

Zivilrechtstag der österreichischen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte

Aktuelle Haftungsfallen im
Zusammenhang mit der anwaltlichen
Testamenterrichtung

Hon.-Prof. Dr. Irene Welser

7. April 2025, Wien

CERHA HEMPEL



1. Eigenhändiges Testament (§ 578 ABGB)

- eigenhändig geschriebener Text
- muss nicht *uno actu* errichtet werden
- „einheitliches Schriftstück“
- möglich: „Bogen DIN A3“
- mit Unterschrift „abschließen“

→ Dazu zuletzt 2 Ob 60/24y:

- „Mein Wille!!“ auf Briefkuvert oben
- dann Text plus %
- oben neben „Mein Wille!!“ erneut % und Unterschrift
- „Überschrift als Unterschrift“
- OGH: „Abschluss- und Deckungsfunktion der Unterschrift erforderlich“
- durch Verweiszeichen % unten und oben „räumliche Verbindung gegeben“, „logischer Abschluss des Textes“
- gültig.

2. Fremdhändiges Testament (§ 579 ABGB)

A. Loseblattjudikatur (zu alldem ausführlich I. Welser, NZ 2024, 506)

1. 2 Ob 192/17z, 26.6.2018

Sachverhalt:

2 lose Blätter, nur die Zeugen haben auf dem 2. Blatt unterschrieben, 1 Büroklammer, kein unterfertigter Hinweis der Erblasserin auf die Existenz eines 2. Blattes auf dem von den Zeugen unterfertigten „losen und leeren“ Blatt.

Rechtliche Beurteilung:

- Keine äußere Urkundeneinheit
- Keine innere Urkundeneinheit

Ergebnis: Testament ungültig.

2. 2 Ob 145/19s, 28.11.2019

Sachverhalt:

2 lose Blätter, ganz oben am 2. Blatt Unterschrift des Erblassers, dann der Zeugen. Blätter blieben lose.

Rechtliche Beurteilung:

- Keine äußere Urkundeneinheit: Müsste uno actu hergestellt werden, entweder bereits beim Testiervorgang vorhanden oder während Testiervorgang geschaffen (**Übergabe der losen Blätter an RA zur Aufbewahrung und Registrierung reicht nicht**).
- Keine innere Urkundeneinheit: Dafür kann neben der Fortsetzung des Textes auch ein vom Testator **unterfertigter Vermerk auf dem zusätzlichen Blatt inhaltlicher Natur** ausreichend sein, dh es muss erkennbar sein, auf welche inhaltliche Anordnung sich der Vermerk bezieht.

Ergebnis: Testament ungültig.

3. 2 Ob 143/19x, 28.11.2019

Sachverhalt:

2 lose Blätter, 3 in der Fußzeile paginierte Seiten, 1. Blatt Text, 2. Blatt Ort und Datum, nuncupatio und alle Unterschriften. Blätter blieben lose in Kanzlei des RA verwahrt.

Rechtliche Beurteilung:

- Keine äußere Urkundeneinheit.
- Keine innere Urkundeneinheit: Zusammenhang müsste so deutlich sein, dass er einer Verbindung der Blätter nahekommt. Selbe Aussage wie 2.

Ergebnis: Testament ungültig.

4. 2 Ob 218/19a, 30.1.2020**Sachverhalt:**

Testament in Hohenems errichtet, 2 lose Blätter, 1. Blatt Text, paginiert, auf 1. Blatt, 2. Seite nuncupatio, Unterschrift Erblasser und 2 Zeugen, 2. Blatt paginiert -3- und Unterschrift 3. Zeuge. **Notar nahm beide Blätter im Anschluss an die Unterfertigung nach Feldkirch mit**, wo diese in seinem Notariat gebunden und verwahrt wurden.

Rechtliche Beurteilung:

- Keine äußere Urkundeneinheit: Diese müsste entweder vor der Leistung der Unterschriften von Erblasser und Zeugen oder während des Testiervorgangs (das heißt *uno actu* mit diesem) hergestellt werden. Die Verbindung muss so fest sein, dass sie nur mit Zerstörung oder Beschädigung der Urkunde gelöst werden kann, wie zB durch Binden, Kleben oder Nähen. **Keine Verbindung der losen Blätter „während“ des Testiervorgangs**, wenn die Blätter unmittelbar nach Übergabe an das Sekretariat des Notars gebunden worden wären. Weder das Zusammenfügen mehrerer Blätter mittels einer Büroklammer noch die Übergabe der losen Blätter an den Notar zur Verbindung oder Verwahrung stellte die äußere Urkundeneinheit her.
- Keine innere Urkundeneinheit: Auch ein vom Testator unterfertigter Vermerk auf dem zusätzlichen Blatt mit inhaltlicher Bezugnahme auf seine letztwillige Verfügung kann ausreichend sein. **Seitennummerierung reicht nicht**, weil sich daraus kein inhaltlicher Bezug zum Text auf dem ersten Blatt ergibt.

Ergebnis: Testament ungültig.

5. 2 Ob 51/20v, 26.5.2020

Sachverhalt:

2 lose Blätter, mit einer Heftklammer verbunden. 1. Blatt Text, 2. Seite nuncupatio, 2. Blatt Ort, Datum, Unterschriften, Seitennummerierung -3-.

Rechtliche Beurteilung:

- Keine äußere Urkundeneinheit: Müsste *uno actu* sein. So fest, dass die Verbindung nur mit Zerstörung oder Beschädigung der Urkunde gelöst werden kann, wie zB durch Binden, Kleben oder Nähen.
- Keine innere Urkundeneinheit: Grund wie zuvor, Seitennummerierung in der Fußzeile des zweiten Blattes reicht nicht.

Ergebnis: Testament ungültig.

6. 2 Ob 143/20y, 17.9.2020**Sachverhalt:**

2 Blätter zum Zeitpunkt der Unterfertigung mit einer Heftklammer verbunden und fortlaufend nummeriert. Blatt 1, Seite 1: letztwillige Anordnungen; Blatt 1, Seite 2: nuncupatio; Blatt 2, Seite 3: Ort, Datum und Unterschriften.

Rechtliche Beurteilung:

- Keine äußere Urkundeneinheit.
- Keine innere Urkundeneinheit: Grund wie zuvor, Seitennummerierung reicht nicht.

Ergebnis: Testament ungültig.

7. 2 Ob 141/20d, 27.11.2020

Sachverhalt:

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

Rechtliche Beurteilung:

- Äußere Urkundeneinheit: Beurteilung, dass noch während des Testiervorgangs, also *uno actu* mit diesem, die äußere Urkundeneinheit hergestellt wurde, steht mit den Grundsätzen der erörterten Rechtsprechung im Einklang.
- Innere Urkundeneinheit daher nicht erörtert.

Ergebnis: Testament gültig.

8. 2 Ob 188/20s, 27.11.2020

Sachverhalt:

2 lose Blätter. 1. Blatt letztwillige Verfügungen, 2. Blatt „Schlussklausel“, Datum und Unterschriften

Rechtliche Beurteilung:

- Keine äußere Urkundeneinheit.
- Keine innere Urkundeneinheit.

Ergebnis: Testament ungültig.

9. 2 Ob 77/20t, 27.11.2020Sachverhalt:

Wechselseitiges Testament aus 2 Blättern mit einer Heftklammer verbunden. 1 Blatt Regelungen und Zuweisungen des Vermögens, 2. Blatt Widerruf der früheren Testamente („**Mit dieser letztwilligen Verfügung widerrufen wir**, [Erblasserin] und [Beklagter], *allfällige vor diesem Testament errichtete letztwillige Verfügungen*“), Ort, Datum und Unterschriften.

Rechtliche Beurteilung:

- Keine äußere Urkundeneinheit: Verbindung mit einer Heftklammer reicht nicht.
- Keine innere Urkundeneinheit: Für diese könnte neben der Fortsetzung des Textes auch ein unterfertigter Vermerk mit inhaltlicher Bezugnahme ausreichend sein; es muss erkennbar sein, auf welche inhaltliche Anordnung sich der Vermerk bezieht. Der auf dem 2. Blatt stehende Widerruf nimmt zwar eindeutig auf ein gemeinschaftliches Testament Bezug. Die beiden Verfügenden hätten aber nicht nur einander zu Erben einsetzen, sondern gemeinsam auch einen oder mehrere Dritte bedenken können. Eine Andeutung, welche dieser Varianten sie gewählt hatten, lässt sich diesem Widerruf nicht entnehmen. **Mangels einer Bezugnahme inhaltlicher Natur** kann dieser Satz daher die innere Urkundeneinheit nicht herstellen.

Ergebnis: Testament ungültig.

10. 2 Ob 4/21h, 29.4.2021

Sachverhalt:

2 genähte Blätter. 1. Blatt letztwillige Verfügungen, nuncupatio und Unterschrift des Erblassers, 2. Blatt Bestätigung, dass der Testator und Zeugen eigenhändig unterschrieben haben („Schlussklausel“) und Unterschriften der Zeugen. Vor und nach Unterfertigung des Testaments verband der errichtende Notar die Blätter mit einer **Dokumentenschiene**, die nur während der Unterfertigung gelöst wurde. Der Notar begleitete den Erblasser aus dem Besprechungszimmer, **übergab das Testament einer Sekretärin und trug ihr auf, es sofort zu binden**. Wie viel Zeit bis zum Binden verging, konnten nicht festgestellt werden; jedenfalls wurde das Testament noch am selben Tag gebunden. Der Erblasser blieb nach Unterfertigung des Testaments noch 15 Minuten im Notariat, weil er Fragen an den Notar hatte. Es konnte nicht festgestellt werden, ob der Erblasser im Zeitpunkt der Bindung noch anwesend war und ob ihm das gebundene Testament noch einmal in die Hand gegeben wurde.

Rechtliche Beurteilung:

- Äußere Urkundeneinheit: „Während“ des Testiervorgangs wird die äußere Urkundeneinheit dann nicht hergestellt, wenn das Testament bei einer auswärtigen Amtshandlung des Notars auf unverbundenen Blättern errichtet und erst später im Notariat gebunden wurde. Auch dann keine äußere Urkundeneinheit, wenn der Notar das Testament sofort dem Sekretariat übergeben hätte und es dort sofort gebunden worden wäre.
- Hingegen ist es **ausreichend, wenn die Verbindung im unmittelbaren Anschluss an die Unterfertigung hergestellt wird**. Verbindung muss nicht schon bei Leistung der Unterschriften vorhanden sein. Bestanden für den Erblasser keine Bedenken, dass die Verbindung im unmittelbaren Anschluss erfolgen würde und wurde dies auch tatsächlich umgesetzt, überspannte ein Anwesenheitserfordernis jene Strenge, die nach dem Zweck der erbrechtlichen Formvorschriften erforderlich ist.

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

Ergebnis: Testament gültig.

11. 2 Ob 25/22y, 16.3.2022Sachverhalt:

2 Blätter mit **drei Heftklammern „seitlich verbunden“**. 1 Blatt letztwillige Anordnungen, 2. Blatt Schlussklausel, Ort, Datum, nuncupatio und Unterschriften.

Rechtliche Beurteilung:

- Äußere Urkundeneinheit: Die Beurteilung, dass die Verwendung dreier seitlich angebrachter Heftklammern im Hinblick auf die Festigkeit der damit erzielten Verbindung an ein Binden, Kleben oder Nähen der einzelnen Blätter heranreicht, überschreitet angesichts der reichen Vorjudikatur den Beurteilungsspielraum des Rekursgerichts nicht; keine grobe Fehlbeurteilung und daher keine erhebliche Rechtsfrage; **äußere Urkundeneinheit „vertretbar“**, denn Verwendung dreier Heftklammern kommt im Ergebnis einer Heftbindung nahe.

Ergebnis: Testament gültig.

12. 2 Ob 29/22m, 26.4.2022Sachverhalt:

2 lose Blätter. Mit römischen Ziffern nummerierte Abschnitte. Der letzte Absatz begann auf dem ersten Blatt und endete auf dem zweiten Blatt (1. Blatt: *„Vorstehendes Testament, welches mir in gleichzeitiger und ununterbrochener Gegenwart der drei ersuchten Zeugen [...] des letzten Willens vorgelesen wurde, habe ich meinem letzten Willen entsprechend **vollinhalt-**“*; **2. Blatt:** *„**lich** anerkannt und sodann eigenhändig vor ihnen und unter deren Mitfertigung unterschrieben.“*). Auf dem 2. Blatt folgten Ort, Datum, nuncupatio und die Unterschriften. Notar fuhr zur Unterfertigung in die Wohnung des Erblassers. Nach der Unterfertigung führen die Testamentszeugen (vermutlich der Notar und seine Angestellten) ohne Umwege wieder zurück in das Notariat, wo noch am selben Tag zeitnah nach der Rückkehr eine Kopie des Testaments angefertigt wurde. Danach wurden die beiden losen Blätter des Originaltestaments mit einer rot-weiß-roten „Bundesschnur“ zusammengenäht.

Rechtliche Beurteilung:

- Keine äußere Urkundeneinheit: Müsste entweder vor der Leistung der Unterschriften oder während des Testiervorgangs, das heißt *uno actu* mit diesem, also in unmittelbarem Anschluss daran hergestellt werden; OGH geht darauf nicht im Detail ein.
- Keine innere Urkundeneinheit: Bei nicht handschriftlich verfassten fremdhändigen letztwilligen Verfügungen würde die Zulassung bloßer Textfortsetzung als ausreichend einen nicht sachgerechten Wertungswiderspruch zu den strengen Anforderungen an die äußere Urkundeneinheit darstellen. Das Kriterium der Textfortsetzung ist bei computergeschriebenen fremdhändigen letztwilligen Verfügungen unter dem Aspekt der Fälschungssicherheit besonders bedenklich. **Der Zufall, ob ein Satz endet oder auf der nächsten Seite fortgesetzt wird, soll nicht entscheidend sein.** Die Bejahung der inneren Urkundeneinheit erfordert im (typischen) Fall einer nicht handschriftlich verfassten fremdhändigen letztwilligen Verfügung einen – vom Testator unterfertigten – Vermerk auf dem zusätzlichen Blatt mit Bezugnahme auf seine letztwillige Verfügung. Die bloße Fortsetzung des Texts genügt nicht (in concreto nicht einmal bei der Abtrennung eines Wortes).

Ergebnis: Testament ungültig.

13. 2 Ob 82/22f, 30.05.2022

Sachverhalt:

2 Blätter verbunden mit einer Heftklammer und fortlaufender Absatznummerierung. 1. Blatt Erbseinsetzung, 2. Blatt weitere Verfügungen.

Rechtliche Beurteilung:

- Keine äußere Urkundeneinheit.
- Keine innere Urkundeneinheit mangels unterfertigten Vermerks des Testators auf der ersten, die Erbseinsetzung enthaltenen Seite oder eines Hinweises auf die Erbseinsetzung auf der zweiten Seite.

Ergebnis: Testament ungültig.

14. 2 Ob 239/22v, 21.2.2023

Sachverhalt:

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

Rechtliche Beurteilung:

- Keine äußere Urkundeneinheit.

- Keine innere Urkundeneinheit: Auch wenn die Fortsetzung des (nicht standardisierten) Textes durch Beendigung der am ersten Blatt begonnenen Aufzählung der Geschwister objektiv einen Sinn ergibt, wird damit gerade aus dem Blickwinkel der Fälschungssicherheit keine ausreichende inhaltliche Klammer geschaffen. **Eine Textfortsetzung durch Fortsetzung eines angefangenen sinnergebenden Satzes reicht nicht aus;** dadurch ist Fälschungssicherheit nicht gewährleistet. Auch mangels einer ausreichenden Bezugnahme inhaltlicher Natur kann der Satz über die „Wechselbezüglichkeit“ des Testaments auf dem 2. Blatt die innere Urkundeneinheit nicht herstellen. Die Bezugnahme inhaltlicher Natur muss einer tatsächlichen Verbindung der Blätter nahekommen.

Ergebnis: Testament ungültig.

15. 2 Ob 226/22g, 16.05.2023

Sachverhalt:

2 Blätter lediglich verbunden mit einer einzelnen Heftklammer. 2. Blatt lediglich die Unterschriften der Testamentszeugen.

Rechtliche Beurteilung:

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

Ergebnis: Testament ungültig.

16. 2 Ob 62/24h, 25.6.2024

Sachverhalt:

5 Blätter mit „leeren“ Rückseiten, lose in ein Kuvert gegeben und dieses verschlossen und in Safe des Urkundenverfassers gelegt. 11 Jahre später „aus Anlass der Herstellung einer beglaubigten Kopie“ vom beglaubigenden Notariat geheftet und „genäht“. **Erblasser hat jedes Blatt unten eigenhändig unterfertigt**. Paginiert; Punkt V.1 auf vorletzter Seite, Punkt V.2. auf letzter Seite, samt Schlussklausel, Unterschrift des Testators, Zeugenunterschriften.

Rechtliche Beurteilung: „Zurückweiser“ mit „Standardbegründung“

- Keine äußere Urkundeneinheit.
- Keine innere Urkundeneinheit.

Ergebnis: Testament ungültig.

17. 2 Ob 197/24w, 12.12.2024Sachverhalt:

3 lose Blätter verbunden mit einer Heftklammer. Besonderheit: **Errichtung in „2 Ausfertigungen“**. 1 Ausfertigung wurde 5 Jahre später mit Klebeband zusammengeklebt. Textfortsetzung über die Blätter hinweg.

Rechtliche Beurteilung:

- Keine äußere Urkundeneinheit, diese muss vor dem Testiervorgang oder zumindest „*uno actu*“ hergestellt werden.
- Keine innere Urkundeneinheit mangels unterfertigten Vermerks des Testators auf dem zusätzlichen Blatt. Hinweis, „in Anwesenheit der Zeugen letzten Willen erklärt“ ist kein Vermerk inhaltlicher Natur. Verweis auf Vorhandensein einer „zweiten Ausfertigung“ reicht nicht aus, mögliche Unterschiebungen zu verhindern.

Ergebnis: Testament ungültig.

B. Schriftliche Bestätigung durch Erblasser

- eigenhändig
- „Zusatz“ - auch „oben“? - in Gegenwart der Zeugen

C. Unterschrift der Zeugen samt eigenhändigem Zeugenzusatz

- Einheit des Testieraktes
- auf „Urkunde selbst“ – sicher
- Loseblattjudikatur!
- „als ersuchte Testamentserben“ – gültig (2 Ob 3/23i)
- VfGH G 258/2023: nicht verfassungswidrig (Eigentum, Gleichheit)
- Identifizierbarkeit der Zeugen
- Befangenheit für Begünstigte, deren nahe Angehörige, aber auch der „Machthaber“ und „Dienstnehmer“

3. Gerichtliche und notarielle Testamente (§§ 581-583 ABGB)

- Notarielles Protokoll
 - Bleibt beim Notar
 - Kein Risiko des „Verlorengehens“, der „Loseblattjudikatur“
- früher: auch für Besachwalterte in *lucidum intervallum*
- Schriftlich oder mündlich vor zwei Notaren oder einem Notar und zwei anderen Zeugen
- §§70-75 NO sind anzuwenden

4. Nottestamente (§ 584 ABGB)

- bei Todesgefahr oder drohender Verlust der Testierfähigkeit
- mündlich vor zwei Zeugen oder schriftlich
- Achtung: subsidiär: es darf nicht möglich sein, den letzten Willen anders (also zB vor Notar) zu erklären
- tritt 3 Monate nach Wegfall der Gefahr außer Kraft

- OGH sieht das streng: etwa 1 Ob 102/11y
- mittlere Lebenserwartung der Erblasserin von noch 7 Jahren
- Nottestament von 16.4.2008
- 8.4.2008 ins Spital
- „Sepsis unerwartet“
- Tod am 21.4.2008
- subjektive Befürchtung reicht nicht aus
- „allgemein nachvollziehbar durch objektive Umstände“
- Eindruck „Dritter“ maßgeblich
- überdies: evtl noch Notar zu rufen gewesen

5. Das „zufällig verlorengegangene oder zufällig zerstörte“ Testament (§ 722)

- Letzter Wille bleibt wirksam
- Zufall muss vom eingesetzten Erben bewiesen werden
- Inhalt der Urkunde muss vom eingesetzten Erben bewiesen werden
- Abgrenzung zu Unterdrückung durch Benachteiligte
- formgültiger Widerruf Indiz für Weiterexistenz/ bloß zufälligen Verlust

6. Lessons learned

- „kein Risiko eingehen“!
- „Handwerkliches“: Notarielles Protokoll ist am sichersten
- „Bogen“ wählen oder gleich „nähen“, am besten vor dem Testierenden
- „gute“ Zeugen wählen
- eigenhändige „Teile“ beachten
- auf Formalia achten – Erbrechtsbuch als „checklist“
- bloße Textfortsetzung reicht „nie“ zur Herstellung der inneren Einheit
- Gutachter betreffend Geisteszustand im Zweifel sinnvoll

7. Ein Haftungsfall?

7 Ob 38/24z

- (noch) vertretbare Rechtsansicht?
- Pflicht zur Wahl des „gefahrlosesten“ Weges, sofern Partei nicht trotz Belehrung auf anderer Form besteht
- „Sanierungspflicht“?
- „abgeschlossenes Mandat“?
- Kein nachträgliches Heften, bitte!
- nachwirkende Belehrungspflicht?
- Kausalität – keine Haftung, wenn nicht mehr „sanierbar“

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



Irene Welser
Senior Partner

Vienna, Austria

+43 1 514 35 121

irene.welser@cerhahempel.com

www.cerhahempel.com

CERHA HEMPEL