

Herausgegeben von  
RA Hon.-Prof. Dr. Peter Csoklich  
Univ.-Prof. Dr. Anna Gamper  
Univ.-Prof. Dr. Andreas Geroldinger  
Univ.-Prof. DDr. Christoph Grabenwarter, Präsident des VfGH  
Univ.-Prof. Dr. Stefan Griller  
Univ.-Prof. Dr. Clemens Jabloner, Präsident des VwGH i. R.  
Univ.-Prof. Dr. Meinhard Lukas, Rektor der JKU  
Univ.-Prof. Dr. Susanne Reindl-Krauskopf  
Univ.-Prof. Dr. Ulrich Torggler, LL.M.  
Schriftleitung: Meinhard Lukas

# Juristische Blätter

Verlag Österreich

Motto: Veritas temporis filia, non auctoritatis

**Heft 3 März 2020 142. Jahrgang**

ISSN 0022-6912 JUBLA7 142 (3) 137–208 (2020)

Juristische Blätter 142, 137–147 (2020)  
<https://doi.org/10.33196/jbl202003013701>  
JBl 2020, 137

**JBl**

Dr. **Christoph Kronthaler**, Salzburg

## Ausgewählte Fragen zur Form von fremdhändigen letztwilligen Verfügungen

*Fremdhändigen letztwilligen Verfügungen kommt vor allem in der anwaltlichen Praxis eine erhebliche Relevanz zu. Während das ABGB für Notare eigene Formvorschriften bereithält (vgl. § 583 ABGB), gelten für Rechtsanwälte die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über private fremdhändige Verfügungen (also insbesondere § 579 ABGB).<sup>1)</sup> Eine letztwillige Verfügung, die von einem Rechtsanwalt errichtet wurde, muss der Verfügende daher „in Gegenwart von drei gleichzeitig anwesenden Zeugen eigenhändig unterschreiben und mit einem eigenhändig geschriebenen Zusatz versehen, dass die Urkunde seinen letzten Willen enthält“. Der vorliegende Beitrag soll einige Fragen beleuchten, die allgemein oder aufgrund der jüngeren höchstgerichtlichen Rsp<sup>2)</sup> von besonderer Bedeutung für die (anwaltliche) Praxis sind.*

**Deskriptoren:** letztwillige Verfügung; fremdhändige Verfügung; gesetzliche Formgebote; Formzwecke; Formmängel; Rechtsfolgen eines Formmangels; nachträgliche Streichungen; lose Blätter; Unterschrift; Zeugen; Urkunde; Urkundeneinheit.  
§§ 575, 578 f, 587 f, 590, 601, 721 ABGB.

### Übersicht:

- A. Einhaltung der vorgeschriebenen Form als Gültigkeitsvoraussetzung
- B. Wer kann Zeuge sein?
- C. Wann, wie und wo genau hat die Unterschrift der Zeugen zu erfolgen?
- D. Wie muss die „Urkunde“, die den letzten Willen enthält, beschaffen sein?
- E. Schriftliche Bekräftigung durch den letztwillig Verfügenden
- F. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

### A. Einhaltung der vorgeschriebenen Form als Gültigkeitsvoraussetzung

Letztwillige Verfügungen sind nur dann „gültig“, wenn diese in der für sie vorgesehenen *Form* errichtet wurden (§ 601 ABGB). Maßgeblich für die Beurteilung der Formgültigkeit sind – aus zwingenden Gründen des Vertrauensschutzes<sup>3)</sup> – die zur *Zeit der Errichtung* der letztwilligen Verfügung *bestehenden Formvorschriften* (§ 575 ABGB);<sup>4)</sup> fremdhändige Verfügungen, die vor dem 01.01.2017 errichtet wurden, müssen somit nicht den deutlich

<sup>1)</sup> § 579 ABGB gilt also nicht für schriftliche notarielle Verfügungen (Kogler, Formvorschriften im neuen Erbrecht [2016] 4 Fn 12; Welser, Erbrechtskommentar [2019] § 583 Rz 3).

<sup>2)</sup> OGH 2 Ob 192/17z = EF-Z 2018, 230 (Welser).

<sup>3)</sup> ErlRV 688 BlgNR XXV. GP 41 unter Hinweis auf Vonkilch, Das intertemporale Privatrecht (1999) 264.

<sup>4)</sup> ZB A. Tschugguel in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> (2017) § 601 ABGB Rz 1; Welser, Erbrechtskommentar § 577 Rz 1, § 601 Rz 1.

strengerem<sup>5)</sup> Formvorschriften des ErbRÄG 2015 entsprechen (vgl § 1503 Abs 7 Z 5 ABGB). Der unten (Punkt D.) behandelten Judikatur zum „Urkundenbegriff“ des § 579 ABGB (aF) kommt mE auch für die geltende Rechtslage Bedeutung zu.<sup>6)</sup>

Die Formvorschriften für letztwillige Verfügungen haben nach hA<sup>7)</sup> eine *Warn- und Beweisfunktion*.<sup>8)</sup> Die besonderen Formgebote sollen dem letztwillig Verfügenden die Bedeutung seiner Erklärung bewusst machen und außerdem Streitigkeiten nach dem Tod des letztwillig Verfügenden möglichst vermeiden (insbesondere durch die Fixierung des letzten Willens). Die jüngste Reform der fremdhändigen letztwilligen Verfügung dient erklärtermaßen dazu, die *Fälschungssicherheit* weiter zu erhöhen.<sup>9)</sup> Damit reagiert der Gesetzgeber auf Testamentsfälschungsskandale in der Vergangenheit.<sup>10)</sup> Den mit dem ErbRÄG 2015 weiter verschärften Formvorschriften für die fremdhändige letztwillige Verfü-

gung kommt mE ein gewisser Präventivcharakter zu.<sup>11)</sup> Da mit dem neu gefassten § 579 ABGB (Rechts-)Streitigkeiten vermieden und obendrein eine höhere Fälschungssicherheit gewährleistet werden soll, verfolgt die Reform der fremdhändigen letztwilligen Verfügung – zumindest mittelbar – öffentliche Interessen. Zumal nicht zu übersehen ist, dass letztwillige Verfügungen häufig für einen größeren Personenkreis von Bedeutung sind. Es ist daher verständlich, dass der Gesetzgeber bei letztwilligen Verfügungen allgemein die Einhaltung einer bestimmten Form verlangt.

Soweit bestimmte *Urkundenbestandteile* vom Gesetz *nur angeraten* werden, wie zB die „*Beisetzung*“<sup>12)</sup> von Ort und Datum der Errichtung der letztwilligen Verfügung (vgl § 578 S 2 ABGB), hat dies a priori keinen Einfluss auf die (Form-)Gültigkeit der letztwilligen Verfügung.<sup>13)</sup> Wenn es nur „ratsam“ ist, ein gewisses Formelement beizufügen, liegt in Wahrheit schon begrifflich keine Formvorschrift vor, die zwingend eingehalten werden müsste.<sup>14)</sup>

Wird bei der Errichtung (irgend-)eine Formvorschrift nicht beachtet, die das Gesetz für letztwillige Verfügungen vorsieht, so fehlt es an einer *objektiven Gültigkeitsvoraussetzung*.<sup>15)</sup> Allerdings ist *strittig*, ob die Formungültigkeit iS des § 601 ABGB zur *absoluten Nichtigkeit* oder bloß zur *Anfechtbarkeit* (besser: relativen Nichtigkeit) der letztwilligen Verfügung führt. Dies ist für die Praxis schon deshalb von größter Bedeutung, weil ein Formmangel nur bei absoluter Nichtigkeit von Amts wegen wahrzunehmen wäre.<sup>16)</sup> Die wohl (noch) hA<sup>17)</sup> steht auf dem Standpunkt, dass letztwillige Verfügungen, die gegen die gesetzlichen Formvorschriften verstoßen, anfechtbar sind. Die im Vordringen begriffene Gegenauffassung<sup>18)</sup> geht hingegen davon aus, dass formungültige letztwillige Verfügungen absolut nichtig sind. Die Annahme bloß relativer

<sup>5)</sup> Vgl *Apathy/Neumayr* in KBB, ABGB<sup>5</sup> (2017) § 579 Rz 2; *Eccher/Nemeth* in Schwimann/Kodek, ABGB IV<sup>5</sup> (2019) § 579 Rz 1. Besonders kritisch A. *Tschugguel*, Die Testamentszeugen im neuen Erbrecht, in FS Bittner (2018) 711 (712, 717).

<sup>6)</sup> Ebenso *Umlauf*, Das Spannungsverhältnis zwischen dem favor testamenti und den Formvorschriften für letztwillige Verfügungen im Lichte der jüngsten OGH-Judikatur, EF-Z 2019, 244 (249).

<sup>7)</sup> OGH 5 Ob 185/12k = SZ 2012/123; 2 Ob 192/17z = EF-Z 2018, 230 (*Welser*); RIS-Justiz RS0012514; *Kralik*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Das Erbrecht<sup>3</sup> (1983) 127; *Apathy/Neumayr* in KBB, ABGB<sup>5</sup> § 601 Rz 1; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II<sup>4</sup> (2015) Rz 2090; *Eccher*, Erbrecht<sup>6</sup> (2016) Rz 4/37; *Gruber/Sprohar-Heimlich/Scheuba*, Die letztwillige Verfügung, in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup> (2018) Rz 17/53; *Welser*, Erbrecht (2019) 98; *derselbe*, Erbrechtskommentar § 577 Rz 2.

<sup>8)</sup> Die Formfreiheit, die das Bürgerliche Recht weitgehend prägt, folgt aus dem Grundsatz der Privatautonomie (zB *Dullinger* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> [2014] § 883 Rz 1; vgl aus deutscher Perspektive *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts<sup>11</sup> [2016] Rz 44/3). Da gesetzliche Formgebote die Privatautonomie einschränken, sind sie als Ausnahme vom allgemeinen Prinzip der Formfreiheit zu verstehen. Stößt man auf eine Durchbrechung der Formfreiheit, gilt es für die Auslegung den Normzweck präzise zu klären (*P. Bydliński*, Bürgerliches Recht, Allgemeiner Teil<sup>8</sup> [2018] Rz 7/21; zum deutschen Recht *Wolf/Neuner*, AT<sup>11</sup> Rz 44/3). Die strikte Beachtung des Normzwecks kann im Ergebnis sowohl eine extensive als auch eine restriktive Interpretation einer bestimmten Formvorschrift gebieten. Soweit vertreten wird, dass Ausnahmeregelungen generell restriktiv auszulegen seien, ist dem nicht zu folgen (*F. Bydliński*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff<sup>2</sup> [Nachdruck 2011] 440; *Kramer*, Juristische Methodenlehre<sup>6</sup> [2019] 241 ff). Richtigerweise können Formvorschriften uU teleologisch reduziert oder analog angewendet werden (zB das Schriftformerfordernis des § 1346 Abs 2 ABGB auf einen zu Sicherungszwecken erfolgten Schuldbetritt; vgl OGH 4 Ob 205/09i = JBl 2010, 509 [*I. Faber, Lukas*] mit zahlreichen Literaturnachweisen). Dem – gerade offengelegten – methodischen Verständnis entsprechend, orientieren sich die im vorliegenden Beitrag vertretenen Lösungsansätze primär am Gesetzeszweck.

<sup>9)</sup> ErlRV 688 BlgNR XXV. GP 10.

<sup>10)</sup> Vgl *Wendehorst*, Testamentsrecht, in Rabl/Zöchling-Jud, Das neue Erbrecht (2015) 43 (51).

<sup>11)</sup> In diesem Sinne auch *Ch. Rabl*, Neue Rechtsprechung zur Form einer fremdhändigen letztwilligen Verfügung, die aus mehreren Blättern (Bögen) besteht, NZ 2020, 1 („generalpräventiven Charakter“).

<sup>12)</sup> Der Wortlaut des Gesetzes erscheint im gegebenen Kontext nicht wirklich geglückt.

<sup>13)</sup> *Eccher*, Erbrecht<sup>6</sup> Rz 4/37; *Welser*, Erbrecht 118; *Knechtel* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>10.03</sup> (2017) § 601 Rz 2/1.

<sup>14)</sup> Darauf weist *Kogler*, Formvorschriften 3 mit Recht hin.

<sup>15)</sup> *Welser/Zöchling-Jud*, BR II<sup>4</sup> Rz 2093; *Eccher*, Erbrecht<sup>6</sup> Rz 4/38; *Welser*, Erbrecht 118; *derselbe*, Erbrechtskommentar § 601 Rz 1.

<sup>16)</sup> So allgemein *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>15</sup> (2018) Rz 564.

<sup>17)</sup> OGH 3 Ob 91/31 = SZ 13/47; 6 Ob 602/86 = NZ 1988, 39; *Weiß* in Klang, ABGB III<sup>2</sup> (1952) 352 f; *Eccher* in Schwimann/Kodek, ABGB III<sup>4</sup> (2012) § 601 Rz 3; *derselbe*, Erbrecht<sup>6</sup> Rz 4/38; *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform 2015 (2015) 35; differenzierend etwa *Welser*, Erbrecht 118 f; *derselbe*, Erbrechtskommentar § 601 Rz 3.

<sup>18)</sup> *Kralik*, Erbrecht<sup>3</sup> 128 f; *B. Jud*, Der Erbschafts Kauf (1998) 111; A. *Tschugguel* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 601 ABGB Rz 2; *Nemeth* in Schwimann/Kodek, ABGB IV<sup>5</sup> § 601 Rz 4; *Christandl/Dobler*, Das formungültige Testament, JBl 2019, 409 (415 ff).

Nichtigkeit würde den Außerstreitrichter dazu zwingen, eine unangefochtene letztwillige Verfügung, von der er weiß, dass sie mit einem Formmangel behaftet ist, als gültigen Erbrechtstitel zu behandeln.<sup>19)</sup> Das kann mE schwerlich überzeugen. Für die Gegenauffassung sprechen überdies systematische Erwägungen: das ABGB geht bei Formgebrechen im Regelfall von einer absoluten Nichtigkeit aus.<sup>20)</sup> Vertritt man – wie hier – die Meinung, dass die gegenständlichen Formvorschriften öffentliche Interessen zumindest mitverfolgen, deutet auch dieser Umstand auf eine absolute Nichtigkeit von formungültigen letztwilligen Verfügungen hin. Sofern man der hier vorgeschlagenen Sichtweise nicht folgen möchte, sollten zumindest offenkundige Formgebrechen (wie zB das Fehlen der Unterschrift des letztwillig Verfügenden) von Amts wegen wahrgenommen werden.<sup>21)</sup>

Es bleibt im Übrigen selbst dann bei der *Ungültigkeit* der letztwilligen Verfügung, wenn der *Wille* des letztwillig Verfügenden *unzweifelhaft feststeht*.<sup>22)</sup> Einer formungültigen letztwilligen Verfügung kann nach hA<sup>23)</sup> im Rahmen der *Auslegung* einer anderen letztwilligen Verfügung Bedeutung zukommen.

Es ist denkbar, dass sich das *Formgebrechen* nur auf einen *Teil der letztwilligen Verfügung* bezieht.<sup>24)</sup> Als Beispiel hierfür können etwa *nachträgliche Änderungen* oder *Ergänzungen* dienen.<sup>25)</sup> Werden vom letztwillig Verfügenden im Nachhinein Änderungen oder Ergänzungen an seiner letztwilligen Verfügung vorgenommen, müssen nach überzeugender Auffassung<sup>26)</sup> grundsätzlich die je-

weiligen Formvorschriften neuerlich eingehalten werden (dh eigenhändige Änderungen oder Ergänzungen müssen vom letztwillig Verfügenden unterschrieben werden.<sup>27)</sup> während fremdhändige Änderungen oder Ergänzungen der Form des § 579 ABGB bedürfen). *Eigenhändige Streichungen* sollen jedoch nach fast einhelliger Meinung<sup>28)</sup> ohne Unterschrift gültig sein; zur Begründung wird auf § 721 ABGB verwiesen. Gleiches wie für Streichungen müsste zB für den Fall gelten, dass eine oder mehrere Zeilen aus einer letztwilligen Verfügung herausgeschnitten wurden.

In Anbetracht der Tatsache, dass der Gesetzgeber des ErbRÄG 2015 die *Fälschungssicherheit* fremdhändiger letztwilliger Verfügungen erhöhen wollte,<sup>29)</sup> sollte man mE darüber diskutieren, ob *bloße Streichungen*, die der letztwillig Verfügende vornimmt, wirklich für einen *teilweisen* „*stillschweigenden Widerruf*“ ausreichend sind. In Wahrheit dürften sehr viele nachträgliche Streichungen durch den Verfügenden einzig dem Zweck dienen, eine Änderung seines letzten Willens zu bewirken (ausgenommen Korrekturen und Richtigstellungen, die den Inhalt der letztwilligen Verfügung unberührt lassen). Für nachträgliche Änderungen und Ergänzungen ist, wie gesagt, grundsätzlich zu verlangen, dass die entsprechenden Formvorschriften für eigen- oder fremdhändige Verfügungen eingehalten werden.<sup>30)</sup> Dafür spricht, dass die rechtlichen Wirkungen von nachträglichen Veränderungen dieselben wie bei der Neuerrichtung sind. So macht es beispielsweise keinen Unterschied, ob der letztwillig Verfügende einen bestimmten Testamentserben mittels Streichung aus seiner letztwilligen Verfügung tilgt oder diesen in einer späteren letztwilligen Verfügung nicht mehr bedenkt.

Gerade mit Blick auf *nachträgliche eigenhändige Streichungen* sollte bedacht werden, dass es in der Praxis schwierig bis unmöglich sein wird, nach dem Tod des letztwillig Verfügenden verlässlich festzustellen, ob eine eigenhändige Streichung vom Verfügenden selbst oder von einer dazu nicht befugten dritten Person stammt. Das in den Materialien<sup>31)</sup> deutlich und gleich mehrfach zum Ausdruck gebrachte gesetzgeberische Regelungsanliegen, die fremdhändige letztwillige Verfügung fälschungssicherer auszugestalten, würde ganz augenscheinlich dadurch konterkariert, wenn man teilweise Streichungen auch in Zukunft kraft eines nie wirklich begründeten Größenschlusses als *stillschweigenden* (Teil-)Widerruf akzeptiert. Hält man nachträg-

<sup>19)</sup> *Nemeth* in Schwimann/Kodek, ABGB IV<sup>5</sup> § 601 Rz 4. Vgl auch *Sailer* in KBB, ABGB<sup>5</sup> § 800 Rz 7: „Sonst müsste, was dem Gesetz nicht unterstellt werden kann, uU einem durchschauten Urkundenfälscher oder sonst verbrecherisch Handelnden eingantwortet werden“.

<sup>20)</sup> Vgl *Dullinger* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> (2014) § 886 Rz 18; *Riedler* in Schwimann/Kodek, ABGB IV<sup>4</sup> (2014) § 883 Rz 9; *Kalss* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.05</sup> (2019) § 883 Rz 13; ferner *P. Bydlinski*, AT<sup>8</sup> Rz 7/28.

<sup>21)</sup> So zu Recht *Welser*, Erbrechtskommentar § 601 Rz 3.

<sup>22)</sup> OGH 1 Ob 18/74 = SZ 47/18; 5 Ob 185/12k = SZ 2012/123; 2 Ob 106/15z = Zak 2015, 315; 2 Ob 192/17z = EF-Z 2018, 230 (*Welser*); RIS-Justiz RS0012514; *Gruber/Sprohar-Heimlich/Scheuba* in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht<sup>2</sup> Rz 17/53; *Nemeth* in Schwimann/Kodek, ABGB IV<sup>5</sup> § 601 Rz 3; *Welser*, Erbrecht 98; *derselbe*, Erbrechtskommentar § 601 Rz 1.

<sup>23)</sup> OGH 2 Ob 106/15z = Zak 2015, 315; RIS-Justiz RS0012465; *Welser*, Erbrecht 101; *Nemeth* in Schwimann/Kodek, ABGB IV<sup>5</sup> § 601 Rz 3.

<sup>24)</sup> ZB *Welser*, Erbrecht 118.

<sup>25)</sup> Vgl statt aller *Welser/Zöchling-Jud*, BR II<sup>14</sup> Rz 2097, 2105.

<sup>26)</sup> *Eccher*, Erbrecht<sup>6</sup> Rz 4/45; *Gruber/Sprohar-Heimlich/Scheuba* in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht<sup>2</sup> Rz 17/56, 67; vgl auch *Welser*, Erbrecht 108, der bei eigenhändigen Ergänzungen eine neuerliche Unterschrift verlangt (als Beispiel bringt er den nachträglichen Austausch eines Universalerben). Ebenso zum deutschen Recht *Kipp/Coing*, Erbrecht<sup>14</sup> (1990) 188 (entgegen der dortigen hM, die darauf abstellt, ob die nachträgliche Änderung durch die vorhandene Unterschrift „gedeckt“ ist; so zB *Lange*, Erbrecht<sup>2</sup> [2017] Rz 14/28 f).

<sup>27)</sup> Übermäßig streng daher OGH 1 Ob 18/74 = SZ 47/18.

<sup>28)</sup> In diesem Sinne bereits GIU 12.643 und *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II/2 (1924) 437 Fn 7; ferner *Eccher/Niedermayr* in Schwimann/Kodek, ABGB IV<sup>5</sup> § 721 Rz 1; *Knechtel* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup> (2017) § 721 Rz 4; *Welser/Zöchling-Jud*, BR II<sup>14</sup> Rz 2105; *Eccher*, Erbrecht<sup>6</sup> Rz 4/45; *Welser*, Erbrecht 108. AA *Weiß* in Klang, ABGB III<sup>2</sup> 310. Entgegen der hM in Deutschland verlangt *Baumann* in Staudinger, BGB (2018) § 2255 Rz 16 im Falle von Streichungen ebenfalls eine neuerliche Unterschrift.

<sup>29)</sup> ErlRV 688 BlgNR XXV. GP 10.

<sup>30)</sup> Siehe oben Fn 26.

<sup>31)</sup> ErlRV 688 BlgNR XXV. GP 9 f.

liche eigenhändige Streichungen ohne neuerliche Unterschrift für wirksam, müsste man nolens volens in Kauf nehmen, einen (Testaments-)Fälscher auf Ebene der Beweislast zu privilegieren. Nach allgemeinen Prinzipien<sup>32)</sup> ist nämlich derjenige beweispflichtig, der sich auf eine unbefugte Einwirkung auf die letztwillige Verfügung beruft.<sup>33)</sup> Der wahre Testamentserbe würde somit in einen Beweisnotstand gedrängt. § 721 ABGB, der wegen seines immanenten Rechtssicherheitsdefizits ohnehin rechtspolitisch fragwürdig ist, sollte zukünftig restriktiv ausgelegt und auf jene Fälle beschränkt werden, in denen es um die „Zerstörung“ der gesamten letztwilligen Verfügung geht. Entgegen der hM sollte bei nachträglichen eigenhändigen Streichungen, die den Inhalt der letztwilligen Verfügung verändern (wie zB die Streichung eines Miterben oder einer Nacherbschaft), aus Gründen der Fälschungssicherheit eine *neuerliche (eigenhändige) Unterschrift* des letztwillig Verfügenden gefordert werden. Auch für einen eigenhändigen „*Ungültigkeitsvermerk*“ auf einer letztwilligen Verfügung ist eine weitere Unterschrift zu verlangen.<sup>34)</sup>

Es genügt, wenn die neuerliche Unterschrift die eigenhändigen Streichungen „abdeckt“ (zur Beurteilung wird auf die Verkehrsauffassung abzustellen sein). Eine Durchstreichung wäre zB dann von der Unterschrift „gedeckt“, wenn der letztwillig Verfügende unmittelbar neben der eigenhändig vorgenommenen Streichung unterschreibt. Ebenso gut könnte der Verfügende einen handschriftlichen Änderungsvermerk (zB „Änderung vom [Datum]“) auf der Urkunde anbringen und diesen unterschreiben. Diese Vorgangsweise erscheint vor allem dann ratsam, wenn der letztwillig Verfügende umfassendere eigenhändige Streichungen in seiner letztwilligen Verfügung vorgenommen hat.

## B. Wer kann Zeuge sein?

Um Zeuge einer letztwilligen Verfügung sein zu können, müssen einerseits gewisse *persönliche Voraussetzungen* vorliegen (§ 587 ABGB). *Unmündige Minderjährige*, also Personen unter 14 Jahren, sind generell nicht als Zeugen tauglich. Mündige Minderjährige (vgl § 21 Abs 2 ABGB) können nur Zeugen eines Nottestaments sein (§ 587 S 2 ABGB); ansonsten bedarf ein Zeuge der Volljährigkeit (Vollendung des achtzehnten Lebensjahrs). Ausgeschlossen sind ferner Personen, die auf Grund einer *körperlichen oder geistigen Beeinträchtigung* nicht

fähig sind, einen letzten Willen zu bezeugen. Personen, die die *Sprache* des letztwillig Verfügenden *nicht verstehen*, kommen ebenfalls nicht als Zeugen in Betracht.<sup>35)</sup>

Die Zeugenunfähigkeit kann sich andererseits aufgrund einer – unwiderleglich vermuteten<sup>36)</sup> – *Befangenheit* ergeben (§ 588 ABGB); diese muss im Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung vorliegen.<sup>37)</sup> Deshalb ist ein Erbe oder Vermächtnisnehmer für die ihm zugedachte Zuwendung kein fähiger Zeuge. Die Befangenheit erstreckt sich zusätzlich auf bestimmte, im Gesetz taxativ aufgezählte<sup>38)</sup> Personen, die dem Bedachten nahestehen (wie etwa den Ehegatten, den eingetragenen Partner oder Lebensgefährten, die Eltern, die Kinder usw.). Die Befangenheit eines Zeugen führt in der Regel nicht zur Unwirksamkeit der gesamten letztwilligen Verfügung. Vielmehr verliert die letztwillige Verfügung nur in Bezug auf die dem befangenen Zeugen zugedachten Begünstigungen ihre Wirksamkeit (*Teilunwirksamkeit*).<sup>39)</sup>

Der *Verfasser* einer nicht vom letztwillig Verfügenden handschriftlich geschriebenen letztwilligen Verfügung kann *grundsätzlich Zeuge* sein (§ 590 ABGB).<sup>40)</sup> Der Rechtsanwalt, der die fremdhändige Verfügung verfasst hat, wäre daher nicht als Zeuge ausgeschlossen. Er dürfte aber den letzten Willen nicht vorlesen, wenn der letztwillig Verfügende nicht lesen kann. Wurde die letztwillige Verfügung einer Schreibkraft diktiert, wäre nach der neueren Rsp<sup>41)</sup> diese (und nicht etwa der die Erklärung diktierende Rechtsanwalt) vom Vorlesen ausgeschlossen.<sup>42)</sup> Diese Judikatur dürfte in den Materialien zum ErbRÄG 2015 Deckung finden: „Verfasser“ des letzten Willens ist diejenige Person, „*die den Text – eventuell mit technischen Hilfsmitteln – schreibt*“. Wie die historische Auslegung der Bestimmung verdeutlicht, steht beim „Verfassen“ der physische oder technische Vorgang der Texterstellung und nicht die geistige Urheberschaft, der im Text verkörperten Gedanken, im Vordergrund. Fragt man nach dem Normzweck, so ergeben sich jedoch Zweifel an der Auffassung des OGH (sowie jener des historischen Gesetzgebers). § 590 ABGB (entspricht § 581 ABGB aF) soll die Täuschung des letztwillig Verfügenden durch den „Verfasser“ ver-

<sup>35)</sup> Kritisch hinsichtlich des für Zeugen geforderten Sprachverständnisses A. Tschugguel in FS Bittner 714.

<sup>36)</sup> Apathy/Neumayr in KBB, ABGB<sup>5</sup> § 588 Rz 1.

<sup>37)</sup> Vgl nur A. Tschugguel in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> (2017) § 594 ABGB Rz 1.

<sup>38)</sup> Eccher, Erbrecht<sup>6</sup> Rz 4/57.

<sup>39)</sup> Eccher, Erbrecht<sup>6</sup> Rz 4/57; Apathy/Neumayr in KBB, ABGB<sup>5</sup> § 588 Rz 3; Welser, Erbrechtskommentar §§ 587, 588 Rz 11. Vgl bereits Zeiller, Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch II/2 (1812) 489.

<sup>40)</sup> A. Tschugguel in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> (2017) § 579 ABGB Rz 2; Eccher/Nemeth in Schwimann/Kodek, ABGB IV<sup>5</sup> § 579 Rz 6.

<sup>41)</sup> OGH 6 Ob 694/87 = NZ 1989, 68; anders offenbar noch OGH 5 Ob 57/65 (soweit ersichtlich unveröffentlicht).

<sup>42)</sup> Die neuere Judikatur wurde von der Lehre zum größten Teil ohne inhaltliche Kritik rezipiert (vgl etwa Welser in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> [2014] § 581 Rz 4; Knechtel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> [2014] § 581 Rz 3).

<sup>32)</sup> Vgl dazu allgemein Rechberger in Fasching/Konecny, ZPG III/1<sup>3</sup> (2017) Vor § 266 ZPO Rz 32; siehe ferner RIS-Justiz RS0037797; RS0106638.

<sup>33)</sup> Vgl Eccher, Erbrecht<sup>6</sup> Rz 4/71; Eccher/Niedermayr in Schwimann/Kodek, ABGB IV<sup>5</sup> § 722 Rz 1; ebenso zuletzt OGH 2 Ob 143/19x; 2 Ob 145/19s. Im Ergebnis ebenso für das deutsche Recht: Baumann in Staudinger, BGB § 2255 Rz 32.

<sup>34)</sup> Ebenso Weiß in Klang, ABGB III<sup>2</sup> 722 und wohl auch Gschnitzer, Österreichisches Erbrecht<sup>2</sup> (1983) 45; aA Kralik, Erbrecht<sup>3</sup> 151; ihm folgend Apathy/Musger in KBB, ABGB<sup>5</sup> §§ 721–722 Rz 1; ferner Knechtel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 721 Rz 3; Welser, Erbrechtskommentar §§ 721, 722 Rz 3.

hindern. Dass die Judikatur diesem Zweck nicht gerecht wird, hat A. Tschugguel<sup>43)</sup> bereits überzeugend nachgewiesen. Wenn die Schreibung zugleich als Zeugin fungiert, kann auch derjenige, der den Text diktiert hat und diesen vorliest, den letztwillig Verfügenden täuschen.

### C. Wann, wie und wo genau hat die Unterschrift der Zeugen zu erfolgen?

Im (praktischen) Regelfall werden die drei gleichzeitig anwesenden Zeugen erst unterschreiben, nachdem der letztwillig Verfügende selbst eigenhändig unterschrieben und seine letztwillige Verfügung mit dem eigenhändigen Zusatz versehen hat, dass die Urkunde seinen letzten Willen enthält. Aus dem Wortlaut von § 579 Abs 1 ABGB geht allerdings nicht eindeutig hervor, wann genau die Zeugen unterschreiben müssen; gleiches gilt für die Materialien.<sup>44)</sup> Es wäre also grundsätzlich denkbar, dass die Zeugen zeitlich vor oder nach dem letztwillig Verfügenden unterschreiben. Ein beachtlicher Teil der Literatur<sup>45)</sup> geht freilich davon aus, dass die Unterschrift der Zeugen unmittelbar auf jene des letztwillig Verfügenden folgen müsse (vermutlich einschließlich der schriftlichen Bekräftigung des letzten Willens). Kogler<sup>46)</sup> und Welser<sup>47)</sup> gehen demgegenüber zu Recht davon aus, dass es im Hinblick auf die Formgültigkeit der letztwilligen Verfügung gleichgültig ist, ob der letztwillig Verfügende zuerst unterschreibt oder die Zeugen.<sup>48)</sup> Die Zeugen sollen die Echtheit der letztwilligen Verfügung bestätigen.<sup>49)</sup> Dafür reicht es aus, dass der letztwillig Verfügende und die Zeugen beim Testierakt ohne Unterbrechung gleichzeitig anwesend sind. Der Gesetzgeber des ErbRÄG 2015 wollte mit der Neuregelung des § 579 ABGB unter anderem die *Einheit des Testierakts* sicherstellen (und damit die bisherige Rechtslage verschärfen, um

Missbrauch vorzubeugen). In welcher exakten *zeitlichen Reihenfolge* die Formgebote des § 579 ABGB erfüllt werden, dürfte für den Gesetzgeber nicht entscheidend gewesen sein. Für diese Sichtweise spricht, dass den ersuchten Zeugen üblicherweise zu jedem Zeitpunkt klar sein wird, dass sie beigezogen wurden, um mit ihrer Unterschrift die Echtheit einer letztwilligen Verfügung zu bestätigen. Die von A. Tschugguel<sup>50)</sup> ins Treffen geführte Gefahr, dass die Zeugen glauben könnten, irgendeinen Aufsatz zu unterschreiben und nicht eine letztwillige Verfügung, erscheint mE nicht besonders praxisnah.<sup>51)</sup> Das mit dem ErbRÄG 2015 neu eingeführte Erfordernis, dass die Zeugen auf der Urkunde mit einem auf ihre Eigenschaft als Zeugen hinweisenden, eigenhändig geschriebenen Zusatz unterschreiben müssen, dürfte dabei helfen, dieser Gefahr zusätzlich entgegenzuwirken (insbesondere wenn sie „als Testamentszeugen“ unterschreiben).

Wenn zunächst alle Zeugen in der Erwartung unterschreiben, dass der gleichzeitig anwesende letztwillig Verfügende sogleich unterschreibt und seinen letzten Willen bekräftigt, so sollte dies nicht die Formungültigkeit der letztwilligen Verfügung nach sich ziehen. Nach der hier vertretenen Auffassung können der letztwillig Verfügende und die Zeugen *in beliebiger Reihenfolge* unterschreiben. Der Zeuge A könnte also vor dem Zeugen B, dem letztwillig Verfügenden und dem Zeugen C unterschreiben und der letztwillig Verfügende zum Abschluss des Testierakts die „schriftliche nuncupatio“ hinzufügen. Wesentlich ist nur, dass sämtliche Beteiligten während des gesamten Testierakts gleichzeitig und ohne Unterbrechung anwesend sind.

In „räumlicher“ Hinsicht verlangt das Gesetz, dass der *letztwillig Verfügende* am Schluss der fremdhändigen Niederschrift seines letzten Willens unterschreibt.<sup>52)</sup> Die Unterschrift muss den Text „abschließen“ bzw. „abdecken“. <sup>53)</sup> Die *Zeugen* unterschreiben in der Praxis typischerweise in unmittelbarer räumlicher Nähe unter der Unterschrift des letztwillig Verfügenden. Aus § 579 Abs 2 ABGB ergibt sich dies nicht zwingend. Nach dem Wortlaut der Bestimmung ist bloß erforderlich, dass die Zeugen auf der „Urkunde“ unterschreiben, die den letzten Willen enthält. Nach der hA<sup>54)</sup> zum bisherigen Recht konnte die letztwillige Verfügung von den Zeugen an jeder Stelle auf der Urkunde (nicht aber auf einem Umschlag) unterschrieben werden. Dies dürfte – mangels eines erkennbaren Änderungswillens des Gesetzgebers – nach dem ErbRÄG 2015

<sup>43)</sup> In Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> (2017) §§ 580, 581 ABGB Rz 9.

<sup>44)</sup> Vgl ErlRV 688 BlgNR XXV. GP 9: „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“. Es wird also auch in den Materialien nur das Erfordernis der gleichzeitigen Anwesenheit betont, aber nichts zur Frage gesagt, wer zuerst unterschreiben muss.

<sup>45)</sup> Apathy/Neumayr in KBB, ABGB<sup>5</sup> § 579 Rz 3; A. Tschugguel in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 579 ABGB Rz 12 iVm Rz 22; Eccher/Nemeth in Schwimann/Kodek, ABGB IV<sup>5</sup> § 579 Rz 6.

<sup>46)</sup> Formvorschriften 8 f.

<sup>47)</sup> Erbrecht 104.

<sup>48)</sup> Dies entspricht der hA zur Rechtslage vor dem ErbRÄG 2015 (vgl OGH 8 Ob 88/70 = SZ 43/74; Kralik, Erbrecht<sup>3</sup> 135; Knechtel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> [2014] § 579 Rz 2; Welser in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> [2014] § 579 Rz 1, 3; aA Weiß in Klang, ABGB III<sup>2</sup> 310, 314 und diesem folgend A. Tschugguel in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 579 ABGB Rz 12).

<sup>49)</sup> OGH 2 Ob 192/17z = EF-Z 2018, 230 (Welser); Zeiller, Kommentar II/2 456; Weiß in Klang, ABGB III<sup>2</sup> 313; Gruber/Sprohar-Heimlich/Scheuba in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht<sup>2</sup> Rz 17/66; Eccher/Nemeth in Schwimann/Kodek, ABGB IV<sup>5</sup> § 579 Rz 6; vgl auch Welser, Erbrecht 107.

<sup>50)</sup> In Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 579 ABGB Rz 12 iVm Rz 22.

<sup>51)</sup> Vgl ErlRV 688 BlgNR XXV. GP 10.

<sup>52)</sup> Eccher, Erbrecht<sup>6</sup> Rz 4/43 f; Welser, Erbrecht 100.

<sup>53)</sup> Kralik, Erbrecht<sup>3</sup> 132; Welser/Zöchling-Jud, BR II<sup>14</sup> Rz 2098; A. Tschugguel in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> [2017] § 578 ABGB Rz 12; Eccher, Erbrecht<sup>6</sup> Rz 4/43 f; Welser, Erbrecht 100.

<sup>54)</sup> OGH 2 Ob 192/17z = EF-Z 2018, 230 (Welser); Zeiller, Kommentar II/2, 457; Knechtel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 579 Rz 10; A. Tschugguel in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 579 ABGB Rz 11.

weiterhin gelten.<sup>55)</sup> Zur Frage, wie die Urkunde, die den letzten Willen enthält, beschaffen sein muss, siehe gleich unten unter Punkt D.

Mit „*eigenhändig*“ meint das Gesetz im Allgemeinen, dass der letztwillig Verfügende *handschriftlich unterschreibt*.<sup>56)</sup> Die Unterschrift muss nicht leserlich sein.<sup>57)</sup> Es reicht vielmehr aus, wenn der letztwillig Verfügende verlässlich identifiziert werden kann.<sup>58)</sup>

Gemäß § 579 Abs 2 ABGB muss die „*Identität der Zeugen*“ aus der Urkunde hervorgehen. Diese Bestimmung soll nach Ansicht des Gesetzgebers<sup>59)</sup> dazu dienen, „*die Zeugen identifizierbar und damit ihre Eignung überprüfbar zu machen*“.<sup>60)</sup> Um die vom Gesetz geforderte Identifizierbarkeit zu gewährleisten, sollen – so die Materialien – aus der letztwilligen Verfügung „*insbesondere [der] Vor- und Familienname sowie das Geburtsdatum oder die (Berufs-)Adresse*“ der Zeugen hervorgehen. In der Literatur<sup>61)</sup> wurde zu Recht bemängelt, dass § 579 Abs 2 ABGB keine derart detaillierten Angaben über die Zeugen verlangt. Tatsächlich sollte es genügen, wenn die Angaben zur Identität der Zeugen insgesamt dazu ausreichen, diese bei Bedarf ausfindig zu machen.<sup>62)</sup> Geht die Identität der Zeugen nicht aus der Urkunde hervor, weil diese anhand der Angaben nicht auffindbar sind, ist die letztwillige Verfügung formungültig.<sup>63)</sup>

#### D. Wie muss die „Urkunde“, die den letzten Willen enthält, beschaffen sein?

In einer aktuellen, von Praxis wie Lehre vielbeachteten Entscheidung<sup>64)</sup> hatte der OGH darüber zu entscheiden, ob ein fremdhändiges Testament

formgültig ist, wenn die Testamentszeugen *nicht auf dem Blatt* mit dem Text der letztwilligen Verfügung *unterschrieben* haben. Der OGH ist zum Ergebnis gelangt, dass die Anbringung der Zeugenunterschriften auf einem zusätzlichen *losen und leeren Blatt* nicht ausreicht, um die Testamentsform einzuhalten.<sup>65)</sup> Die Begründung ist sehr ausführlich und mE größtenteils nachvollziehbar. Da die Zeugen im konkret vom OGH zu beurteilenden Fall nicht „*auf der Urkunde selbst*“ unterschrieben hätten, war das Testament nicht formgültig. Wenn § 579 ABGB von einer „Urkunde“ spricht, sei damit die „*Testamentsurkunde als Träger des letzten Willens des Erblassers*“ – oder einfacher ausgedrückt – der „*Text des Testaments*“ gemeint. Im vorliegenden Fall, in dem sich der Text des Testaments auf einem einzigen Blatt Papier befindet, hätten die Zeugen auf diesem Blatt Papier, also der „Urkunde“, unterschreiben müssen.

Bei diesen Ausführungen lässt es der 2. Senat<sup>66)</sup> freilich noch nicht bewenden. In einem obiter dictum beschäftigt er sich detailliert mit dem Fall, dass *für die Unterschriften der Zeugen kein Platz mehr bleibt*, etwa weil das Blatt (die Blätter) mit dem Text der letztwilligen Verfügung auf beiden Seiten vollgeschrieben ist (sind). Unter diesen Umständen bliebe als Lösung nur die Unterschrift auf einem zusätzlichen Blatt. Um das in § 579 ABGB – im Gegensatz zu § 578 ABGB – ausdrücklich erwähnte Tatbestandskriterium einer „Urkunde“ zu erfüllen, müsse das Unterschriftenblatt „*eine Willensäußerung des Testators enthalten*“. Damit würde die „Urkunde“ entsprechend erweitert und es läge dann eine fremdhändige letztwillige Verfügung vor, die aus *mehreren losen Blättern* besteht. Alternativ „*könnte*“ nach Ansicht des 2. Senats ein vom Verfügenden unterfertigter „*Vermerk auf dem zusätzlichen Blatt mit Bezugnahme auf [die] letztwillige Verfügung ausreichend sein*“ (an dieser Stelle nimmt der 2. Senat auf eine Entscheidung des 5. Senats<sup>67)</sup> Bezug). Wie genau ein solcher „*Vermerk*“ auf dem Unterschriftenblatt beschaffen sein muss und ob dieser zwingend eine Willensäußerung des letztwillig Verfügenden zu enthalten hat, geht aus der Entscheidung nicht eindeutig hervor.<sup>68)</sup> Der

<sup>55)</sup> Strenger allerdings *Welser*, Erbrechtskommentar § 579 Rz 10, der verlangt, dass die Zeugenunterschriften den Text in (verkehrs-)üblicher Weise „*abdecken*“. Nach *Apathy/Neumayr* (in KBB, ABGB<sup>5</sup> § 579 Rz 3) muss die Unterschrift der Zeugen „*unmittelbar auf die Erklärung des letztwillig Verfügenden*“ folgen.

<sup>56)</sup> ZB *Eccher/Nemeth* in Schwimann/Kodek, ABGB IV<sup>5</sup> § 579 Rz 5.

<sup>57)</sup> *Welser*, Erbrecht 100.

<sup>58)</sup> *Eccher*, Erbrecht<sup>6</sup> Rz 4/43; *Welser*, Erbrecht 101; zurückhaltender offenbar *Weiß* in Klang, ABGB III<sup>2</sup> 306 f.

<sup>59)</sup> ErlRV 688 BlgNR XXV. GP 9 f.

<sup>60)</sup> *Welser* (Erbrecht 107) bemängelt mE zu Unrecht, dass nicht klar sei, inwiefern die vom Gesetzgeber verlangten Angaben zur Identität der Zeugen überhaupt dazu geeignet seien, deren Eignung überprüfbar zu machen. Der Gesetzgeber dürfte wohl die §§ 587 f ABGB im Blick gehabt haben, wenn er in den Materialien davon spricht, dass aus der letztwilligen Verfügung auch deshalb die Identität der Zeugen hervorgehen müsse, um ihre Eignung überprüfbar zu machen. So wäre etwa die Angabe des Geburtsdatums zweifellos dazu geeignet, die Befolgung der in § 587 ABGB festgelegten Altersgrenze für Zeugen überprüfbar zu machen.

<sup>61)</sup> Vgl *Wendehorst* in Rabl/Zöchling-Jud, Erbrecht 52; *Kogler*, Formvorschriften 8; *Welser*, Erbrecht 107; *derselbe*, Erbrechtskommentar § 579 Rz 11.

<sup>62)</sup> *A. Tschugguel* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 579 ABGB Rz 25; *Welser*, Erbrecht 107; *derselbe*, Erbrechtskommentar § 579 Rz 11 f.

<sup>63)</sup> *Welser*, Erbrechtskommentar § 579 Rz 12.

<sup>64)</sup> OGH 2 Ob 192/17z = EF-Z 2018, 230 (*Welser*).

<sup>65)</sup> Dies müsste selbst dann gelten, wenn nur ein Zeuge auf dem zusätzlichen losen und leeren Blatt unterschrieben hätte. Vgl *Ch. Rabl/A. Tschugguel/Welser*, Formunwirksamkeit des Testaments, weil die Zeugen auf einem gesonderten Blatt unterschrieben haben, NZ 2018, 321 (322).

<sup>66)</sup> OGH 2 Ob 192/17z = EF-Z 2018, 230 (*Welser*).

<sup>67)</sup> OGH 5 Ob 52/04i = EFSlg 108.028.

<sup>68)</sup> Ebenso wohl *Welser* in *Ch. Rabl/A. Tschugguel/Welser*, NZ 2018, 323. *Webhofer*, Die Zeugenunterschriften auf einer letztwilligen Verfügung, Zak 2019, 127 (128), verlangt allerdings, dass auf dem letzten losen Blatt mit den Unterschriften „*ein Teil des Textes*“ stehen muss. Dieser könne auch in der Kopf- oder Fußzeile stehen. Im Ergebnis dürfte *Webhofer* eine „*Willensäußerung*“ des letztwillig Verfügenden auf dem Unterschriftenblatt nicht für erforderlich halten. Zu 2 Ob 143/19x scheint der OGH allerdings ebenfalls eine auf den „*Inhalt Bezug nehmende Willensäußerung des Erblassers*“ zu verlangen. Das letzte Wort dürfte in dieser Frage mE noch nicht gesprochen sein, weil der OGH bislang noch nicht explizit mit der Gestaltung

in Klammern gesetzte Hinweis auf die Vorjudikatur deutet eher darauf hin, dass es irgendeiner Willensäußerung des letztwillig Verfügenden bedarf. Der 5. Senat hält in der vom 2. Senat zitierten Entscheidung eine eigenhändige Anordnung in Bezug auf zwei Vermächtnisnehmer<sup>69)</sup> samt eigenhändiger Unterschrift der Vermächtnisgeberin auf einem verschlossenen Kuvert für ausreichend, um zwischen dem innenliegenden Blatt mit dem Text des Vermächtnisses einerseits und dem Vermerk sowie der Unterschrift andererseits einen inneren Zusammenhang zu bejahen, der die Gültigkeit der letztwilligen Verfügung bewirkt. Der Umschlag sei unter diesen Umständen als Teil der Gesamturkunde zu betrachten.

Erst unlängst hat sich der OGH in zwei am selben Tag gefassten, sehr ausführlich begründeten Beschlüssen<sup>70)</sup> neuerlich mit dem „inneren“ *Urkundenzusammenhang* befasst; darin knüpft der 2. Senat – wie zu erwarten war – ausdrücklich an seine Vorjudikatur zur Rechtslage vor dem ErbRÄG 2015 an. Die beiden nunmehr vorliegenden Beschlüsse beziehen sich bereits auf das geltende Recht und enthalten, in weiten Teilen deckungsgleich, *wesentliche Klarstellungen* zum Urkundenbegriff des § 579 ABGB.

So wird wiederholt, dass die Herstellung eines ausreichenden inhaltlichen Zusammenhangs zwischen mehreren losen Blättern entweder durch die „*Fortsetzung des Textes*“ oder – alternativ – durch einen vom Testator unterfertigten *Vermerk* mit Bezugnahme auf die letztwillige Verfügung möglich ist. Die geforderte Bezugnahme müsse „*inhaltlicher Natur*“ sein, „das heißt es muss erkennbar sein, auf welche inhaltliche Anordnung sich der Vermerk bezieht“.<sup>71)</sup>

Was der OGH damit konkret meint, wird zumindest etwas klarer, wenn man den jeweils zu beurteilenden Sachverhalt in die Betrachtung miteinbezieht. Im ersten Fall<sup>72)</sup> bestand die letztwillige Verfügung aus zwei losen Blättern. In der Fußzeile fanden sich Seitenzahlen („Seite 1 von 3“ usw). 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 schriftliche nuncupatio mit den Worten „Das ist mein letzter Wille“ sowie die Unterschriften des Erblassers und der drei Zeugen. Die Anführung des Orts und des Datums und der schriftliche Bekräftigungszusatz stellen, so der 2. Senat, keinen inhaltlichen Zusammenhang zum ersten Blatt mit dem Text der

letztwilligen Verfügung her. Daran ist mE nicht zu zweifeln. Zu Recht wird auch die Nummerierung der Seiten in der Fußzeile nicht für hinreichend gehalten (dazu noch gleich unten). Auch im zweiten Fall<sup>73)</sup> hatte es der 2. Senat mit einer aus zwei Blättern bestehenden letztwilligen Verfügung zu tun. Auf dem ersten Blatt befanden sich vorder- und rückseitig der Text, der Ort und das Datum sowie die schriftliche nuncupatio. Ganz oben auf dem zweiten Blatt befand sich die Unterschrift des letztwillig Verfügenden. Darunter war ein Vordruck angebracht. Darin bestätigten die Zeugen jeweils, dass der letztwillig Verfügende in ihrer gleichzeitigen und ununterbrochenen Anwesenheit „den vorstehenden Zusatz geschrieben und die letztwillige Verfügung eigenhändig unterschrieben hat“. Unterhalb dieser Bestätigung befanden sich die Unterschriften der drei Zeugen (samt Zusatz). Der 2. Senat bemängelt mit Recht, dass die vorgedruckte Bestätigung keinen inhaltlichen Bezug zum Text der letztwilligen Verfügung auf dem ersten Blatt herstellt.<sup>74)</sup>

ME sollte eine *eindeutige Bezugnahme* auf die übrigen Blätter (mit dem Text der letztwilligen Verfügung, dem eigenhändigen Bekräftigungszusatz sowie der eigenhändigen Unterschrift des letztwillig Verfügenden) *mittels* eines entsprechenden *Vermerks* genügen, um einen für die „Urkundeneinheit“ hinreichenden inhaltlichen Zusammenhang herzustellen (bspw: „Unterschriftenblatt für Zeugen über die Echtheit der letztwilligen Verfügung von [Vorname] [Nachname], errichtet am [Datum]“). Ungewiss ist derzeit freilich (trotz formelhafter Wiederholung des aus der Entscheidung 2 Ob 192/17z übernommenen Leitsatzes), ob ein solcher Vermerk auf einem zusätzlichen losen Blatt für die Zeugenunterschriften vom letztwillig Verfügenden unbedingt unterzeichnet werden muss oder ob dieser für sich genommen ausreicht, um die Formgültigkeit zu gewährleisten (was mE weit überzeugender wäre, weil auch eine kurze Fortsetzung des Texts der letztwilligen Verfügung auf ei-

<sup>73)</sup> OGH 2 Ob 145/19s.

<sup>74)</sup> Da sich oberhalb der Unterschrift des letztwillig Verfügenden kein Text befand, habe die Unterschrift des letztwillig Verfügenden nach Ansicht des 2. Senats ihre „*Abschlussfunktion*“ nicht erfüllt. Abgesehen vom fehlenden inhaltlichen Zusammenhang, müsste damit noch ein weiterer Formmangel vorliegen, der zur Ungültigkeit (§ 601 ABGB) der letztwilligen Verfügung führt. Die Rechtsfolgen der – vermeintlichen – Verletzung der „*Abschlussfunktion*“ blieben vermutlich deshalb unerörtert, weil die in Frage stehende fremdhändige Verfügung ohnehin formungültig war. Sollte allerdings sowohl die Vorder- als auch die Rückseite des ersten Blattes der letztwilligen Verfügung vollgeschrieben gewesen sein, was in der Sache zwar durchaus naheliegt, aber nicht mit letzter Gewissheit aus der Entscheidung hervorgeht, bestehen mE ernste Bedenken gegen die vom 2. Senat vertretene Meinung. Nach der Verkehrsauffassung dürfte nämlich eine Unterschrift ganz oben auf der nächstfolgenden Seite den Text sehr wohl „abdecken“ und „abschließen“ (ansonsten würde wohl auch die Unterschrift auf der Rückseite eines Blattes den auf der gesamten vorigen Seite geschriebenen Text nicht „abdecken“, weil oberhalb der Unterschrift ebenfalls kein Text steht).

von „Bezugnahmevermerken“ konfrontiert war. Es bleibt jedenfalls zu hoffen, dass der OGH bei nächster Gelegenheit Stellung bezieht und klärt, wie genau ein „Bezugnahmevermerk“ ausgestaltet sein muss, um die gesetzliche Form zu wahren. Ein konkreter Vorschlag, der nach hier vertretener Auffassung auslangen sollte, findet sich weiter unten im Fließtext.

<sup>69)</sup> „*Sollte mit* [Name der Vorlegatarin] *etwas sein, ist* [Name der Nachlegatarin] *berechtigt, das* [Sparbuch-] *Buch zu erhalten.*“

<sup>70)</sup> OGH 2 Ob 143/19x; 2 Ob 145/19s.

<sup>71)</sup> Diese Präzisierung findet sich übereinstimmend in beiden Beschlüssen.

<sup>72)</sup> OGH 2 Ob 143/19x.

nem zusätzlichen Blatt die Form wahr; siehe dazu allgemein noch unten). Aus Sicht der Praxis wird man dringend dazu raten müssen, den „Bezugnahmevermerk“ vom letztwillig Verfügenden unterfertigen zu lassen, weil der 2. Senat – wie gesagt – das Unterschriftserfordernis in seiner neueren Judikatur beibehalten hat.<sup>75)</sup>

In der Entscheidung 2 Ob 192/17z<sup>76)</sup> betrachtet der 2. Senat den *fehlenden Raum* für die Unterschriften vermutlich als *Grundvoraussetzung* dafür, dass die Zeugen auf einem *zusätzlichen losen Blatt* unterschreiben dürfen (was entsprechend für die Unterschrift des letztwillig Verfügenden gelten müsste). Eine solche Formstrenge wäre aber mE nicht angebracht, soweit es um die Zeugenunterschriften geht.<sup>77)</sup> Enthält das zusätzliche lose Blatt für die Unterschriften der Zeugen eine eindeutige Bezugnahme auf die übrigen Blätter der letztwilligen Verfügung, reicht dies für die Formgültigkeit grundsätzlich aus (siehe oben). Indem der letztwillig Verfügende die Zeugen auf einem zusätzlichen Blatt unterschreiben lässt, stellt er sicher, dass die Zeugen den Inhalt der letztwilligen Verfügung unmöglich zur Kenntnis nehmen können.<sup>78)</sup> Da das Gesetz ausdrücklich nicht verlangt, dass die Zeugen den Inhalt der letztwilligen Verfügung kennen müssen (vgl § 579 Abs 2 S 2 ABGB), ist diese Vorgangsweise legitim. Zuletzt hat der 2. Senat<sup>79)</sup> die Frage, ob die letztwillige Verfügung zwingend beidseitig „vollgeschrieben“ sein muss, nicht mehr erwähnt. Das könnte darauf hinweisen, dass die, in der Vorjudikatur angedeutete, strenge Linie nicht weiterverfolgt wird.

Eine *Nummerierung* der Blätter einer letztwilligen Verfügung ist in der Praxis ohne Zweifel empfehlenswert.<sup>80)</sup> Fraglich erscheint allerdings, ob das „Durchnummerieren“ *sämtlicher Blätter* (einschließlich des zusätzlichen losen und leeren Blattes mit den Unterschriften der Zeugen) zur Wahrung der gesetzlichen Form ausreicht, wenn auf den vorigen Blättern *Raum für die erforderlichen Unterschriften* gewesen wäre. In Anbetracht der Formstrenge der bisherigen Rsp ist dies äußerst zweifelhaft. Selbst wenn alle vorigen Blätter der letztwilligen Verfügung beidseitig „vollgeschrieben“ wären, dürfte die Nummerierung eines zusätzlichen losen Blattes für die Unterschriften nicht den strengen Formanforderungen der Judikatur genügen: vor allem deshalb nicht, weil der 2. Senat<sup>81)</sup> bei mehreren losen Blättern ausschließlich (!) auf einen *inhaltlichen Zusammenhang* abstellt. Spätes-

tens seit der Entscheidung 2 Ob 143/19x dürfte Klarheit darüber herrschen, dass eine Seitenummerierung (im konkreten Anlassfall: in der Fußzeile) nicht ausreicht, um eine „innere Urkundeneinheit“ zu begründen, weil sich durch diese kein inhaltlicher Bezug zum Text der letztwilligen Verfügung ergibt. Wenn ein zusätzliches Unterschriftenblatt für Zeugen verwendet werden soll, bedarf es nach der hier vertretenen Auffassung einer *eindeutigen Bezugnahme* auf den Rest der letztwilligen Verfügung (siehe bereits oben). Ein fortlaufend nummeriertes Blatt mit den Zeugenunterschriften könnte praktisch beliebig ausgetauscht und irgendeiner anderen letztwilligen Verfügung zugeordnet werden. Dies verdeutlicht, dass allein die fortlaufende Nummerierung nicht dazu geeignet ist, den von der Rsp geforderten (engen) inhaltlichen Konnex zwischen einem zusätzlichen losen Unterschriftenblatt und den restlichen Blättern der letztwilligen Verfügung herzustellen.

Abgesehen von den oben behandelten Fällen, in denen es um ein *zusätzliches loses und leeres Blatt für Unterschriften* geht, sollte mit der bisherigen hA<sup>82)</sup> zum eigenhändigen Testament auch bei der fremdhändigen Verfügung ein *inhaltlicher Zusammenhang* zwischen den einzelnen Blättern der letztwilligen Verfügung ausreichen, um vom Vorhandensein einer einheitlichen „Urkunde“ ausgehen zu können. Ein ausreichend enger inhaltlicher Zusammenhang liegt bei einem *fortlaufenden Text* vor.<sup>83)</sup> Die Blätter müssen dann weder miteinander verbunden sein noch bedarf es einer Unterschrift auf jedem Blatt (dazu noch später unten). Das damit einhergehende Maß an Rechtsunsicherheit nimmt das Gesetz in Kauf. Der Gesetzgeber hätte im Zuge der Erbrechtsreform die Möglichkeit gehabt, die (letztwilligen) Verfügungsmöglichkeiten stärker einzuschränken und hat sich bewusst dagegen entschieden.

Entgegen *Ch. Rabl*<sup>84)</sup> ist es mE nicht zu beanstanden, dass der OGH bei der fremdhändigen letztwilligen Verfügung an die hA zum Urkundenbegriff beim eigenhändigen Testament anknüpft.<sup>85)</sup> Die Rsp dürfte das Erfordernis eines fortlaufenden Textes wohl auf die Willenserklärung des letztwillig Verfügenden beziehen. Daher ist der 2. Senat zu 2 Ob 143/19x zum (mE richtigen) Ergebnis gelangt, dass die Angabe des Orts und des Datums den Text der letztwilligen Verfügung nicht inhaltlich fortsetzt (ebenso wenig der schriftliche Bekräftigungszusatz, mit dem zwar ein gesetzliches Formerfordernis erfüllt wird, aber keine inhaltliche Anknüp-

<sup>75)</sup> OGH 2 Ob 143/19x; 2 Ob 145/19s.

<sup>76)</sup> EF-Z 2018, 230 (Welser).

<sup>77)</sup> Die Unterschrift des letztwillig Verfügenden muss mE – wenn ein entsprechender Raum dafür zur Verfügung steht – den Text der letztwilligen Verfügung „abschließen“, um diesen vor gefälschten Ergänzungen zu sichern.

<sup>78)</sup> Zum möglichen Geheimhaltungsinteresse des letztwillig Verfügenden schon Zeiller, Kommentar II/2, 457.

<sup>79)</sup> OGH 2 Ob 143/19x; 2 Ob 145/19s.

<sup>80)</sup> Vgl Kralik, Erbrecht<sup>3</sup> 132; Eccher/Nemeth in Schwimann/Kodek, ABGB IV<sup>3</sup> § 578 Rz 5; A. Tschugguel in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 578 ABGB Rz 13.

<sup>81)</sup> OGH 2 Ob 192/17z = EF-Z 2018, 230 (Welser); dies bestätigend OGH 2 Ob 143/19x; 2 Ob 145/19s.

<sup>82)</sup> OGH 4 Ob 29/04z = EvBl 2004/163; RIS-Justiz RS0018303; Knechtel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> (2014) § 578 Rz 12; A. Tschugguel in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 578 ABGB Rz 13. Zum fremdhändigen Testament: OGH 2 Ob 192/17z = EF-Z 2018, 230 (Welser); vgl ferner Eccher, Erbrecht<sup>3</sup> Rz 4/43; Welser, Erbrecht 100, 103.

<sup>83)</sup> Vgl OGH 5 Ob 1571/94 = EFSIlg 75.297; A. Tschugguel in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 578 Rz 13; Umlauft, EF-Z 2019, 247.

<sup>84)</sup> NZ 2020, 5 f.

<sup>85)</sup> Vgl die Nachweise zum vorigen Absatz.

fung hergestellt wird). Soweit Kritik daran geübt wird, dass nicht wirklich klar ist, wann der Text der letztwilligen Verfügung als „fortgesetzt“ anzusehen ist und wann nicht, ist diese mE berechtigt.<sup>86)</sup>

Das mit der Reform der fremdhändigen letztwilligen Verfügung durch das ErbRÄG 2015 vom Gesetzgeber primär verfolgte Regelungsanliegen, die Fälschungssicherheit zu erhöhen, spricht mE nicht entscheidend gegen die nunmehr bestätigte Auffassung des 2. Senats, wonach für die Herstellung eines inhaltlichen Zusammenhangs zwischen mehreren losen Blättern einer fremdhändigen letztwilligen Verfügung auch die „Fortsetzung des Textes“ ausreichend ist. Es lässt sich zwar nicht bestreiten, dass dadurch bei maschinell hergestellten Niederschriften eine gewisse Gefahr der Unterschiebung eines fremden Texts entsteht.<sup>87)</sup> Da § 579 ABGB jedoch nicht nur maschinell hergestellte, sondern auch von Dritten handschriftlich verfasste Niederschriften erfasst<sup>88)</sup>, trifft die von *Ch. Rabl* vorgetragene Kritik nur einen Teil der Fälle. Was die „Fortsetzung des Textes“ anbelangt, besteht zwischen einer eigenhändigen Verfügung iS des § 578 ABGB und einer von einem Dritten handschriftlich verfassten fremdhändigen Verfügung im Hinblick auf die Fälschungssicherheit kein Unterschied. Die Ausgangslage ist vielmehr vollkommen ident. Möchte man bei der Auslegung des Urkundenbegriffs in § 579 ABGB nicht danach differenzieren, ob der Text der fremdhändigen letztwilligen Verfügung von Hand oder maschinell hergestellt wurde, wird man schwer umhinkommen, der Ansicht des 2. Senats zu folgen.

Ein für das Vorliegen einer „Urkunde“ ausreichender *Zusammenhang* kann nach der hL<sup>89)</sup> grundsätzlich<sup>90)</sup> auch<sup>91)</sup> „räumlich“ durch das *Heften*<sup>92)</sup>, *Kleben*, *Binden etc* einer aus mehreren Blät-

tern bestehenden letztwilligen Verfügung hergestellt werden.<sup>93)</sup> In diesem Fall liegt a priori keine fremdhändige letztwillige Verfügung vor, die aus mehreren losen Blättern besteht. Die strengen Vorgaben hinsichtlich der erforderlichen „inneren“ Verknüpfung zwischen dem zusätzlichen losen Blatt für die Unterschriften der Zeugen und dem Rest der letztwilligen Verfügung, die der 2. Senat<sup>94)</sup> aufgestellt hat, gelten bei „äußerer“ Verbindung nicht. Allerdings muss nach richtiger Ansicht die „räumliche“ Verbindung der Blätter im Zeitpunkt der Unterschriftsleistung der Zeugen (einschließlich des Zusatzes gemäß § 579 Abs 2 ABGB) bereits bestanden haben.<sup>95)</sup> Der OGH nimmt demgegenüber in seiner jüngsten Judikatur<sup>96)</sup> eine sehr liberale und durchaus praxisfreundliche Position ein. Es soll ausreichend sein, wenn die „äußere Urkundeneinheit“ nach der Unterschrift durch den letztwilligen Verfügenden und der Zeugen hergestellt wird. Die „räumliche Verbindung“ müsse lediglich „uno actu“ mit dem Testiervorgang erfolgen (was damit genau gemeint ist, sagt der 2. Senat nicht). Klar scheint vorläufig nur, dass eine fremdhändige letztwillige Verfügung nicht zwingend formungültig ist, weil der letztwillig Verfügende und/oder die Zeugen vor der festen Verbindung der einzelnen losen Blätter unterschrieben haben. Unstrittig dürfte ferner sein, dass eine „äußere“ Verbindung, die erst irgendwann nach der Beendigung des Testiervorgangs hergestellt wird, nicht genügt, um die gesetzliche Form zu wahren. Da der 2. Senat im Ergebnis der großzügigen, auf die Verkehrsauffassung abstellenden Ansicht von *Welser*<sup>97)</sup> folgt, liegt es mE nahe, dass in Zukunft entscheidend sein wird, ob die „räumliche“ Verbindung noch während der Anwesenheit des letztwillig Verfügenden und der Zeugen hergestellt wurde oder nicht.

Aus Sicht der Praxis sicherlich besonders erfreulich ist es, dass aus der neueren Rsp deutlich hervorgeht, wann keine „äußere Urkundeneinheit“ vorliegt (wobei es, wie hinzuzufügen ist, in beiden

lichkeiten zur dauerhaften Verbindung mehrerer Blätter nicht ausdrücklich erwähnt.

<sup>93)</sup> Wie aus beiden Beschlüssen (2 Ob 143/19x und 2 Ob 145/19s) übereinstimmend hervorgeht, soll eine „äußere Urkundeneinheit“, das heißt eine „räumliche Verbindung“ zwischen den einzelnen Blättern, immer dann vorliegen, „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“. Dagegen zu Recht kritisch *Ch. Rabl*, NZ 2020, 4: In Wahrheit müsse es darauf ankommen, ob die Verbindung zwischen den einzelnen Blättern eine solche Qualität aufweist, „dass die frühere Verbindung des letzten Blatts mit einem anderen als dem nun tatsächlich vorliegenden vorangegangenen Blatt ausgeschlossen erscheint“.

<sup>94)</sup> OGH 2 Ob 192/17z = EF-Z 2018, 230 (*Welser*); präzisierend nunmehr OGH 2 Ob 143/19x; 2 Ob 145/19s.

<sup>95)</sup> In diesem Sinne *Ch. Rabl* in *Ch. Rabl/A. Tschugguel/Welser*, NZ 2018, 324. Vgl aber *Welser*, *Erbrechtskommentar* § 579 Rz 3; *Webhofer*, Zak 2019, 129.

<sup>96)</sup> OGH 2 Ob 143/19x; 2 Ob 145/19s.

<sup>97)</sup> *Erbrechtskommentar* § 579 Rz 3; zustimmend beispielsweise *Umlauf*, EF-Z 2019, 249.

<sup>86)</sup> Insoweit in Übereinstimmung mit *Ch. Rabl*, NZ 2020, 5; vgl auch *Welser*, Anmerkung zu OGH 2 Ob 143/19x, NZ 2020, 24 (25).

<sup>87)</sup> So *Ch. Rabl*, NZ 2020, 6.

<sup>88)</sup> ZB A. *Tschugguel* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang* § 579 ABGB Rz 2; *Eccher/Nemeth* in *Schwimann/Kodek*, ABGB IV<sup>5</sup> § 579 Rz 2; *Welser*, *Erbrechtskommentar* § 579 Rz 2.

<sup>89)</sup> Vgl etwa *Welser* in *Ch. Rabl/A. Tschugguel/Welser*, NZ 2018, 324; *Webhofer*, Zak 2019, 128.

<sup>90)</sup> Fehlt es freilich an einem inhaltlichen Zusammenhang zwischen den einzelnen Blättern, wird die letztwillige Verfügung mE – trotz der „räumlichen Verbindung“ – ganz oder zumindest teilweise ungültig sein. Vgl zur eigenhändigen Verfügung nach deutschem Recht *Baumann* in *Staudinger*, BGB (2018) § 2247 Rz 54.

<sup>91)</sup> Besteht zwischen den einzelnen Blättern der letztwilligen Verfügung bereits eine „äußere Urkundeneinheit“, dann hätte es, wie der 2. Senat in den Entscheidungen 2 Ob 143/19x und 2 Ob 145/19s übereinstimmend und mit Recht festhält, keines zusätzlichen inhaltlichen Zusammenhangs bedurft. Eine aus mehreren (losen) Blättern bestehende, fremdhändige Niederschrift, die den letzten Willen einer bestimmten Person enthält, muss also entweder einen „inneren“ oder einen „äußeren“ Zusammenhang aufweisen, um dem Urkundenbegriff des § 579 ABGB zu entsprechen.

<sup>92)</sup> Der OGH hat in den Entscheidungen 2 Ob 143/19x und 2 Ob 145/19s das „Heften“ in der beispielhaften Aufzählung (vgl dazu die nächstfolgende Fn) über die Mög-

Fällen darüber hinaus am „inneren“ Zusammenhang mangelte). So reiche die Aufbewahrung einer aus zwei losen Blättern bestehenden fremdhändigen Verfügung in einem Kuvert nicht aus, selbst wenn das Kuvert selbst fest verschlossen ist. Auch das Einschließen der beiden losen Blätter in einem Tresor genüge nicht.<sup>98)</sup> Gleiches gelte für die Übergabe einer aus losen Blättern bestehenden fremdhändigen Verfügung an einen Rechtsanwalt zur Aufbewahrung und Registrierung im Testamentsregister der österreichischen Rechtsanwälte.<sup>99)</sup>

Wenn sich die Verbindung später wieder lösen sollte, etwa weil die Heftklammer durchrostet oder der verwendete Klebstoff die Blätter nicht mehr zusammenhält, bleibt die letztwillige Verfügung dennoch formgültig (vgl. § 575 ABGB). Vorsichtshalber sollte man in der Praxis, wenn aus Platzgründen ein zusätzliches Unterschriftenblatt unvermeidlich ist, stets inhaltlich anknüpfen (wie oben detailliert beschrieben) und die Blätter der letztwilligen Verfügung vorab miteinander verbinden (über zwei und unter vier Seiten ist die Verwendung eines Bogens ratsam.).

Strikt abzulehnen ist die Auffassung von *Umlauf*,<sup>100)</sup> wonach die Zeugen immer auf jenem Blatt unterschreiben müssen, auf welchem der letztwillig Verfügende unterschrieben hat. *Umlauf* setzt sich damit – scheinbar unbewusst – in Widerspruch zur Rsp des OGH; der 2. Senat<sup>101)</sup> hat in seinem obiter dictum erörtert, unter welchen Voraussetzungen die Zeugen formgültig auf einem zusätzlichen losen Blatt unterschreiben können. Dass der letztwillig Verfügende zwingend auf demselben Blatt wie die Zeugen unterschreiben muss, geht aus der Entscheidung nicht hervor. In der Tat verlangt § 579 Abs 2 ABGB nur, dass die Zeugen „auf der Urkunde“ mit einem auf ihre Eigenschaft als Zeugen hinweisenden und eigenhändig geschriebenen Zusatz unterschreiben. Besteht die letztwillige Verfügung aus mehreren losen Blättern, liegt eine „Urkunde“ dann vor, wenn zwischen den einzelnen Blättern ein hinreichend enger inhaltlicher Zusammenhang besteht (dazu bereits ausführlich oben).

Zu 2 Ob 192/17z konnte der OGH die Frage unbeantwortet lassen, ob bei einem aus *mehreren losen Blättern* bestehenden fremdhändigen Testament die *Unterschrift* der Testamentszeugen *auf jedem Blatt* erforderlich ist. Davon geht bekanntlich *Kralik*<sup>102)</sup> aus. ME kann ein solches Erfordernis aus dem Gesetz nicht abgeleitet werden.<sup>103)</sup> Da der OGH diese Frage offengelassen hat und insoweit ein gewisses Maß an Rechtsunsicherheit besteht,

sollte man in der Praxis vorläufig besser Vorsicht walten lassen.<sup>104)</sup>

### E. Schriftliche Bekräftigung durch den letztwillig Verfügenden

Das ErbRÄG 2015 hat die bisherige *nuncupatio*, also die mündliche Bekräftigung des letzten Willens vor Zeugen, durch einen *schriftlichen Bekräftigungszusatz* ersetzt. Mit diesem neuen Formerfordernis „soll die Fälschungssicherheit erhöht werden“.<sup>105)</sup> Außerdem verstärkte die schriftliche Bekräftigung durch den letztwillig Verfügenden die *Warnfunktion*.<sup>106)</sup> Nicht zuletzt erwartet sich der Gesetzgeber einen Gewinn an Rechtssicherheit durch die Vermeidung von Beweisschwierigkeiten.<sup>107)</sup>

Weder aus dem Gesetz noch aus den Materialien ergibt sich, wo genau auf der Urkunde der schriftliche Bekräftigungszusatz angebracht werden muss. ME reicht es aus, wenn sich die eigenhändige Bekräftigung *irgendwo auf der Urkunde* befindet, die den letzten Willen enthält.<sup>108)</sup> Zum „Urkundenbegriff“ des § 579 ABGB siehe bereits ausführlich oben Punkt D. Nach dem Wortlaut von § 579 Abs 1 ABGB muss eine fremdhändige letztwillige Verfügung nur einmal eigenhändig unterschrieben werden. Folglich besteht kein Bedarf, dass der letztwillig Verfügende zusätzlich die schriftliche *nuncupatio* unterschreibt.<sup>109)</sup>

Wie gesagt, müssen die drei Zeugen sowohl bei der Unterschrift als auch bei der schriftlichen Bekräftigung des letzten Willens gleichzeitig anwesend sein.<sup>110)</sup> Die Verwendung eines unzureichenden Bekräftigungszusatzes, wie etwa ein bloßes „ok“,<sup>111)</sup> führt zur Formungültigkeit der letztwilligen Verfügung.<sup>112)</sup>

### F. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

1. Nach § 601 ABGB sind letztwillige Verfügungen, die gegen Formvorschriften vorstoßen, „*ungültig*“. Was das Gesetz unter „*Ungültigkeit*“ versteht, ist allerdings umstritten. Die besseren Gründe sprechen mE dafür, mit der neueren Lehre von absoluter Nichtigkeit auszugehen.

2. *Eigenhändige Streichungen* in einer fremdhändigen letztwilligen Verfügung sollen nach hA ohne Unterschrift gültig sein (arg § 721 ABGB). ME soll-

<sup>98)</sup> OGH 2 Ob 143/19x.

<sup>99)</sup> OGH 2 Ob 145/19s.

<sup>100)</sup> EF-Z 2019, 247 f.

<sup>101)</sup> OGH 2 Ob 192/17z = EF-Z 2018, 230 (Welser).

<sup>102)</sup> Erbrecht 135.

<sup>103)</sup> Ebenso bereits *Zeiller*, Kommentar II/2, 457 f (zur früheren Rechtslage); siehe ferner *Eccher*, Erbrecht<sup>6</sup> Rz 4/43; *Welser*, Erbrecht 100; *derselbe*, Erbrechtskommentar § 578 Rz 7; *Ch. Rabl* und *Welser* in *Ch. Rabl/A. Tschugguel/Welser*, NZ 2018, 323. Anders wohl *A. Tschugguel* in *Ch. Rabl/A. Tschugguel/Welser*, NZ 2018, 323 f.

<sup>104)</sup> Zu 2 Ob 143/19x und 2 Ob 145/19s hat sich der OGH nicht zur Frage geäußert, ob die Zeugen auf jedem Blatt unterschreiben müssen.

<sup>105)</sup> ErlRV 688 BlgNR XXV. GP 10.

<sup>106)</sup> ErlRV 688 BlgNR XXV. GP 10.

<sup>107)</sup> ErlRV 688 BlgNR XXV. GP 10.

<sup>108)</sup> Ebenso *Welser*, Erbrechtskommentar § 579 Rz 6.

<sup>109)</sup> So im Ergebnis auch *Welser*, Erbrechtskommentar § 579 Rz 6, der allerdings entgegen der hier vertretenen Auffassung davon ausgeht, dass der Wortlaut eine zweite Unterschrift offenlässt.

<sup>110)</sup> *Wendehorst* in *Rabl/Zöchling-Jud*, Erbrecht 52; *Kogler*, Formvorschriften 6; *A. Tschugguel* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 579 ABGB Rz 22; *Welser*, Erbrechtskommentar § 579 Rz 1, 3.

<sup>111)</sup> ErlRV 688 BlgNR XXV. GP 10.

<sup>112)</sup> *Welser*, Erbrechtskommentar § 579 Rz 7.

te bei nachträglichen eigenhändigen Streichungen, die den Inhalt der letztwilligen Verfügung verändern, aus Gründen der Fälschungssicherheit eine *neuerliche eigenhändige Unterschrift* des letztwillig Verfügenden gefordert werden. Dies gilt nach der hier vertretenen Auffassung auch für einen eigenhändigen „*Ungültigkeitsvermerk*“ auf einer letztwilligen Verfügung.

3. In welcher *zeitlichen Reihenfolge* die Formgebote des § 579 ABGB zu erfüllen sind, wird vom Gesetz nicht vorgegeben. Die einzelnen Formelemente können daher in beliebiger Abfolge vorgenommen werden.

4. Die Anbringung der Zeugenunterschriften auf einem zusätzlichen *losen und leeren Blatt* reicht nicht aus, um die Testamentsform einzuhalten. Wird aber mittels eines Vermerks auf dem zusätzlichen losen Blatt mit den Unterschriften der Zeugen *eindeutig* auf die übrigen Blätter (mit dem Text der letztwilligen Verfügung, dem eigenhändigen Bekräftigungszusatz sowie der eigenhändigen Unterschrift des letztwillig Verfügenden) *Bezug genommen*, reicht dies mE aus, um einen für die „*Urkundeneinheit*“ hinreichenden inhaltlichen Zusammenhang herzustellen. Unklar ist, ob von der Rsp verlangt wird, dass der letztwillig Verfügende den Vermerk unterfertigt. Entgegen der (vermuteten) Auffassung des OGH ist *fehlender Raum* für die Unterschriften *keine Voraussetzung* dafür, dass die Zeugen auf einem zusätzlichen losen Blatt unterschreiben dürfen.

5. Soll ein zusätzliches loses Blatt für die Unterschriften der Zeugen verwendet werden, bedarf es,

wie oben ausgeführt, einer *eindeutigen Bezugnahme* auf den Rest der letztwilligen Verfügung. Allein die *fortlaufende Nummerierung* des Unterschriftenblattes ist nicht dazu geeignet, den geforderten inhaltlichen Konnex herzustellen.

6. Ein für das Vorliegen einer „*Urkunde*“ ausreichender *Zusammenhang* kann auch „*räumlich*“ durch das *Heften, Kleben, Binden etc* einer aus mehreren Blättern bestehenden letztwilligen Verfügung hergestellt werden. Die „*räumliche*“ Verbindung der Blätter muss im Zeitpunkt der Unterschriftsleistung der Zeugen (und des letztwillig Verfügenden) bereits bestanden haben.

7. Bei einer aus *mehreren losen Blättern* bestehenden fremdhändigen Verfügung müssen die Zeugen *nicht auf jedem Blatt unterschreiben*. § 579 Abs 2 ABGB verlangt ausdrücklich nur, dass die drei Zeugen „*auf der Urkunde*“ mit einem auf ihre Eigenschaft als Zeugen hinweisenden und eigenhändig geschriebenen Zusatz unterschreiben. Nicht erforderlich ist ferner, dass die Zeugen auf demselben Blatt wie der letztwillig Verfügende unterschreiben.

8. Der *schriftliche Bekräftigungszusatz* kann irgendwo „*auf der Urkunde*“ angebracht werden. Das Gesetz verlangt vom letztwillig Verfügenden nicht, die schriftliche nuncupatio zu unterfertigen.

#### Korrespondenz:

Dr. Christoph Kronthaler, P | E | H | B Rechtsanwälte, Erzabt-Klotz-Straße 21A, 5020 Salzburg, Österreich; E-Mail: christoph.kronthaler@sbg.ac.at.