

## 2. Kapitel

# Letztwillige Verfügungen

### I. Ungültigkeit letztwilliger Verfügungen bei Formverstößen

Nach § 601 aF sind letztwillige Verfügungen ungültig, wenn „*der Erblasser eines der hier vorgeschriebenen, und nicht ausdrücklich der bloßen Vorsicht überlassenen Erfordernisse nicht beobachtet hat*“. Diese Bestimmung erklärt damit alle Formvorschriften für zwingend, nicht aber bloße Ratschläge. Beispiel für einen solchen „ausdrücklichen“ Ratschlag ist § 578 Satz 2 aF: „*Die Beysetzung des Tages, des Jahres, und des Ortes, wo der letzte Wille errichtet wird, ist zwar nicht nothwendig, aber zur Vermeidung der Streitigkeiten räthlich.*“

§ 601 aF wurde durch das ErbRÄG 2015 novelliert. So lautet § 601 nF wie folgt: „*Wurde bei Errichtung einer letztwilligen Verfügung eine zwingende Formvorschrift nicht eingehalten, so ist die letztwillige Verfügung ungültig.*“ Nimmt man diese Neufassung beim Wort, führt nur die Verletzung einer „zwingenden“ Formvorschrift zur Ungültigkeit der Verfügung. Zunächst dreht sich hier die Sache im Kreis: Ist eine Formvorschrift zwingend, folgt daraus die Ungültigkeit der Verfügung, andernfalls wäre sie ja nicht zwingend einzuhalten. Führt umgekehrt die Verletzung einer Formvorschrift zur Ungültigkeit, so ist die Formvorschrift zwingend. Dies wirft naturgemäß die Frage auf, was der Gesetzgeber mit den „zwingenden Formvorschriften“ in § 601 nF gemeint hat.

Den Materialien zufolge sind „*nicht zwingende Formvorschriften etwa solche, deren Einhaltung ‚ratsam‘ sein soll (siehe §§ 578 und 580 Abs. 1 des Entwurfs)*“.<sup>5)</sup> Wenn die Einhaltung einer Form nach dem Gesetz allerdings nur ratsam ist, dann liegt keine Formvorschrift im eigentlichen Sinn vor, weil kein Tatbestand festgelegt und daran eine Rechtsfolge geknüpft wird.<sup>6)</sup> Der Gesetzgeber stellt bei einem Ratschlag nämlich gerade klar, dass dieser nicht eingehalten werden muss. Damit bei Missachtung eines Ratschlags die Verfügung gültig bleibt, hätte § 601 nF daher nicht des Zusatzes „*zwingend*“ bedurft, weil streng genommen Ratschläge nicht unter Formvorschriften zu subsumieren sind. Auch wenn der Gesetzgeber als nicht zwingende Formvorschriften iSd § 601 nF „*etwa*“<sup>7)</sup> Ratschläge ansieht, sodass es demnach (weitere) nicht zwingende Formvorschriften geben müsste, gibt es solche nach dem ErbRÄG 2015 nicht. Nach den Materialien zu § 601 nF sind nämlich „*[d]ie Änderungen ausschließen*“

5) ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 12.

6) Siehe dazu nur Larenz, Methodenlehre<sup>6</sup>, 250ff.

7) ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 12.

*lich sprachlich bedingt*.<sup>8)</sup> Die Vorgängerbestimmung (§ 601 aF) unterscheidet allerdings nur zwischen Formvorschriften und der ratsamen Einhaltung einer Form. Daher differenziert die Neufassung des § 601 ebenfalls nur zwischen Formvorschriften einerseits und der ratsamen Einhaltung einer Form andererseits. Entgegen dem erweckten Anschein gibt es daher (neben Ratschlägen) keine nicht zwingenden Formvorschriften, deren Missachtung der Gültigkeit einer Verfügung nicht schadet. Daraus folgt umgekehrt: Auch nach dem ErbRÄG 2015 führt die Verletzung *jeder* Formvorschrift zur Ungültigkeit der Verfügung, während die Missachtung eines gesetzlichen Ratschlags naturgemäß nicht schadet.

## **II. Formerschwerung bei einer fremdhändigen letztwilligen Verfügung**

Der Gesetzgeber des ErbRÄG 2015 hat – entgegen mancher Forderungen – davon abgesehen, die Formen letztwilliger Verfügungen umfassend neu zu gestalten.<sup>9)</sup> Nur hinsichtlich der fremdhändigen letztwilligen Verfügung ist es zu einer Formerschwerung gekommen (§ 579 nF). Alle anderen öffentlichen und privaten Formen von letztwilligen Verfügungen bleiben unverändert.<sup>10)</sup> Die neue Form für fremdhändige Verfügungen gilt zudem nicht für gerichtliche<sup>11)</sup> und notarielle Verfügungen.<sup>12)</sup>

### **A. Die neue Regelung**

§ 579 nF regelt die fremdhändige Verfügung wie folgt: „(1) Eine von ihm nicht eigenhändig geschriebene letztwillige Verfügung muss der Verfügende in Gegenwart von drei gleichzeitig anwesenden Zeugen eigenhändig unterschreiben und mit einem eigenhändig geschriebenen Zusatz versehen, dass die Urkunde seinen letzten Willen enthält. (2) Die Zeugen, deren Identität aus der Urkunde hervorgehen muss, haben auf der Urkunde mit einem auf ihre Eigenschaft als Zeugen hinweisenden und eigenhändig geschriebenen Zusatz zu unterschreiben.“

---

8) ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 12.

9) Vgl. Wendehorst in *Rabl/Zöchling-Jud*, Das neue Erbrecht 51; Kathrein in *Deixler-Hübner/Schauer*, Erbrecht 16.

10) Vgl. insbesondere ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 9ff. Vgl. auch Wendehorst in *Rabl/Zöchling-Jud*, Das neue Erbrecht 51; Mondel in *Deixler-Hübner/Schauer*, Erbrecht 49f.

11) Vgl. §§ 581f nF. Siehe auch AB 718 BlgNR 25. GP 4; Mondel in *Barth/Pesendorfer*, Erbrecht 68.

12) In § 70 Satz 1 NO nF findet sich nämlich kein Verweis auf § 579 nF: „Bei der Auf- und Entgegennahme letztwilliger Anordnungen sind die allgemeinen Vorschriften über die Amtsführung der Notare und die §§ 569, 581, 582 und 587 bis 591 ABGB sowie die in den §§ 72 und 73 dieses Bundesgesetzes gebotenen Förmlichkeiten zu beachten.“ In der Regierungsvorlage wurde auch noch auf § 579 nF verwiesen; diese Streichung erfolgte erst infolge des Abänderungsantrages (vgl AB 718 BlgNR 25. GP 4). Vgl. auch *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform 27; Mondel in *Barth/Pesendorfer*, Erbrecht 68.

*Den Inhalt der letztwilligen Verfügung müssen sie nicht kennen.*“ § 579 nF regelt also die Formerfordernisse einer nicht eigenhändig geschriebenen letztwilligen Verfügung (B.) und verlangt zu ihrer Gültigkeit die eigenhändige Unterschrift des Verfügenden (C.), die eigenhändige *nuncupatio* des Verfügenden (D.), die Unterschrift von drei Zeugen (E.), jeweils einen eigenhändigen Zusatz hinsichtlich ihrer Zeugeneigenschaft (F.) sowie Angaben, aus denen sich die Identität der Zeugen ergibt (G.).

## **B. Nicht eigenhändig geschrieben**

Mit der Wendung „*nicht eigenhändig geschrieben*“ in § 579 nF will der Gesetzgeber klar hervorbringen, „*dass auch mit Hilfe technischer Geräte, etwa eines Computers und eines Druckers, erstellte Verfügungen nicht eigenhändig, sondern fremdhändig im Sinn des Gesetzes sind, auch wenn sie der Verstorbene selbst verfasst und eingegeben hat.*“<sup>13)</sup> Die Neufassung des § 579 nF ist allerdings nicht klarer als sein Vorgänger und könnte – ohne die Ausführungen in den Materialien – gerade auch anders verstanden werden. Denn der Verfügende kann einen Text auch „eigenhändig am Computer schreiben“. § 579 aF sah demgegenüber folgendes vor: „*Einen letzten Willen, welchen der Erblasser von einer anderen Person niederschreiben ließ, muß er eigenhändig unterfertigen.*“ Der Wortlaut des Gesetzes ist daher durch das ErbRÄG 2015 nicht klarer und verständlicher geworden, obwohl dies ein Hauptanliegen des Gesetzgebers des ErbRÄG 2015 war.<sup>14)</sup> Im Ergebnis schadet dies aufgrund der klaren Materialien nicht; mit „*nicht eigenhändig geschrieben*“ in § 579 nF ist also auch in Zukunft gemeint, dass der Verfügende den Text nicht *eigenhändig auf Papier niedergeschrieben* hat.

## **C. Eigenhändige Unterschrift des Verstorbenen**

Wie auch nach altem Recht bedarf es zur Gültigkeit einer fremdhändigen letztwilligen Verfügung jedenfalls der eigenhändigen Unterschrift des Verfügenden, und zwar auf der Urkunde, auf dem seine letztwillige Verfügung niedergeschrieben ist. Aus § 579 nF ergibt sich zudem klar, dass diese Unterschrift in Gegenwart der drei gleichzeitig anwesenden Zeugen zu erfolgen hat.

## **D. Beibehaltung der *nuncupatio*, aber in anderer Form**

Nach altem Recht muss der letztwillig Verfügende bei einer fremdhändigen Verfügung mündlich vor zwei Zeugen erklären, dass es sich bei der Niederschrift um seinen letzten Willen handelt (*nuncupatio*).<sup>15)</sup> Der Gesetzgeber des

---

<sup>13)</sup> Vgl ErläutRVRV 688 BlgNR 25. GP 9.

<sup>14)</sup> Vgl ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 10. Siehe dazu auch *Kathrein* in *Deixler-Hübner/Schauer*, Erbrecht 11.

<sup>15)</sup> Vgl etwa *Knechtel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 579 Rz 5 f; *Eccher* in *Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 579 Rz 3; *Apathy* in *KBB*<sup>4</sup> § 579 Rz 2; *Welser* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 579 Rz 1.

ErbRÄG 2015 hält an dieser Bekräftigung fest, ändert aber ihre Form grundlegend.

### **1. Eigenhändig geschriebene Bekräftigung**

Zunächst muss die Bekräftigung auf dem Papier, auf dem der letzte Wille niedergeschrieben ist, durch den letztwillig Verfügenden eigenhändig beigesetzt werden. Eine mündliche *nuncupatio* gibt es also nach dem ErbRÄG 2015 nicht mehr. Aus den Materialien ergeben sich Beispiele dafür, mit welchen Worten der letztwillig Verfügende schriftlich bekraftigen kann, dass es sich bei der Niederschrift um seinen letzten Willen handelt: „*Die Urkunde enthält meinen letzten Willen.*“, „*Mein Wille*“, „*Das will ich.*“ oder „*So soll es sein.*“<sup>16)</sup> Nicht ausreichend ist ein bloßes „*ok.*“<sup>17)</sup> Durch dieses neue Zusatzerfordernis soll – ausweislich der Materialien – die Fälschungssicherheit erhöht werden.<sup>18)</sup> Je länger also die Bekräftigung ist, desto eher wird sie genügen, weil sie eine verlässlichere Schriftprobe liefert; die Bandbreite (vielleicht) unzulässiger Bekräftigungen ist aber insofern gering, als bereits die zwei Worte „*Mein Wille*“ ausreichend sein sollen.<sup>19)</sup>

### **2. Bekräftigung in Anwesenheit der drei Zeugen**

Der Wortlaut des § 579 nF ließe eine Bekräftigung ohne Anwesenheit von Zeugen zu, sodass also nur die eigenhändige Unterschrift in Gegenwart der drei Zeugen zu erfolgen hat. In den Materialien heißt es aber bei den Ausführungen zu den Zeugen: „*Um hier Rechtsklarheit zu schaffen, wird vorgeschlagen, dass alle drei Zeugen gleichzeitig anwesend sein müssen, wenn der letztwillig Verfügende die Urkunde unterschreibt und bekraftigt, dass sie seinen letzten Willen enthält.*“<sup>20)</sup> Weitere Voraussetzung für die schriftliche Bekräftigung durch den letztwillig Verfügenden ist daher, dass er diese in Gegenwart der drei Zeugen vornimmt. Nicht nur die Unterschrift, sondern auch die schriftliche *nuncupatio* muss also in Anwesenheit aller drei Zeugen stattfinden.<sup>21)</sup> Es kommt aber nicht darauf an, dass die Zeugen die schriftliche Bekräftigung inhaltlich zur Kenntnis nehmen, weil die Urkunde Träger der Bekräftigung ist; sie kann daher etwa auch in einer den Zeugen nicht verständlichen Sprache oder (nur für ihn) nicht lesbaren Schrift erfolgen.<sup>22)</sup>

---

<sup>16)</sup> Vgl ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 10.

<sup>17)</sup> Vgl ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 10.

<sup>18)</sup> Vgl ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 10. Siehe auch *Wendehorst* in *Rabl/Zöchling-Jud*, Das neue Erbrecht 52.

<sup>19)</sup> Siehe dazu auch *A. Tschugguel*, EF-Z 2016/83, 172f.

<sup>20)</sup> Vgl ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 9.

<sup>21)</sup> Vgl auch *Wendehorst* in *Rabl/Zöchling-Jud*, Das neue Erbrecht 52; *A. Tschugguel*, EF-Z 2016/83, 173.

<sup>22)</sup> So *A. Tschugguel*, EF-Z 2016/83, 173.

## E. Eigenhändige Unterschrift der Zeugen

Die fremdhändige letztwillige Verfügung bedarf zu ihrer Gültigkeit auch der Unterschrift der drei Zeugen. Wann diese Unterschriften erfolgen müssen, kommt im Gesetz nicht zum Ausdruck. Aufgrund der Materialien ist aber davon auszugehen, dass sie – im Einklang mit der Rsp zum alten Recht<sup>23)</sup> – „*in zeitlicher Nähe zum Testierakt*“ zu erfolgen haben.<sup>24)</sup> Denn zur Klärung dieser Zeitfrage wird nunmehr die Anwesenheit der drei Zeugen bei Unterschrift und Bekräftigung des Verstorbenen verlangt.<sup>25)</sup> Streng genommen hat zeitliche Nähe zum Testierakt nichts mit dem Tod des Verstorbenen oder seiner Gelegenheit zu tun.<sup>26)</sup> Stirbt etwa der Verstorbene unmittelbar nach formgerechter Unterschrift und Bekräftigung vor drei Zeugen, unterschreiben aber alle oder die noch fehlenden Zeugen „sofort“ nach seinem Tod (im Nebenzimmer oder am Sterbebett), so erfolgt dies noch zeitnah zum Testierakt.<sup>27)</sup>

## F. Eigenhändiger Zusatz hinsichtlich der Zeugeneigenschaft

Die zum Testierakt zeitnahe eigenhändige Unterschrift der Zeugen reicht für sich allein nicht aus. Neben Angaben zur Identität (dazu sogleich) muss jeder Zeuge eigenhändig auf die Urkunde einen Zusatz hinzufügen, der auf seine Zeugeneigenschaft hinweist. Die bloß optische Trennung der Unterschriften der Zeugen von jener des Verfügenden genügt also wie bisher nicht<sup>28)</sup>. Anders als nach altem Recht<sup>29)</sup> muss aber der Zusatz – zB „Zeuge“

---

<sup>23)</sup> Vgl RIS-Justiz RS011441. Hinsichtlich der Lehre zum alten Recht siehe Ehrenzweig, Familien- und Erbrecht<sup>2</sup>, 434; Kralik, Erbrecht 135f; Weiß/Likar-Peer in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht 160f; Knechtel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1,02</sup> § 579 Rz 2, 9; Eccher in Schwimann/Kodek<sup>4</sup> § 579 Rz 6; Apathy in KBB<sup>4</sup> § 579 Rz 3; Welser in Rummel/Lukas<sup>4</sup> § 579 Rz 7.

<sup>24)</sup> Vgl ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 9.

<sup>25)</sup> Vgl ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 9 („*Unklar ist nach bisheriger Rechtslage, wann die Zeugen auf der Urkunde mit einem auf ihre Eigenschaft als Zeugen hinweisenden Zusatz zu unterschreiben haben. Nach der Rechtsprechung hat dies in zeitlicher Nähe zum Testierakt zu erfolgen [OGH 6 Ob 321/98v]. Um hier Rechtsklarheit zu schaffen, wird vorgeschlagen, dass alle drei Zeugen gleichzeitig anwesend sein müssen, wenn der letztwillig Verfügende die Urkunde unterschreibt und bekräftigt, dass sie seinen letzten Willen enthält.*“).

<sup>26)</sup> Vgl aber zum alten Recht Welser in Rummel/Lukas<sup>4</sup> § 579 Rz 7. Siehe dazu auch Knechtel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1,02</sup> § 579 Rz 9.

<sup>27)</sup> Siehe dazu auch A. Tschugguel, EF-Z 2016/83, 173f. Anders zum alten Recht etwa Welser in Rummel/Lukas<sup>4</sup> § 579 Rz 7 mwN; offenlassend Knechtel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1,02</sup> § 579 Rz 9.

<sup>28)</sup> Vgl Eccher in Schwimann/Kodek<sup>4</sup> § 579 Rz 5; Welser in Rummel/Lukas<sup>4</sup> § 579 Rz 8 mwN.

<sup>29)</sup> Vgl Knechtel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1,02</sup> § 579 Rz 9; Welser in Rummel/Lukas<sup>4</sup> § 579 Rz 8 mwN.