen.

In der mündlichen Verhandlung fand die Einvernahme des Notariatssubstituten statt. Auf die Frage, „welchen Eindruck die Verstorbene in Bezug auf ihren Gesundheitszustand gemacht hat“, erklärte er die Aussage zu verweigern und verwies auf § 37 NO. Daraufhin verkündete das ErstG den Beschluss, dass die Aussageverweigerung nicht gerechtfertigt sei (1.) und für den Fall des Beharrens

eine Geldstrafe von € 100,- verhängt werde (2.). Den gegen diesen B erhobenen Rek des Notariatssubstituten wies das RekG zurück. Dies mit der Begründung, dass Punkt 1. des Spruchs nicht abgesondert und Punkt 2. überhaupt nicht anfechtbar sei.

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

Das RekG bestätigte die erstinstanzliche Entscheidung.

Der OGH gab dem RevRek des Notariatssubstituten nicht Folge.

Aus der Begründung:

[Zur Zulässigkeit des RevRek:]

Nach der Verweisungsnorm des § 35 AußStrG sind die Bestimmungen der Zivilprozessordnung über die einzelnen Beweismittel (§§ 292 – 383 ZPO) mit hier nicht relevanten Ausnahmen sinngemäß anzuwenden. Der Verweis umfasst auch die dort geregelten RMBeschränkungen (*Fucik/Kloiber*, AußStrG § 35 Rz 2).

Gegen die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Weigerung einer Zeugenaussage (§ 324 Abs 1 ZPO) ist gem § 349 Abs 1 ZPO kein abgesondertes RM zulässig. Dies gilt sowohl für die Parteien als auch für den Zeugen (SZ 40/147; *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*<sup>2</sup> III § 324 Rz 4). Im streitigen Verfahren ist daher die Bekämpfung eines solchen Beschlusses mit dem RM gegen die nächstfolgende anfechtbare Entscheidung möglich (§ 515 ZPO; 1 Ob 8/94). Dies ist für den Zeugen, wenn die Weigerung der Aussage für unrechtmäßig erkannt wurde, regelmäßig der Beschluss, mit dem die Zeugnispflicht nach § 325 Abs 1 ZPO zwangsweise durchgesetzt werden soll (SZ 40/147; vgl auch 6 Ob 279/00 y; 6 Ob 1/02 v; RIS-Justiz RS0040565; *Frauenberger*, aaO § 324 Rz 4).

Die in § 35 AußStrG vorgesehene „sinngemäße“ Anwendung der verwiesenen Normen soll nach den Gesetzesmaterialien dazu führen, dass die nach der Terminologie der ZPO „nicht abgesondert anfechtbaren“ Beschlüsse als „nicht selbständig anfechtbare“ Beschlüsse des Verfahrens außer Streitsachen aufzufassen sind und dafür daher die Bestimmung des § 45 AußStrG über die Zulässigkeit des Rekurses und nicht die Regelung des § 515 ZPO heranzuziehen ist (Erläuterung 224 BlgNR 22. GP 43). Das würde bedeuten, dass auch ein Beschluss über die Rechtmäßigkeit der Weigerung einer Zeugenaussage nicht mit der nächsten anfechtbaren Entscheidung, sondern nach § 45 Satz 2 AußStrG nur mit dem Rek gegen die Entscheidung über die Sache anfechtbar ist (vgl 6 Ob 76/06 d).

Diese Möglichkeit der Anfechtung steht zwar den Parteien offen, kommt aber für den betroffenen Zeugen nicht in Betracht. Für diesen muss sich daher die von § 35 AußStrG umfasste Verweisung auf § 349 Abs 1 ZPO wie im streitigen Verfahren auch auf § 515 ZPO erstrecken, sodass ein Beschluss, mit dem die Aussageverweigerung gem § 324 Abs 1 ZPO für unrechtmäßig erkannt wurde, auch im Verfahren außer Streitsachen zusammen mit der „nächstfolgenden“ Entscheidung, nämlich jener über die Verhängung einer Geldstrafe angefochten werden kann.

Weder bei der Entscheidung über die Weigerung der Aussage noch bei jener über die Verhängung einer

Diese Entscheidung behandelt – soweit überblickbar – erstmals die Verschwiegenheitspflicht des Notars und seines Substituten und grenzt klar die Position des Urkundenverfassers von jener des Testamentszeugen ab. Auch macht sie in Abkehr von den Gesetzesmaterialien klar, dass die Verweisungsnorm des § 35 AußStrG sich über § 349 Abs 1 ZPO auch auf § 515 ZPO erstreckt.

Geldstrafe handelt es sich um einen Gegenstand, der iSd § 62 Abs 3 und 4 AußStrG rein vermögensrechtlicher Natur ist (zur Geldstrafe vgl 5 Ob 257/09 v; 3 Ob 19/11 g; RIS-Justiz RS0004785; RS0008617; RS0038625). Die Zulässigkeit des RevRek richtet sich daher allein nach § 62 Abs 1 AußStrG. Sie ist hier aus dem vom RekG genannten Grund zu bejahen.

#### [Allgemeines zum Aussageverweigerungsrecht]

§ 321 Abs 1 ZPO, der kraft des Verweises in § 35 AußStrG auch im Verfahren außer Streitsachen zur Anwendung gelangt, enthält eine taxative Aufzählung von Geheimnissen, die einen Zeugen berechtigen, die Beantwortung einzelner Fragen zu verweigern (*Rechberger* in *Rechberger*, ZPO<sup>3</sup> §§ 321 – 322 Rz 1; *Frauenberger*, aaO § 321 Rz 1; *Schumacher*, Geheimnisschutz im Zivilprozess aus österreichischer Sicht, ZZP 2010, 123, 286). Überwiegend wird der Geheimnisschutz an gesetzliche Verschwiegenheitspflichten des Zeugen geknüpft (*Schumacher*, aaO 286 f).

Nach § 321 Abs 1 Z 3 ZPO darf die Aussage von einem Zeugen verweigert werden in Bezug auf Tatsachen, über welche der Zeuge nicht würde aussagen können, ohne eine ihm obliegende staatlich anerkannte Pflicht zu verletzen, insofern er hievon nicht gültig entbunden wurde. Die Regelung beruht im Grundsatz darauf, dass die Ausübung bestimmter, zumeist freier Berufe faktisch unmöglich wäre, wenn die solche Dienste in Anspruch nehmenden Personen nicht darauf vertrauen könnten, dass dem Gegenüber erteilte Informationen vertraulich bleiben. Dieses Vertrauen ist nämlich Voraussetzung dafür, dass ohne Hintergedanken und Berechnung sämtliche Informationen preisgegeben werden können, was für eine sinnvolle und kunstgerechte Ausübung dieser Berufe erforderlich ist. § 321 Abs 1 Z 3 ZPO schützt daher in seinem Kernbereich spezifische Vertrauensverhältnisse im Bereich der Dienstleistungserbringung (4 Ob 228/04 i; *Frauenberger*, aaO § 321 Rz 16; *G. Kodek*, Zur Verschwiegenheitspflicht des Vertragsverfassers im Prozess zwischen den Vertragsparteien, Jahrbuch Anwaltsrecht 2011, 87 [89]).

„Staatlich anerkannt“ ist eine Verschwiegenheitspflicht schon dann, wenn sie durch ein Gesetz normiert wird (vgl 4 Ob 228/04 i; *Schumacher*, aaO 287). Für Notare findet sich eine materiell-rechtliche Regelung in § 37 Abs 1 NO, die zufolge § 123 Abs 4 NO auch auf Substituten unmittelbare Anwendung findet (*Prohaska-Marchried*, Geheimnisschutz berufsmäßiger Parteienvertreter [1998] 68; *Schilchegger/Gruber*, Verschwiegenheitspflichten gegenüber Erben [2013] 57).

#### [Verschwiegenheitspflicht des Notars]

Die Verschwiegenheitspflicht ist Zeichen des besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen der Partei und dem Notar (*Wagner/Knechtel*, Notariatsordnung<sup>6</sup> [2006] § 37 NO Rz 1 a). Nach § 37 Abs 1 NO ist der Notar, soweit er nicht „nach diesem Gesetz Mitteilungen aus seinen Akten zu machen hat“, den Beteiligten zur Verschwiegenheit über die „vor ihm stattgehabten Verhandlungen“ verpflichtet. Die Verschwiegenheitspflicht umfasst damit grundsätzlich alle Bereiche notarieller Berufsausübung, also auch das den Notaren in § 5 Abs 1 NO eingeräumte Recht Privaturkunden zu

verfassen (*Wagner/Knechtel*, aaO § 37 NO Rz 1 b; *Prohaska-Marchried*, aaO 19; *Fenyves/Spitzer*, Zur Verschwiegenheitspflicht des Notars im Fall der Nebenintervention, NZ 2010/66, 262 [263]). Sie ist zeitlich unbegrenzt und geht über den Tod der geschützten Person hinaus (*Schilchegger/Gruber*, aaO 15 und 58).

Der Notar handelt auch innerhalb des Tätigkeitsbereichs nach § 5 NO in Ausübung des ihm anvertrauten öffentlichen Amtes (*Wagner/Knechtel*, aaO § 5 NO Rz 1 b). In diesem Rahmen ist er zur Verfassung jeglicher Privaturkunden berechtigt und zwar auch ohne Zusammenhang mit einer öffentlichen Beurkundungstätigkeit (*Wagner/Knechtel*, aaO § 5 NO Rz 1). Andere als öffentliche Urkunden sind Privaturkunden (*Rechberger*, aaO vor § 292 Rz 14). Das von einem Notar weder als Notariatsakt (§ 67 NO) noch in der Form des § 70 NO errichtete Testament ist eine Privaturkunde, somit auch jenes Testament, das der Notariatssubstitut im Auftrag der Erblasserin ohne die in den erwähnten Bestimmungen vorgesehenen Förmlichkeiten errichtet hat.

Nach dem Gesetzeswortlaut bezieht sich die Verschwiegenheitspflicht des Notars schlechthin auf die „stattgehabten Verhandlungen“. Sie ist inhaltlich umfassend und inkludiert alles, was dem Notar aus seiner beruflichen Tätigkeit bekannt wird, also Namen und Daten der Parteien, schon den Umstand ihrer Vorsprache in der Notariatskanzlei, die Inhalte sämtlicher Besprechungen, Verhandlungen und Informationen, den Inhalt von Vereinbarungen jedweder Form, schließlich alle dem Notar zur Kenntnis gelangten Tatsachen aus der Interessenssphäre der Beteiligten, seien sie wichtig oder unwichtig (*Fenyves/Spitzer*, aaO 263; *Schilchegger/Gruber*, aaO 57; *Foregger* in FS Wagner [1987], Zur Verschwiegenheitspflicht des Notars, 125 [127 f]; vgl auch *Frauenberger*, aaO § 321 Rz 26; *Prohaska-Marchried*, aaO 19; *Wagner/Knechtel*, aaO § 37 NO Rz 1 b; *Zenz*, „Staatlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit“ bestimmter Berufsgruppen im Verhältnis zur Zeugnisablegung im Verwaltungs-, Zivil- und Strafverfahren, JRP 2005, 230 [235]).

Nun mag es zutreffen, dass der Notariatssubstitut als Verfasser einer Privaturkunde über die ihm dabei zur Kenntnis gelangten Umstände aus der Interessenssphäre der Erblasserin grundsätzlich der Verschwiegenheitspflicht nach § 37 Abs 1 NO unterliegt, wobei noch zu klären bliebe, wem gegenüber diese Pflicht zu wahren ist. Es entspricht nämlich herrschender Auffassung, dass sich der Notar den „Beteiligten“ gegenüber nicht auf seine Verschwiegenheitspflicht berufen kann (vgl dazu 5 Ob 93/08 z; *Foregger*, aaO 125; *Prohaska-Marchried*, aaO 19; *Fenyves/Spitzer*, aaO 264 und 267; *Schilchegger/Gruber*, aaO 57).

Der Frage, wer bei der Verfassung eines Testaments zum Kreis der „Beteiligten“ zählt, muss hier aber nicht weiter nachgegangen werden, weil das ErstG den Notariatssubstituten nicht in seiner Eigenschaft als Urkundenverfasser, sondern als Testamentszeugen einvernommen hat. Beide Funktionen sind, wie im Folgenden näher zu erläutern sein wird, strikte zu trennen.

#### [Notar als Testamentszeuge]

Vorauszuschicken ist, dass nach den vorinstanzlichen Feststellungen der Notariatssubstitut mit der Erblasser-

rin im Zusammenhang mit dem Testament (zumindest) zweimaligen Kontakt gehabt haben musste, nämlich einerseits im Zuge der Erteilung des Auftrags ein Testament mit bestimmtem Inhalt zu verfassen und andererseits bei Unterfertigung des schriftlichen „Aufsatzes“, der ja erst zur Erblasserin in das Seniorenheim gebracht werden musste. Nach der Aussage des Substituten (eine diesbezügliche Feststellung liegt nicht vor) lag zwischen diesen Kontakten ein Zeitraum von etwa einer Woche. Während das Auftragsgespräch unter die „stattgehabten Verhandlungen“ fällt, trifft dies auf die Vorgänge anlässlich der Unterfertigung des vom Zeugen verfassten „Aufsatzes“ nicht zu.

Gem § 579 ABGB muss der Erblasser ein fremdhändiges Testament eigenhändig unterfertigen und ferner vor drei fähigen Zeugen, wovon wenigstens zwei zugleich gegenwärtig sein müssen, ausdrücklich erklären, dass der Aufsatz seinen letzten Willen enthalte (nuncupatio). Der Testator hat die nuncupatio nicht schlechthin gegenüber irgendeiner dritten Person, sondern vor den Testamentszeugen zu erklären, die sich ihrer Zeueneigenschaft bewusst sein müssen (vgl 6 Ob 67/11 p; 5 Ob 185/12 k). Dabei reicht nicht der den Testamentszeugen vermittelte Eindruck, es sei für den Testator augenfällig, dass er ein Testament unterfertigt; vielmehr besteht die nuncupatio, die ja das Unterschieben eines nicht gewollten Testaments verhindern soll, (darüber hinaus) in der Bestätigung des Erblassers, dass der betreffende „Aufsatz“ gerade seinen letzten Willen enthält. Welchen Eindruck die Testamentszeugen subjek-

tiv im Zuge der Unterfertigung des Testaments gewonnen haben, ist soweit unerheblich, als diese Einschätzung nicht auf ein bestimmtes Verhalten des Erblassers zurückgeht (vgl 5 Ob 185/12 k). Die Testamentszeugen haben demnach alle jene Vorgänge zu bezeugen, aus denen erschlossen werden kann, ob der Erblasser ausdrücklich erklärt hat, dass der „Aufsatz“ sein letzter Wille sei (vgl auch *Apathy*, aaO § 579 Rz 2).

Bei der Ablegung des Zeugnisses über die nuncupatio ist der Notariatssubstitut nicht an die Verschwiegenheitspflicht gebunden. Er betont in seinem RM mehrfach, dass sich die Erblasserin aufgrund seiner „umfassenden Beratung und Belehrung“ für die gewählte Testamentsform entschieden hat. Da sie aber zweifellos ein formgültiges Testament errichten wollte, liegt es nicht nur im Interesse des darin Bedachten, sondern auch in jenem der Erblasserin, dass die Testamentszeugen die von ihnen übernommene Zeugenpflicht uneingeschränkt erfüllen. Insoweit steht gerade das schützenswerte Vertrauensverhältnis zwischen Partei und Notar einer Berufung auf die notarielle Verschwiegenheitspflicht nach § 37 NO entgegen. Sie wäre mit den Pflichten eines Testamentszeugen schlicht unvereinbar und würde Zweifel an seiner Zeugnisfähigkeit wecken.

Der Notariatssubstitut hat daher als Testamentszeuge die an ihn gerichteten Fragen zu den Vorgängen zu beantworten, ohne dass er sich dabei auf seine Verschwiegenheitspflicht berufen kann. Dies gilt auch dann, wenn die Fragen den Geisteszustand der Erblasserin betreffen.

**Hinweis:**

Nach § 321 ZPO besteht nur ein Aussageverweigerungsrecht des zur Verschwiegenheit verpflichteten Zeugen, aber – im Gegensatz zu § 383 Abs 3 der dZPO – kein korrespondierendes Vernehmungsverbot für das Gericht, sodass ein mangels Entschlagung des Zeugen allenfalls gegebener Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht keinen Verfahrensmangel begründet (6 Ob 252/08 i).

Ronald Rohrer

**Anmerkung:**

1. Zwar sind Notare „den Beteiligten zur Verschwiegenheit über die vor ihnen stattgehabten Verhandlungen verpflichtet“ (§ 37 Abs 1 NO); zwar gilt das auch für den Notar als öffentliche Urkundsperson (§ 1 NO) und als Verfasser von Privaturkunden (wie hier); zwar begründet diese „staatlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit“ iSd § 321 Abs 1 Z 3 ZPO (hier iVm § 35 AußStrG) grundsätzlich ein Aussageverweigerungsrecht. Dass aber ein Notar, der als Testamentszeuge gerade „den letzten Willen des Erblassers zu bezeugen“ hat (§ 591 ABGB), sich bei Fragen über den Geisteszustand des Erblassers oder zur nuncupatio nicht auf seine Berufsverschwiegenheit berufen kann, ist selbstverständlich. Sonst wäre er mE schon kein fähiger Testamentszeuge. Der Entscheidung ist daher völlig zuzustimmen (zur Zulässigkeit des Rechtsmittels vgl § 349 ZPO und *Kodek in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG [2013] § 45 Rz 8, 24).

2. Weiterführend interessiert, ob die Aussagepflicht nur besteht, weil der Notar hier auch Testamentszeuge war, oder ob sie ihn auch als bloßen **Testamentserrichter** getroffen hätte.

a. Die Verschwiegenheitspflicht ist umfassend. Sie inkludiert alles, was dem Notar aus seiner beruflichen Tätigkeit bekannt wird, also Namen und Daten der Parteien, schon den Umstand ihrer Vorsprache in der Notariatskanzlei, die Inhalte sämtlicher Besprechungen, Verhandlungen und Informationen, den Inhalt von Vereinbarungen jedweder Form, schließlich alle dem Notar zur Kenntnis gelangten Tatsachen aus der Interessenssphäre der Beteiligten, seien sie wichtig oder unwichtig (*Fenyves/Spitzer*, NZ 2010, 263 mwN). Die Verschwiegenheitspflicht der Notare wird – insb von Notaren (*Wagner/Knechtel*, NO<sup>6</sup> § 37 Rz 1b) aber auch vom LGZ Graz (NZ 1993, 269) – als besonders streng und als umfassender als jene des Rechtsanwalts angesehen. Dem ist mangels dafür tauglicher Anhaltspunkte freilich nicht zuzustimmen (*Frauenberger in Fasching/Konecny* § 321 Rz 26; *Fenyves/Spitzer*, NZ 2010, 262 [266]; *Kodek*, Zur Verschwiegenheitspflicht des Vertragsverfassers im Prozess zwischen den Vertragsparteien, in *Heidinger/Zöchling-Jud*, Jahrbuch Anwaltsrecht 2011, 87 [101 ff]).

b. Die Gefahr der Ableitung aus solchen Postulaten illustriert nicht nur der vorliegende Fall, sondern zB auch die erwähnte Entscheidung des LGZ Graz, das die Ansicht vertritt, dass der Notar als Errichter eines Notariatsakts in einem Streit der Vertragsparteien selbst (!) zur Verschwiegenheit verpflichtet sei (so auch



*Wagner/Knechtel*, NO<sup>6</sup> § 27 RZ 1 b). Dieser Standpunkt findet zu Recht keinen Anklang in der hgRsp (RIS-Justiz RS0040559; 9 ObA 1014/93) und wurde in der Lit jüngst doppelt widerlegt (*Fenyves/Spitzer*, NZ 2010, 262 [266]; *Kodek*, in Jahrbuch Anwaltsrecht 2011, 87 [101 ff]). Solche Missverständnisse beruhen – im gegenständlichen Fall ebenso wie beim LGZ Graz – auf einer Außerachtlassung der maßgebenden Wertungen und Interessenlagen.

3. Verschwiegenheitspflichten verfolgen einen bestimmten Zweck, bei Notaren und Rechtsanwälten etwa den Schutz des besonderen Vertrauensverhältnisses zu ihren Mandanten. Die Verschwiegenheit ist ein Grundpfeiler der Berufstätigkeit dieser Personen und die notwendige Voraussetzung für die Offenheit, die für sinnvolle Beratung notwendig ist. Das bedeutet aber nicht, dass immer über alles Verschwiegenheit zu wahren ist. Ideal wäre eine kautelarjuristische Lösung. Wo es eine solche nicht gibt, vermeidet eine theologische Betrachtung sachwidrige Ergebnisse.

a. Verschwiegenheit ist nur darüber zu wahren, was geheim gehalten werden soll (wie die Möglichkeit der Entbindung von der Verschwiegenheit zeigt). Darin liegt die Lösung für den Fall der Entschlagung im Streit der Vertragsparteien. Die Vertragsverhandlungen sind ihnen gegenüber kein Geheimnis, weil sie beiden bekannt sind. Beim Testament ist die Situation schwieriger, doch auch hier gilt: Dass ein testierfähiger Erblasser Beweise für seine Testierfähigkeit und damit für die

Chance der Durchsetzung seines letzten Willens geheim halten wollte, würde verwundern. Eine Verschwiegenheitspflicht besteht nicht. Die Interessenlage beim Testierunfähigen ist nicht anders: Das Gesetz geht davon aus, dass er seinen Willen nicht rite bilden kann. Dann zielt sein „**wohlverstandenes Interesse**“ aber nicht darauf ab, die mangelhafte Willensbildung zu verstecken (vgl. *Herzog* in *Staudinger* [2010] § 2358 Rz 22) und so einen letzten Willen durchzusetzen, der – zum Schutz des Erblassers! – kein tauglicher letzter Wille ist.

b. Bedenkt man dies, sprechen die besseren Argumente auch **beim bloßen Testamenterrichter gegen ein Entschlagungsrecht**. Überzeugend wird in Deutschland die Ansicht vertreten, dass „die Aufklärung von Zweifeln an der Testierfähigkeit im wohlverstandenen Interesse des Erblassers liegt“, sodass eine Verschwiegenheitspflicht nicht anzunehmen sei (zu Notar und RA: OLG Köln OLGZ 1982, 1; OLG Frankfurt DNotZ 1998, 216; *Sandkühler* in *Arndt/Lerch/Sandkühler*, Bundesnotarordnung<sup>6</sup> [2008] § 18 Rz 62; *Hagena* in MüKo, BGB<sup>6</sup> [2013] § 2229 Rz 49; *J. Mayer* in MüKo, BGB<sup>6</sup> § 2358 Rz 36; vgl. aber den Hinweis auf § 18 Abs 2 BNotO bei *Kanzleiter* in *Schippel/Bracker*, BNotO<sup>9</sup> [2011] § 18 Rz 52 ff; zum Arzt: BGHZ 91, 392; OLG Naumburg, NJW 2005, 2017; *Herzog*, in *Staudinger* [2010] § 2358 Rz 22).

Martin Spitzer,  
WU Wien



## → Vollstreckbarkeit bei Distanzdelikt

### § 53 a Z 2 lit a EU-JZG (§ 67 Abs 2 StGB)

Eine Tat, die sowohl im Entscheidungsstaat als auch im Inland begangen wurde, ist iSd § 53 a Z 2

#### Sachverhalt:

Das dt Bundesamt für Justiz ersuchte mit Note 19. 4. 2013 unter Bezugnahme auf den RahmenB 2005/214/JI des Rats über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen (im Folgenden: RB Geldstrafen) iVm dem RahmenB Abwesenheitsentscheidung 2009/299/JI um Übernahme der Vollstreckung der über den österr Staatsbürger Roberto S mit Strafbefehl des Amtsgerichts Tiergarten 20. 7. 2011, rk seit 8. 8. 2011, 246b Cs 221 Js 1217/11 (264/11), verhängten Gesamtgeldstrafe von 200 Tagessätzen zu je € 15,- zzgl € 123,50 Verfahrenskosten. Inhaltlich des dem Ersuchen beigelegten Strafbefehls hat Roberto S in Berlin von 2. bis 9. 2. 2011 durch zehn selbständige Handlungen die Vergehen nach §§ 185, 241, 53, 77 (d)StGB begangen, davon in fünf Fällen (Fälle 1, 3, 4, 5, 10) Menschen mit der Begehung eines gegen sie gerichteten Verbrechens bedroht (a./) und in weiteren fünf Fällen (Fälle 2, 6, 7, 8, 9) andere Personen beleidigt (b./), indem er von dem in seiner Wohnung in ... befindlichen Rechner über eine an ihn vergebene IP-Adresse E-Mails an die Botschaft von Burkina Faso in Berlin versandte. Das LGSt Wien übernahm – ohne den im Inland ladbaren Roberto S

lit a EU-JZG „im Inland begangen“ worden, sodass die Vollstreckung im Inland nicht zulässig ist.

dazu zu hören – mit B 16. 5. 2013, 183 Ns 2/13 x, die Vollstreckung der mit dem bezeichneten Strafbefehl verhängten Geldstrafe „in Höhe von insg € 3.000,- (200 Tagessätze zu je € 15,-) zzgl € 123,50 Verfahrenskosten“ gem § 53 Abs 1 EU-JZG und setzte die im Inland zu vollstreckende Geldstrafe mit denselben Beträgen, insgesamt € 3.123,50 fest. Mit B 28. 7. 2013, 183 Ns 2/13 x, bewilligte das LGSt Wien Roberto S gem § 409 a Abs 1 und 2 Z 2 StPO die Zahlung der Geldstrafe in 24 Monatsraten zu je € 125, beginnend mit 1. 9. 2013. Über seine dagegen erhobene Beschwerde hat das OLG Wien bislang nicht entschieden.

Der OGH hat aufgrund einer von der GenProk erhobenen NBzWdG zu Recht erkannt, dass

1./ das Unterlassen der Anhörung des Roberto S trotz aktenkundiger Adresse im Inland vor BFassung über die Übernahme der Vollstreckung der mit Strafbefehl des Amtsgerichts Tiergarten verhängten Geldsanktion § 53 c Abs 5 EU-JZG und

2./ der B 16. 5. 2013 auf Übernahme der Vollstreckung der mit Strafbefehl des Amtsgerichts Tiergarten 20. 7. 2011 verhängten Geldsanktion § 53 a Z 2 lit a EU-JZG verletzten,

den B aufgehoben und die Vollstreckung abgelehnt. →

#### EvBI 2014/41

§ 53 a Z 2 lit a  
EU-JZG  
(§ 67 Abs 2 StGB)

OGH 10. 12. 2013,  
11 Os 156/13 w,  
157/13 t  
(LGSt Wien  
183 Ns 2/13 x)