

NZ 2006/14

Neues zu letztwilligen Verfügungen

Ein Beitrag zu Nottestament und Testierfähigkeit

Von Dr. **Martin Spitzer**, Universitätsassistent am Institut für Zivilrecht, Wien.

Das FamErbRÄG 2004 hat unter anderem Änderungen bei den Testamentsformen für Personen unter Sachwalterschaft gebracht, das außergerichtliche mündliche Testament abgeschafft und eine neue, allgemeine Notform eingeführt. Der Beitrag analysiert die neue Rechtslage und beschäftigt sich dabei vor allem mit dem Tatbestand und den Rechtswirkungen des Nottestaments (§ 597 ABGB).

Inhaltsübersicht:

- A. Reguläre letztwillige Verfügungen
 - 1. Testierfähigkeit und Sachwalterschaft
 - a) Alte Rechtslage
 - b) Neue Rechtslage
 - c) Übergangsbestimmungen
 - 2. Abschaffung des mündlichen Testaments
- B. Letztwillige Verfügungen im Notfall
 - 1. Tatbestand
 - 2. Wirkung
 - a) Zeitablauf
 - b) Widerruf früherer Verfügungen
 - c) Ausnahme von der Widerrufswirkung: Weitergeltung früherer Verfügungen
 - 3. Miteinbeziehung von Minderjährigen und Personen unter Sachwalterschaft
- C. Zusammenfassung der Ergebnisse

A. Reguläre letztwillige Verfügungen

1. Testierfähigkeit und Sachwalterschaft

a) Alte Rechtslage

Bis zum 31. 12. 2004 konnten Personen, denen ein Sachwalter bestellt war, nur mündlich vor Notar oder Gericht testieren (§ 568 ABGB). Diese Anordnung war so generell, dass die Rechtfertigung dieses schwerwiegenden Eingriffs in die Testierfreiheit zweifelhaft schien.¹ Dies

auch deshalb, weil § 273 ABGB eine überaus flexible und an den Bedürfnissen des konkreten Falles orientierte Sachwalterbestellung vorsieht, nämlich für alle Angelegenheiten, einen bestimmten Kreis von Angelegenheiten oder nur für einzelne Geschäfte (§ 273 Abs 3 ABGB). Warum aber bei einer ohnehin am Beeinträchtigungsgrad² orientierten Bestellungsverfahren die Sachwalterbestellung ohne Rücksicht auf deren Art und Umfang *ipso iure* auch die zur Verfügung stehenden Testamentsformen einschränken sollte, wurde nie schlüssig begründet.

b) Neue Rechtslage

§ 568 ABGB neu sieht daher eine Beschränkung der Testamentsformen für Personen mit Sachwaltern nur mehr dann vor, wenn das Gericht dies im Sachwalterbestellungsbeschluss anordnet. § 273 Abs 3 ABGB über den Umfang der Sachwalterbestellung wurde diesbezüglich zwar nicht ergänzt, die Zulässigkeit einer solchen Anordnung ergibt sich jedoch zwanglos aus dem neugefassten § 568 ABGB.

Für Sachwalterbestellungen nach dem 1. 1. 2005 gilt daher, dass eine Einschränkung der Testierfähigkeit³ vom

¹ Statt aller *Schauer*, Anmerkungen zum neuen Sachwalterrecht, NZ 1983, 53 und *Tschugguel*, Zum Anwendungsbereich des § 568 ABGB, NZ 1995, 81.

² Zu den maßgebenden Parametern *Stabentheiner* in *Rummel*³ § 273 Rz 5.

³ *Eccher*, *Erbrecht*² (2002) Rz 4/17, 21 wendet sich mit Recht gegen diesen an sich unscharfen und irreführenden Begriff. Materiell wurde die Testierfähigkeit durch die Möglichkeit der öffentlichen Testamentsformen nicht berührt. Im Ausschluss der (leichteren) außergerichtlichen Formen lag aber eine gravierende Einschränkung des Zugangs zur Gestaltung der Rechtsnachfolge von Todes wegen.

Pflegschaftsgericht eigens angeordnet werden muss. Aus dieser Anordnung folgt freilich nicht, dass eine vor dem Notar oder Gericht errichtete Verfügung schlechthin gültig ist. Gericht oder Notar⁴ haben die Testierfähigkeit zu prüfen und das Ergebnis dieser Prüfung in das Protokoll aufzunehmen. Fehlt dem Testator tatsächlich auch die für eine solche Verfügung notwendige Einsichtsfähigkeit, dürfen Gericht oder Notar die Aufnahme der Verfügung zwar nicht ablehnen,⁵ die Verfügung ist dann aber ungültig.

Wurde keine Einschränkung angeordnet, stehen dem Testator alle Testamentsformen offen. Freilich sind auch Verfügungen solcher Personen nicht schlechthin gültig. Wie bei jedem anderen Testator, muss die nötige Testierfähigkeit im Zeitpunkt des Testieraktes auch tatsächlich vorliegen. Ist das nicht der Fall, ist die Verfügung – unabhängig vom Inhalt des Bestellungsbeschlusses – unwirksam.

c) Übergangsbestimmungen

In Sachwalterbestellungsbeschlüssen, die vor dem Inkrafttreten des FamErbRÄG gefasst wurden, können sich die nunmehr vorgesehenen Anordnungen naturgemäß nicht finden. Bei solchen „alten“ Sachwalterbestellungen ist nach Art IV § 8 FamErbRÄG die Errichtung letztwilliger Verfügungen weiterhin nur vor dem Gericht oder Notar zulässig.⁶ Diese Übergangsregelung ist zu begrüßen, da sie in solchen Fällen bei außergerichtlichen Testamenten wohl langwierige Streitigkeiten erspart. Wird ein bestehender Beschluss abgeändert, hat das Gericht im Fall der Notwendigkeit einer Einschränkung auf öffentliche Testamentsformen eine entsprechende Anordnung in den Beschluss aufzunehmen. Unterbleibt dies, stehen dem unter Sachwalterschaft stehenden alle Formen zur Verfügung.

⁴ Die Erforschungspflicht trifft beide. So *Spitzer*, Änderungen im Erbrecht durch das KindRÄG 2001, NZ 2003, 354; und *Eccher in Schwimann*³ § 568 Rz 6. § 568 ABGB regelt die Prüfpflicht der Gerichte für unter Sachwalterschaft stehende Personen. § 569 ABGB ordnet die entsprechende Geltung für Verfügungen Minderjähriger an. Dabei wurde übersehen, den in § 70 NO enthaltenen und nach wie vor auf § 569 ABGB lautenden Verweis auf die Prüfungspflicht der Gerichte der Neuregelung anzupassen. § 70 NO bestimmt nämlich nach wie vor, dass von Notaren die für die Aufnahme gerichtlicher letztwilliger Anordnungen geltenden §§ 569, 587 bis 592 und 594 bis 596 ABGB zu beachten sind. Dies heißt freilich keinesfalls, dass beim notariellen Testament die Vorschrift des § 568 ABGB nicht zu beachten ist. Schon auf Grund des in § 569 ABGB enthaltenen Weiterverweises auf § 568 ABGB haben weiterhin auch Notare die Freiheit und Überlegtheit der Willensbildung zu erforschen.

⁵ *Spitzer*, NZ 2003, 354 FN 6; § 34 Abs 2 NO untersagt zwar dem Notar, „mit solchen Personen eine Amtshandlung vorzunehmen, rücksichtlich deren er weiß oder mit Grund annehmen muss, dass sie wegen Minderjährigkeit oder aus einem anderen Grunde zu dem vorzunehmenden Rechtsgeschäfte unfähig seien“. § 70 NO (vgl FN 4) iVm § 569 ABGB iVm § 568 ABGB ist *lex specialis* zu diesem Grundsatz. Dazu und mit Kritik *de lege ferenda* schon *Schauer*, Anmerkungen zum neuen Sachwalterrecht, NZ 1983, 53f.

⁶ Dies gilt nicht, wenn nur ein vorläufiger Sachwalter bestellt wurde, Art IV § 8 FamErbRÄG.

2. Abschaffung des mündlichen Testaments

Das mündliche außergerichtliche Testament, dem in der Praxis ein (häufig nicht ganz unberechtigtes) Misstrauen entgegengebracht wurde,⁷ wurde mit 31. 12. 2004 abgeschafft. Außergerichtliche mündliche Verfügungen konnten bis zu diesem Zeitpunkt errichtet werden, einmal gültig errichtete Verfügungen bleiben selbstverständlich wirksam, auch wenn diese Form in Hinkunft nicht mehr zur Verfügung steht. Mündliche Testamente und Kodizille gibt es nun nur mehr vor dem Gericht oder Notar und als Notform.⁸

B. Letztwillige Verfügungen im Notfall

Das ABGB kennt verschiedene Vorschriften für den Notfall. Keine materielle Änderung gab es bei § 590 ABGB, nach dem sich Gerichtspersonen im Notfall zum Erblasser begeben können. Das FamErbRÄG hat freilich klargestellt, dass die Gerichtspersonen sich nicht nur in die Wohnung des Erblassers (so die alte Formulierung), sondern ganz allgemein „zum Erblasser“ begeben können. Nach wie vor ist freilich zu beachten, dass unter dem Begriff „können“ das Gesetz keine Willkür des Gerichts Platz greifen lässt, sondern gebundenes Ermessen normiert. Daher haben sich die Gerichtspersonen zum Erblasser zu begeben, wenn keine sachlichen Gründe dagegensprechen.

Von dieser regulären Testamentsform abgesehen, kannte das ABGB vor dem FamErbRÄG zwei Notformen ieS, das See- und das Seuchentestament (§§ 597–599 ABGB).⁹ Diese Begünstigungen für Schiffsreisen zur See und für Orte, an denen Seuchen grassieren, waren allerdings totes Recht und wurden daher abgeschafft. Durch das FamErbRÄG wurde stattdessen eine allgemeine Notform eingeführt (§ 597 ABGB neu).

1. Tatbestand

Der Erblasser kann mündlich oder schriftlich unter Beiziehung zweier fähiger Zeugen testieren,¹⁰ wenn unmittelbar die Gefahr droht, dass er stirbt oder die Fähigkeit

⁷ Erl 471 BlgNR 22. GP 11.

⁸ Damit scheitert in Hinkunft eine Konversion unwirksamer fremdhändiger Testamente, auch wenn drei gleichzeitig anwesende Zeugen den Inhalt der Verfügung aus dem Mund des Erblassers vernommen haben: vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹², 467; *Fischer-Czermak*, Neueste Änderungen im Abstammungs- und Erbrecht, JBl 2005, 11; *Eccher in Schwimann*³ § 597 Rz 13.

⁹ Das Kontumaztestament als besondere Form des Seuchentestaments wurde bereits 1989 abgeschafft; vgl *Schauer*, Neues Erbrecht ab 1991, RdW 1990, 70 und die Nachweise bei *Eccher in Schwimann*² §§ 597–600 Rz 4; zu den Militärtestamenten Rz 6.

¹⁰ Die Herabsetzung der Altersgrenze in § 597 ABGB alt wurde nicht übernommen. Die Fähigkeit der Zeugen richtet sich daher nach den allgemeinen Regeln der §§ 591ff ABGB.

zu testieren verliert, bevor er seinen letzten Willen auf andere Weise zu erklären vermag. Die Erl zur RV¹¹ führen aus, der Erblasser sei zur Anwendung der Notform „nicht bloß dann berechtigt, wenn objektiv eine Gefahrensituation vorliegt und nicht in anderer Weise testiert werden kann, sondern [...] wie in Deutschland und der Schweiz [...] bereits dann, wenn der durch objektive Umstände begründete Eindruck beim Erblasser besteht, dass eine Notsituation vorliegt“.

Die Aufgabe, die der Gesetzgeber dem Rechtsanwender dabei stellt, ist schwierig. Es soll – vom Wortlaut, der die Zulässigkeit an die drohende Gefahr und damit ein objektives Kriterium knüpft, nicht unbedingt nahe gelegt – auf die Befürchtung ankommen, der Erblasser stürbe oder verliere seine Testierfähigkeit, bevor er auf andere als die erleichterte Weise seinen letzten Willen erklären kann. Die Befürchtung allein reicht jedoch noch nicht, sie soll noch objektiv begründet sein.

Die versuchte Anlehnung an das deutsche Vorbild ist in zweierlei Hinsicht nicht restlos geglückt:¹²

Auffällig ist die Diskrepanz zwischen dem Wortlaut der Norm und dem Wunsch der Materialien. Wenn nach § 597 unmittelbar eine Gefahr drohen soll, dann lässt dies wenig Platz für eine bloß irrige Annahme einer Gefahrensituation: Diese droht bestimmt nicht unmittelbar, sondern gar nicht. Wohl deshalb gestattet das deutsche BGB das (Not-)Bürgermeistertestament nach § 2249 BGB, wenn „zu besorgen ist“, dass der Erblasser früher sterben werde, als die Errichtung des Testaments vor einem Notar möglich ist.¹³ Daraus lässt sich die hA¹⁴ in Deutschland, die Besorgnis könne subjektiv wie objektiv begründet sein, so dass die Gefahr tatsächlich bestehen kann oder nicht, sofern sie dann wenigstens befürchtet wird,¹⁵ zwanglos ableiten. Aus dem Wortlaut des § 597 ABGB folgt dieser Umstand hingegen nicht. Freilich ist

es dringend geboten, mit den Materialien auch eine tatsächlich nicht vorliegende Gefahr ausreichen zu lassen, weil sonst Streitigkeiten Tür und Tor geöffnet würde.¹⁶

Man wird daher davon ausgehen können, dass ein Nottestament dann gültig ist, wenn entweder eine Notlage tatsächlich bestand oder wenn das Bestehen einer Notlage zwar irrig, aber immerhin nachvollziehbar angenommen werden konnte. Dass die Befürchtung nachvollziehbar sein muss, ist dabei eine Selbstverständlichkeit, da Nottestamente ansonsten ihren Ausnahmecharakter verlieren könnten. Große Anforderungen an das Kriterium der Nachvollziehbarkeit wird man aber nicht stellen dürfen. Es empfiehlt sich daher, die von den Materialien verlangte objektive Begründung des subjektiven Eindrucks ganz einfach als eine nach den Umständen und der Lebenserfahrung begreifliche Besorgnis zu verstehen.¹⁷ Dies steht auch im Einklang mit der deutschen Rechtslage, die ausweislich der Materialien Vorbildcharakter hatte.

Dies führt allerdings zur zweiten Ungenauigkeit. Das Gesetz sagt nämlich nicht nur nichts darüber, dass auch die irrige Annahme der Todesgefahr genügen soll, es sagt – folgerichtig – auch nicht, auf wessen Eindruck es dabei eigentlich ankommen soll. Die Materialien meinen dazu, es gehe um den Erblasser und beziehen sich dabei wiederum auf das deutsche und schweizerische Vorbild.

Nach der hA in Deutschland ist die Meinung des Erblassers allerdings irrelevant. Beim Bürgermeistertestament (§ 2249 BGB) soll es darauf ankommen, dass der Bürgermeister die Besorgnis hegt, dass ein ordentliches öffentliches Testament nicht mehr errichtet werden kann,¹⁸ auch beim (in Notlagen subsidiären) Dreizeugentestament kommt es auf die Besorgnis der Zeugen – nicht jene des Erblassers – an.¹⁹

Ein ähnlicher Befund gilt für die Schweiz, wo es darauf ankommt, ob „die beteiligten Personen“ auf Grund der Umstände, die ihnen zur Zeit der Testamentserrichtung bekannt waren, nach der Lebenserfahrung guten Grund zur Annahme hatten, dass eine solche Gefahr bestehe.²⁰

¹¹ Erl 471 BlgNR 22. GP 29.

¹² Begrüßenswert ist freilich, dass der österreichische Gesetzgeber dem Testator die mühseligen Formalitäten des deutschen Nottestaments erspart (Vgl. Mayer, Zur wirksamen Errichtung eines Nottestaments, ZEV 2002, 141 [„Kein Volljurist würde sich wohl zu trauen, ein ‚Dreizeugentestament‘ in der ‚Eile des Gefechts‘ zu formulieren“] und Kappelner, Die Nottestamente des BGB [1995] 113 ff, 230, der meint, die Errichtung komme einem Glücksspiel nahe).

¹³ Das Dreizeugentestament gibt es für denjenigen, der sich in so naher Todesgefahr befindet, dass voraussichtlich auch die Errichtung eines Bürgermeistertestaments nicht mehr möglich ist (§ 2250 BGB). Nach hA soll hier – wie in § 2249 BGB – die unbegründete Besorgnis hinreichen, BGHZ 3, 372.

¹⁴ Lange/Kuchinke, Lehrbuch des Erbrechts⁴ (1995) 381; Mayer, ZEV 2002, 140; Kappelner, Nottestamente 31; zum Zeugentestament (§ 2250 BGB): Hagen in MünchKomm 9⁴ (2004) § 2250 BGB Rz 7; zum Bürgermeistertestament: Hagen in MünchKomm 9⁴ § 2249 Rz 6. Das Schiffstestament setzt nicht einmal die Besorgnis einer Notlage voraus, vgl § 2251 BGB.

¹⁵ Zum Bürgermeistertestament: „Die Besorgnis muss nicht sachlich gerechtfertigt, sondern nur nach der subjektiven Vorstellung des Bürgermeisters vorhanden sein“, Baumann in Staudinger (2003) § 2249 Rz 15.

¹⁶ Vgl BGHZ 3, 372.

¹⁷ „Vom Standpunkt ihres pflichtgemäßen Ermessens aus angesichts der objektiven Sachlage als gerechtfertigt angesehen“, BGHZ 3, 376.

¹⁸ Baumann in Staudinger (2003) § 2249 Rz 15.

¹⁹ BGHZ 3, 378. Dies leitet der BGH daraus ab, dass gem § 2249 BGB die Besorgnis in der Niederschrift des Testaments festzustellen ist. Adressat dieser Vorschrift sei zwingend der Bürgermeister, es widerspräche der Natur der Sache, dem Erblasser selbst diese Feststellung seines Gesundheitszustands zu überlassen. Beim Zeugentestament müsse Entsprechendes gelten, da dort nur die Zeugen an die Stelle der Amtsperson treten. Siehe auch Baumann in Staudinger (2003) § 2250 Rz 18; Tanck/Bonefeld/Deiningner in Damrau, Erbrecht. Handkommentar (2004) § 2250 Rz 8 („Die Vorstellungen des Erblassers über den Grad der Todesgefahr sind irrelevant“).

²⁰ Escher in Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch³ (1959) Art 506 Rz 5; Breitschmid in Basler Kommentar zum ZGB² (2003) Art 506–508 Rz 1.

Keine der bezogenen Rechtsordnungen stellt also (allein) auf den Erblasser ab. Wenn man die tatsächlich nicht bestehende, aber befürchtete Gefahr ausreichen lassen will, so sollte es in Anbetracht der Tatsache, dass der Gesetzeswortlaut keinerlei Vorgabe macht, mE darauf ankommen, ob diese Befürchtung allgemein, also für einen vernünftigen Menschen, nachvollziehbar war. Eine wichtige Indizfunktion werden dabei die Zeugen haben.

Auf den Erblasser abzustellen scheint schon in Anbetracht der Tatsache, dass auch mündigen Minderjährigen und wegen Sachwalterschaft beschränkt testierfähigen Personen explizit das Nottestament eröffnet wurde,²¹ bedenklich. Soll es auf die subjektiven Fähigkeiten ankommen? Soll also entscheidend sein, ob gerade für diesen Erblasser die Todesangst nahe liegend war? Gegen das Abstellen auf den Erblasser spricht vor allem auch ein praktisches Argument: Ihn kann man nach seinem Tod, wie *Fischer-Czermak* zu Recht bemerkt,²² nicht mehr über sein Befinden befragen.²³

Dass diese Lösung auf den ersten Blick den Materialien widerspricht, ist hinzunehmen, da der Gesetzeswortlaut das Problem der irrigen Befürchtung gar nicht thematisiert und die Erläuterungen zur RV ja in sich widersprüchlich sind, indem sie eine Regelung postulieren und sich dafür auf eine anders lautende stützen.

2. Wirkung

a) Zeitablauf

Das Nottestament wirkt drei Monate ab Beendigung der Notsituation, wobei es auch dafür nach den Mat wieder auf die Betrachtungsweise des Erblassers ankommen soll.²⁴ Diese Regelung ist missglückt. Der Umstand, auf den es ankommen soll, ist durch das Abstellen auf den Erblasser in keiner Weise nachvollziehbar. Es muss dafür – anders als bei der Errichtung – nicht einmal Zeugen geben.

Demgegenüber sieht § 2252 BGB vor, ein Nottestament gelte als nicht errichtet, wenn seit der Errichtung drei Monate vergangen sind und der Erblasser noch lebt. Freilich sind Beginn und Lauf der Frist gehemmt, solange der Erblasser außerstande ist, ein Testament vor einem Notar zu errichten.

Auch beim Zeitablauf wird man sich daher fragen müssen, ob ein verständigen Erblasser, dabei muss es also wiederum um eine Maßperson, nicht um den konkret Be-

troffenen gehen, erkennen musste, dass einer regulären Verfügung nichts mehr im Weg steht.

b) Widerruf früherer Verfügungen

Es zeigt sich, dass ein Nottestament nur dann Wirkung entfaltet, wenn der Testator tatsächlich in der Not umkommt oder wenn er – warum auch immer – binnen drei Monaten nach Wegfall der Gefahr stirbt. Vor dem Wegfall durch Zeitablauf ist das Nottestament wie jede andere Verfügung zu behandeln, insbesondere kommen auf das Verhältnis zu anderen Verfügungen die allgemeinen Regeln zur Anwendung (§§ 713 ff ABGB),²⁵ ein älteres Testament wird dementsprechend im Zweifel durch das Nottestament aufgehoben (§ 713). Das Nottestament ist allerdings von vornherein eine Verfügung „mit Ablaufdatum“. Es stellt sich daher die Frage, nach dem Schicksal der älteren Verfügung, wenn das Nottestament im Zeitpunkt des Todes des Erblassers nicht wirksam wird, sondern nach Ablauf von drei Monaten nach Ende der Gefahr ungültig geworden ist. Mit dem Erblasserwillen könnte in beide Richtungen argumentiert werden. Einerseits ist es sicher zutreffend, dass durch die Errichtung eines neuen Testaments der Wille gebildet wurde, das alte aufzuheben. Andererseits könnte man auch sagen, die Erbfolge nach dem alten Testament sei immer noch besser als die immerhin zweimal ausgeschlossene gesetzliche Erbfolge oder gar Kaduzität.

Eindeutig ist in dieser Konstellation wiederum das BGB, nach dem Nottestamente nach Zeitablauf als „nicht errichtet“ gelten (§ 2252 BGB). Nach hA verliert das Nottestament damit jede Wirkung, insbesondere auch jene des Widerrufs früherer Verfügungen.²⁶ Ähnlich soll nach *Escher* im schweizerischen ZGB das Nottestament nach Ablauf von 14 Tagen nach Wegfall der Gefahr seine Gültigkeit verlieren (Art 508 ZGB), wodurch ein früher errichtetes Testament wieder auflebt.²⁷

Zu demselben Ergebnis kommt *Weiß* auch für das österreichische Recht vor dem FamErbRAG.²⁸ Er stützt seine Ansicht auf § 599 ABGB (über die alten Nottestamente), nach dem diese nach sechs Monaten „ihre Kraft verlieren“. Dasselbe Argument könnte man auch für die neue Rechtslage ins Treffen führen, nach der Nottestamente nach drei Monaten „ihre Gültigkeit verlieren“ (§ 597

²¹ Dazu unten B3.

²² *Fischer-Czermak*, JBl 2005, 11.

²³ Bevor man daher – wie die Mat das erforderlich machen würden – die Zeugen fragt, ob der Erblasser bei Errichtung der Verfügung vom Vorliegen einer Todesgefahr ausgegangen ist und inwieweit dies nachvollziehbar war, kann man sie gleich fragen, ob sie selbst damals den Eindruck gewonnen haben, es bestehe eine Gefahr iSd § 597 ABGB. Ist die Schilderung nachvollziehbar, liegen die Voraussetzungen für ein Nottestament vor.

²⁴ 471 BlgNR 22. GP 29.

²⁵ Ausführlich *Ch. Rabl*, Altes Testament – neues Testament. Die Konkurrenz letztwilliger Verfügungen (2001).

²⁶ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (1888) V 282; *M. Schmidt* in *Erman*, Handkommentar¹⁰ (2000) § 2252 Rz 2; *Baumann* in *Staudinger* (2003) § 2252 Rz 10; *Hagena* in *MüKo* 94 § 2252 Rz 3; *Tanck/Bonefeld/Deininger* in *Damrau*, ErbR § 2252 Rz 7.

²⁷ *Escher* in Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch³ Art 508 Rz 3. Der Verweis auf die Art 509f ZGB vermag dabei allerdings nicht zu überzeugen, da sich diese Konsequenz des Zeitablaufs diesen Artikeln nicht entnehmen lässt.

²⁸ *Weiß* in *Klang*² III 705.

Abs 3 Satz 2 ABGB).²⁹ Tatsächlich ergibt sich aus dem Wortlaut hier aber nichts, da er eben – anders als die deutsche Regelung – nicht eindeutig ist.³⁰ Ob der Verlust der Kraft oder Gültigkeit den Widerruf früherer Verfügungen betrifft, ist ja gerade die Frage.

Unger und diesem folgend Welser³¹ wollen den Widerruf weiter wirken lassen. Die Begründung Ungers ist freilich ebensowenig überzeugend wie die von Weiß: Die Ansicht, die alte Verfügung lebe wieder auf, sei „sicher verkehrt: als ob der gültige Widerruf nicht sofort seine Wirkung äußern würde!“.³²

Zu berücksichtigen könnte in diesem Zusammenhang auch § 723 ABGB sein, nach dem das Vernichten einer späteren Verfügung dazu führt, dass eine von dieser aufgehobene frühere schriftliche Verfügung wieder auflebt, sofern sie vom Erblasser unversehrt gelassen wurde.³³ Es ist allerdings auch fraglich, ob unter Berufung auf § 723 das Wiederaufleben einer intakten älteren Verfügung begründet werden kann. § 723 geht von der willentlichen Abkehr vom neuen Testament durch den Widerruf aus und verbindet damit die widerlegliche Vermutung, dass der Erblasser, der die alte Verfügung eigens aufbewahrt hat, unentschlossen gewesen sei und daher bei Vernichtung der neuen Verfügung gleichzeitig die Geltung der alten wollte.³⁴ Dieser willentlichen Abkehr, aus der heraus sich die Anwendung der Zweifelsregel über das Wiederaufleben erklären und rechtfertigen lässt, kann aber nicht das gesetzlich vorgesehene Erlöschen des Nottestaments gleichgehalten werden. Für eine Willensänderung des Erblassers fehlt hier ja jeder Anhaltspunkt. In Anbetracht der Umstände der Errichtung der neuen Verfügung ist das Aufbewahren des älteren Testaments auch nicht besonders aussagekräftig.³⁵ Insgesamt spricht

daher zu wenig für ein Wiederaufleben älterer Verfügungen beim Wegfall des Nottestaments.

Im Ergebnis ist daher mit der hA davon auszugehen, dass der Widerruf wirksam ist. Das Außerkrafttreten der Widerrufsverfügung hebt den Widerruf nicht wieder auf. Anders als das deutsche fingiert das österreichische Recht die unterbliebene Errichtung eben nicht, der Wortlaut des § 597 Abs 1 letzter Satz ABGB ist nicht aussagekräftig. Aus § 723 ABGB lässt sich bei intakter älterer Verfügung ebenfalls wenig gewinnen, da es an einem Willensakt des Erblassers und Indizien für seine Unentschlossenheit fehlt.

c) Ausnahme von der Widerrufswirkung: Weitergeltung früherer Verfügungen

Dieses Ergebnis ist allerdings in manchen Fällen sehr unbefriedigend, wie sich anhand eines Beispiels zeigt: Wenn der Erblasser als Nottestament – aus welchen Gründen immer – dieselbe Verfügung „wiederholt“, die er schon regulär errichtet hat, könnte man meinen, das neue Testament derogiere dem alten und falle anschließend selbst weg. Während man hier noch argumentieren kann, die alte Verfügung solle gar nicht aufgehoben werden, da die zweite Verfügung keinerlei neuen Gehalt hat, lässt sich diese Auffassung nicht mehr ohne weiteres vertreten, wenn das neue Testament dem alten nur in Teilen entspricht, in anderen aber vom alten abweicht. Dies wird nicht oft der Fall sein, schon das Nottestament selbst wird praktisch eine untergeordnete Rolle spielen, allerdings wäre es unerträglich, einen zweifach (!) formgültig geäußerten Erblasserwillen wegen technischer Details und konstruktiver Spitzfindigkeiten unbeachtet zu lassen. Es wäre doch ganz abwegig, die Einsetzung des Tierschutzvereins als Universalerben durch den Millionär dahinfallen zu lassen, weil im ersten Testament dem Gärtner, im Nottestament aber dem Chauffeur ein unbedeutendes Legat ausgesetzt wird. Ziel der folgenden Überlegungen ist es daher, eine vertretbare Basis für die Weitergeltung der bestätigten Anordnungen zu liefern.

Das Nottestament derogiert, wie dargelegt, grundsätzlich der alten Verfügung gem § 713 ABGB. Diese Norm ist allerdings nur eine Zweifelsregel, ein anderer Erblasserwille geht vor, dh der Erblasser könnte das erste Testament aufrecht lassen, „dafern der Erblasser in dem letzteren [...] deutlich zu erkennen gibt, dass das frühere ganz oder zum Teile bestehen solle“.³⁶ Nach hA reicht dafür der Beweis des Fortgeltungswillens,³⁷ nach einer strengeren (Minder-)Meinung ist es erforderlich, dass der bei Errichtung der zweiten Verfügung vorhandene Wille zur Aufrechterhaltung in dieser Verfügung auch angedeutet ist.³⁸

²⁹ Wollte man aus dem Wortlaut heraus argumentieren, hätte die Auffassung von Weiß allerdings durch das Einfügen des Begriffs „Gültigkeit“ statt „Kraft“ vielleicht eher an Fundament verloren.

³⁰ Einen Verlust jeder Wirkung würde man aber wohl eher mit dem Terminus „Kraft“ als „Gültigkeit“ verbinden.

³¹ In Rummel³ § 713 Rz 1 aE.

³² Unger, Erbrecht⁴, 109.

³³ Ob die erste Verfügung ausdrücklich oder stillschweigend widerrufen wurde, spielt mE keine Rolle. So auch OGH in JBl 1998, 507; diesem folgend Apathy in KBB § 723 Rz 2; so nunmehr für Widerruf durch schriftliche Verfügung auch Eccher in Schwimann³ § 723 Rz 2 (für eine Beschränkung auf Fälle, in denen die erste Verfügung ausdrücklich widerrufen wurde, Eccher in Schwimann² § 723 Rz 2).

³⁴ Apathy in KBB § 723 Rz 1.

³⁵ § 723 ABGB könnte aber im spiegelverkehrten Fall eine Rolle spielen. Man stelle sich einen Testator vor, der abweichend von seinem bisherigen schriftlichen Testament ein gültiges Nottestament errichtet. Gem § 713 ABGB derogiert es dem früheren Testament, wenn auf dieses nicht Bezug genommen wird. Nach Beendigung der Gefahr vernichtet der Erblasser sein altes Testament, weil er mit der neuen Regelung zufrieden ist. Hier müsste man sagen, dass der Zeitablauf trotzdem nicht gehindert wird. Es bedürfte eines neuerlichen formgültigen Willensaktes, der das Nottestament zu einem „normalen“ Testament umwandelt und ihm damit unbegrenzten zeitlichen Bestand verschafft.

³⁶ Zur Formbedürftigkeit des Fortgeltungswillens s Rabl, Altes Testament 10ff.

³⁷ Ehrenzweig, System² II/2, 473; Handl in Klang¹, II/1, 539; Gschnitzer, Erbrecht (1964) 37, Weiß in Klang² III 702.

³⁸ Kralik, Erbrecht 147; Rabl, Altes Testament 13f mwN.

Einen Willen zur teilweisen Fortgeltung der alten Verfügung im eigentlichen Sinn wird man oft nicht konstruieren können. Denn es wäre wohl gekünstelt, zu sagen, im obigen Beispiel errichte der Erblasser nicht einfach ein neues Testament, sondern ordne die Weitergeltung der alten Erbseinsetzung an und ändere nur das Legat. Zugespißt wird dies im Fall, dass der Legatar derselbe bleibt (Gärtner bleibt Gärtner), aber die umfänglich viel bedeutendere Erbseinsetzung verändert wird (Tierschutzverein wird Krankenpflegerin). Niemand wird behaupten, der Erblasser wolle mit seiner neuen Verfügung die alte Verfügung als Kodizill zugunsten des Gärtners aufrechterhalten und nun ein neues Testament mit neuer Erbseinsetzung zugunsten der Pflegerin errichten. Schon psychologisch betrachtet ist in beiden Fällen eindeutig von einem einheitlichen Erklärungsakt auszugehen. Die neue Verfügung soll unbeschränkt gelten, es geht nicht etwa um die Harmonisierung der alten und der neuen Verfügung.

Es kann allerdings nicht bestritten werden, dass wenn gleich es keinen Willen zur Fortgeltung der ersten Verfügung gibt, der Erblasser immerhin das Weiterbestehen zumindest der wiederholten Klauseln will. Dieser Wille wird durch die formgültige Bestätigung im Nottestament manifest. Der Erblasser will nach wie vor die Geltung dieser Anordnungen.

Aus diesem Grund ist es in diesem Fall daher legitim, schon aus Respekt vor dem sonst völlig konterkarierten Erblasserwillen einen Fortgeltungswillen hinsichtlich der bestätigten Anordnungen anzunehmen. Die alte Verfügung gilt weiterhin,³⁹ es kommt zum Nebeneinanderbestehen der alten und der neuen Verfügung bis zum Zeitpunkt, in dem die neue Verfügung (Nottestament) wegen Zeitablaufs wegfällt. Danach bleiben nur die im Nottestament bestätigten Anordnungen der ersten Verfügung aufrecht.

3. Miteinbeziehung von Minderjährigen und Personen unter Sachwalterschaft

Nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes (§§ 568, 569 ABGB) soll das Nottestament auch mündigen Minderjäh-

rigen und solchen unter Sachwalterschaft stehenden Personen offen stehen, die nach Anordnung des Gerichts an sich nur vor Gericht oder Notar testieren können. Es drängt sich die Frage auf, ob jemand, dem Gesetz (§ 569 ABGB) oder Gericht (§ 568 iVm § 273 ABGB) wegen mangelnder Einsichtsfähigkeit allgemein die Fähigkeit absprechen, außergerichtlich (und damit „unbeaufsichtigt“) zu testieren, diese Fähigkeit gerade dann erlangt, wenn er in unmittelbarer Todesgefahr schwebt. Die Rationalität der Reaktion auf diese Situation wird schon bei voll Geschäftsfähigen problematisch sein.

Natürlich ist die Entscheidung des Gesetzgebers zu respektieren, das Nottestament auch Minderjährigen und Personen unter Sachwalterschaft zu gestatten. Auch hier ist freilich darauf hinzuweisen, dass die grundsätzliche Zulässigkeit der Notform bei Minderjährigen und unter Sachwalterschaft stehenden Personen nicht das Vorliegen tatsächlicher Testierfähigkeit ersetzt.⁴⁰

Allerdings gibt das Gesetz durch die Miteinbeziehung dieser Gruppen einen für alle Erblasser beachtlichen Hinweis darauf, welches Maß an Testierfähigkeit erreicht werden muss. Jedenfalls müssen nämlich die Fähigkeiten eines 14-jährigen erreicht werden. Bleibt der Testator „dahinter“ zurück, ist das Testament ungültig. Mit anderen Worten: Wer die Fähigkeiten eines durchschnittlichen 14-jährigen bei der Testamentserrichtung hat, dem steht die Notform offen. Dies wird auch für Personen unter Sachwalterschaft eine taugliche Richtschnur darstellen.⁴¹

C. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Personen, für die ein Sachwalter bestellt ist, sind in ihren Testiermöglichkeiten nur beschränkt, wenn dies gerichtlich angeordnet ist. Sie können dann nur mündlich vor Gericht oder Notar testieren.
2. Für Sachwalterbestellungen, die vor dem 1. 1. 2005 erfolgt sind, gilt eine Beschränkung auf letztwillige Verfügungen vor Gericht oder Notar iSd § 568 ABGB (Art IV § 8 FamErbRÄG).
3. Die Errichtung eines Nottestaments ist Minderjährigen und Personen, für die ein Sachwalter bestellt ist, unter den allgemeinen Voraussetzungen möglich. Die auch für das Nottestament nötige Testierfähigkeit ist nur bei Personen zu bejahen, die zumindest über die geistigen Fähigkeiten eines 14-jährigen verfügen.
4. Mündliche Verfügungen können seit 1. 1. 2005 nur mehr vor Gericht oder Notar oder im Notfall (§ 597 ABGB) errichtet werden. Bis zum 31. 12. 2004 errichtete mündliche letztwillige Anordnungen bleiben gültig.

³⁹ Der Auffassung von der Weitergeltung der alten Verfügung ist *Kralik*, Erbrecht 147 entgegengetreten, der meint, auch bei Fortgeltungswillen erlösche das alte Testament, seine Anordnungen würden iSd § 582 ABGB Bestandteile der neuen Verfügung, so dass es immer nur ein Testament gibt. Wer diese Auffassung vertritt, ist hier am Ende seiner Kunst angelangt, die alte Verfügung würde Teil der neuen, deren Zeit abläuft. Gegen *Kralik* spricht freilich § 723 ABGB, nachdem eine intakte ältere Verfügung durch Aufhebung einer neueren wieder in Kraft tritt. Wenn *Kralik* eine Absorption des älteren Testaments durch das neuere vertritt, scheint es allerdings mehr als zweifelhaft, ob es bei Vertilgung der neuen Verfügung auch zum Wiederaufleben der älteren Verfügung kommen kann (diese Kritik auch bei *Rabl*, Altes Testament 29). Insgesamt ist daher mE der Auffassung *Kraliks* nicht zu folgen (weiterführend gegen diesen auch *Rabl*, Altes Testament 26 ff), ein aufrecht erhaltenes altes Testament wird nicht Teil der neuen Verfügung, sondern bleibt selbständig bestehen.

⁴⁰ *Sperl*, Zum Begriff und zur Problematik der Testierfähigkeit, JBl 1975, 449; *Edlbacher*, Ein paar allgemeine Anmerkungen zum Sachwalterschaftsgesetz, ÖJZ 1985, 161 (165).

⁴¹ Vgl *Koziol/Welser* II¹², 445; vgl auch *Eccher*, Erbrecht² Rz 4/20 und denselben in *Schwimann*³ § 568 Rz 5.

5. Besteht die Gefahr, dass der Erblasser stirbt oder die Fähigkeit zu testieren verliert, bevor er seinen letzten Willen erklären kann, kann er mündlich oder schriftlich unter Beiziehung zweier Zeugen testieren. Dasselbe gilt, wenn der objektiv nachvollziehbare Eindruck besteht, der Erblasser befände sich in einer derartigen Notsituation.
6. Das Nottestament hebt im Zweifel frühere Verfügungen auf (§ 713 ABGB). Es kommt nicht zu ihrem Wiederaufleben, wenn das Nottestament durch Zeitablauf ungültig wird.
7. Anordnungen eines früheren Testaments, die im Nottestament wiederholt wurden, bleiben aufrecht.