

TE OGH 2022/5/30 2Ob63/22m

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 30.05.2022

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Senatspräsidentin Dr. Grohmann als Vorsitzende, den Senatspräsidenten Dr. Musger sowie die Hofräte Dr. Nowotny, MMag. Sloboda und Dr. Kikinger als weitere Richter in der Verlassenschaftssache nach dem am * verstorbenen A*, zuletzt *, wegen Feststellung des Erbrechts zwischen den Antragstellern 1. E*, vertreten durch TWS Rechtsanwälte og in St. Pölten, und 2. K*, vertreten durch Dr. Eric Heinke, Rechtsanwalt in Wien, über den außerordentlichen Revisionsrekurs der Erstantragstellerin gegen den Beschluss des Landesgerichts St. Pölten als Rekursgericht vom 2. März 2022, GZ 23 R 60/22d-25, womit infolge Rekurses der Erstantragstellerin der Beschluss des Bezirksgerichts Neulengbach vom 22. Dezember 2021, GZ 1 A 318/20t-21, bestätigt wurde, den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem außerordentlichen Revisionsrekurs wird Folge gegeben. Der angefochtene Beschluss wird dahin abgeändert, dass er lautet:

„Das Erbrecht der Erstantragstellerin wird aufgrund des Erbvertrags samt wechselseitigem Testament vom 6. August 2018 zum gesamten Nachlass festgestellt.

Die aufgrund des Gesetzes abgegebene Erbantrittserklärung der Zweitantragstellerin wird abgewiesen.“

Die Zweitantragstellerin ist schuldig, der Erstantragstellerin die mit 8.215,20 EUR bestimmten Kosten des Verfahrens aller drei Instanzen (darin 1.369,20 EUR USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Begründung:

[1] Der 2020 verstorbene Erblasser schloss mit der Erstantragstellerin, seiner Ehefrau, am 6. August 2018 einen „Erbvertrag samt Testament“ in Notariatsaktsform ab. Nach dessen Inhalt setzen einander die Eheleute „wechselseitig und zwar zu drei Viertel ihres künftigen Nachlasses erbvertragsmäßig und einseitig unwiderruflich unter gegenseitiger Annahme und zu einem Viertel, das nach dem Gesetz einer letztwilligen Verfügung vorbehalten werden muss, hiemit testamentarisch wechselseitig als Erben ein“. In weiterer Folge trafen die Eheleute Regelungen für den Fall gleichzeitigen Versterbens und des Ablebens des Zuletztversterbenden, mit denen sie die „erbrechtliche völlige Gleichbehandlung unserer vier Kinder“ anstrebten. Nach dem Inhalt der Schlussklausel wurde der Notariatsakt „den Parteien in gleichzeitiger und ununterbrochener Gegenwart [zweier näher genannter] Akts- und Testamentszeugen vorgelesen, von den Parteien vollinhaltlich genehmigt, wobei dieselben ausdrücklich erklärten, dass dieser Notariatsakt auch ihren letzten Willen enthalte und sodann [...] von den Parteien als auch den Akts- und

Testamentszeugen vor mir, Notar, unterschrieben“. Der Notariatsakt trägt die Unterschriften des Erblassers und seiner Ehefrau sowie der zwei Zeuginnen (jeweils mit dem handschriftlichen Zusatz „als Akts- und Testamentszeugen“), enthält aber keine handschriftliche Nuncupatio des Erblassers (und seiner Ehefrau).

[2] Die Erstantragstellerin gab „aufgrund des Erbvertrags samt Testament“ vom 6. August 2018 die bedingte Erbantrittserklärung zum gesamten Nachlass ab. Im Erbrechtsstreit brachte sie vor, dass die in § 583 ABGB geregelte notarielle letztwillige Verfügung eine eigene Form letztwilliger Verfügungen darstelle, sodass die Vorschriften des § 579 ABGB – darunter das Erfordernis der eigenhändigen Nuncupatio des Erblassers – auf den zu beurteilenden Notariatsakt keine Anwendung finden. [2] Die Erstantragstellerin gab „aufgrund des Erbvertrags samt Testament“ vom 6. August 2018 die bedingte Erbantrittserklärung zum gesamten Nachlass ab. Im Erbrechtsstreit brachte sie vor, dass die in Paragraph 583, ABGB geregelte notarielle letztwillige Verfügung eine eigene Form letztwilliger Verfügungen darstelle, sodass die Vorschriften des Paragraph 579, ABGB – darunter das Erfordernis der eigenhändigen Nuncupatio des Erblassers – auf den zu beurteilenden Notariatsakt keine Anwendung finden.

[3] Die Zweitantragstellerin gab als Tochter des Erblassers aufgrund des Gesetzes eine bedingte Erbantrittserklärung zum gesamten Nachlass ab. Im Erbrechtsstreit brachte sie vor, dass der Erbvertrag samt Testament formungültig sei, weil die in § 579 ABGB vorgesehene eigenhändige Bekräftigung des letzten Willens fehle. Ein Erbvertrag müsse mit allen Erfordernissen eines schriftlichen Testaments errichtet werden. § 70 NO regle nur die Aufnahme letztwilliger Anordnungen in Form eines notariellen Protokolls, nicht aber in Form eines Notariatsakts. Einschlägig für einen Notariatsakt sei vielmehr § 67 NO, der die Beachtung der Formvorschriften für fremdhändige letztwillige Verfügungen – sohin auch § 579 ABGB – fordere. Die Zweitantragstellerin beantragt, ihr gesetzliches Erbrecht als Tochter zu zwei Dritteln des Nachlasses und jenes der Erstantragstellerin als Witwe zu einem Drittel festzustellen. [3] Die Zweitantragstellerin gab als Tochter des Erblassers aufgrund des Gesetzes eine bedingte Erbantrittserklärung zum gesamten Nachlass ab. Im Erbrechtsstreit brachte sie vor, dass der Erbvertrag samt Testament formungültig sei, weil die in Paragraph 579, ABGB vorgesehene eigenhändige Bekräftigung des letzten Willens fehle. Ein Erbvertrag müsse mit allen Erfordernissen eines schriftlichen Testaments errichtet werden. Paragraph 70, NO regle nur die Aufnahme letztwilliger Anordnungen in Form eines notariellen Protokolls, nicht aber in Form eines Notariatsakts. Einschlägig für einen Notariatsakt sei vielmehr Paragraph 67, NO, der die Beachtung der Formvorschriften für fremdhändige letztwillige Verfügungen – sohin auch Paragraph 579, ABGB – fordere. Die Zweitantragstellerin beantragt, ihr gesetzliches Erbrecht als Tochter zu zwei Dritteln des Nachlasses und jenes der Erstantragstellerin als Witwe zu einem Drittel festzustellen.

[4] Das Erstgericht stellte das Erbrecht der Zweitantragstellerin zu zwei Dritteln des Nachlasses fest und wies die Erbantrittserklärung der Erstantragstellerin ab.

[5] Das Rekursgericht gab dem Rekurs der Erstantragstellerin nicht Folge, und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 30.000 EUR übersteige. Der „Erbvertrag samt Testament“ vom 6. August 2018 sei formungültig. Der in § 67 NO enthaltene Generalverweis auf die Formvorschriften des ABGB für letztwillige Verfügungen umfasse auch einen Verweis auf § 579 ABGB. Daher sei bei Errichtung eines Notariatsakts über einen Erbvertrag oder eine andere letztwillige Anordnung eine eigenhändige Nuncupatio erforderlich. [5] Das Rekursgericht gab dem Rekurs der Erstantragstellerin nicht Folge, und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 30.000 EUR übersteige. Der „Erbvertrag samt Testament“ vom 6. August 2018 sei formungültig. Der in Paragraph 67, NO enthaltene Generalverweis auf die Formvorschriften des ABGB für letztwillige Verfügungen umfasse auch einen Verweis auf Paragraph 579, ABGB. Daher sei bei Errichtung eines Notariatsakts über einen Erbvertrag oder eine andere letztwillige Anordnung eine eigenhändige Nuncupatio erforderlich.

[6] Den ordentlichen Revisionsrekurs ließ das Rekursgericht „aufgrund eindeutiger gesetzlicher Bestimmungen“ nicht zu.

[7] Dagegen richtet sich der außerordentliche Revisionsrekurs der Erstantragstellerin mit dem Antrag auf Abänderung dahin, dass ihr Erbrecht festgestellt und die Erbantrittserklärung der Zweitantragstellerin abgewiesen werden möge(n); hilfsweise stellt sie einen Aufhebungsantrag.

[8] Die Zweitantragstellerin beantragt in der freigestellten Revisionsrekursbeantwortung, den Revisionsrekurs zurückzuweisen, hilfsweise, ihm nicht Folge zu geben.

[9] Der außerordentliche Revisionsrekurs ist zulässig, weil Rechtsprechung zur Frage fehlt, ob der in § 67 NO

enthaltene Generalverweis auf die Formvorschriften des ABGB für letztwillige Verfügungen nach dem ErbRÄG 2015 auch einen Verweis auf § 579 ABGB enthält; er ist im Sinn des primär gestellten Abänderungsantrags auchberechtigt. [9] Der außerordentliche Revisionsrekurs ist zulässig, weil Rechtsprechung zur Frage fehlt, ob der in Paragraph 67, NO enthaltene Generalverweis auf die Formvorschriften des ABGB für letztwillige Verfügungen nach dem ErbRÄG 2015 auch einen Verweis auf Paragraph 579, ABGB enthält; er ist im Sinn des primär gestellten Abänderungsantrags auch berechtigt.

[10] Die Erstantragstellerin argumentiert im Revisionsrekurs, dass sich der Verweis des § 67 NO auf die „besonderen Vorschriften des ABGB“ bei systematischer Interpretation nur auf § 583 ABGB beziehe, der keine eigenhändige Nuncupatio fordere. Der Normzweck der eigenhändigen Nuncupatio – die Fälschungsgeneigntheit fremdhändiger Testamente in den Griff zu bekommen – mache deutlich, dass eine schriftliche notarielle Verfügung keine solche erfordere. [10] Die Erstantragstellerin argumentiert im Revisionsrekurs, dass sich der Verweis des Paragraph 67, NO auf die „besonderen Vorschriften des ABGB“ bei systematischer Interpretation nur auf Paragraph 583, ABGB beziehe, der keine eigenhändige Nuncupatio fordere. Der Normzweck der eigenhändigen Nuncupatio – die Fälschungsgeneigntheit fremdhändiger Testamente in den Griff zu bekommen – mache deutlich, dass eine schriftliche notarielle Verfügung keine solche erfordere.

Dazu hat der erkennende Fachsenat erwogen:

Rechtliche Beurteilung

[11] 1. Aufgrund des Errichtungszeitpunkts der zu beurteilenden letztwilligen Verfügung ist die Rechtslage nach dem ErbRÄG 2015 anzuwenden (§ 1503 Abs 7 Z 5 ABGB). [11] 1. Aufgrund des Errichtungszeitpunkts der zu beurteilenden letztwilligen Verfügung ist die Rechtslage nach dem ErbRÄG 2015 anzuwenden (Paragraph 1503, Absatz 7, Ziffer 5, ABGB).

[12] 2. Das ABGB kennt mehrere, grundsätzlich gleichwertig nebeneinander stehende Arten zulässiger letztwilliger Verfügungen. Für fremdhändige letztwillige (schriftliche) Verfügungen stehen neben der privaten Form des fremdhändigen Testaments (§ 579 ABGB) auch die öffentlichen Formen des gerichtlichen Testaments (§ 581 und § 582 ABGB) und des notariellen Testaments (§ 583 ABGB; §§ 67, 70–75 NO) zur Verfügung (Hampton in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht² Rz 5.58). [12] 2. Das ABGB kennt mehrere, grundsätzlich gleichwertig nebeneinander stehende Arten zulässiger letztwilliger Verfügungen. Für fremdhändige letztwillige (schriftliche) Verfügungen stehen neben der privaten Form des fremdhändigen Testaments (Paragraph 579, ABGB) auch die öffentlichen Formen des gerichtlichen Testaments (Paragraph 581 und Paragraph 582, ABGB) und des notariellen Testaments (Paragraph 583, ABGB; Paragraphen 67, 70 –, 75, NO) zur Verfügung (Hampton in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht² Rz 5.58).

2.1. § 579 ABGB lautet: 2.1. Paragraph 579, ABGB lautet:

„(1) Eine von ihm nicht eigenhändig geschriebene letztwillige Verfügung muss der Verfügende in Gegenwart von drei gleichzeitig anwesenden Zeugen eigenhändig unterschreiben und mit einem eigenhändig geschriebenen Zusatz versehen, dass die Urkunde seinen letzten Willen enthält.

(2) Die Zeugen, deren Identität aus der Urkunde hervorgehen muss, haben auf der Urkunde mit einem auf ihre Eigenschaft als Zeugen hinweisenden und eigenhändig geschriebenen Zusatz zu unterschreiben. Den Inhalt der letztwilligen Verfügung müssen sie nicht kennen.“

[13] Die private Form des fremdhändigen Testaments erfordert damit nach § 579 ABGB unter anderem einen eigenhändig geschriebenen Zusatz des Erblassers, dass die Urkunde seinen letzten Willen enthält. Diese – durch das ErbRÄG 2015 neu eingeführte – eigenhändige Nuncupatio ist ein selbstständiges Solemnitätserfordernis, das zwingend neben die eigenhändige Unterfertigung der fremdhändigen letztwilligen Verfügung tritt. Damit soll insbesondere eine größere Sicherheit gegen Fälschungen durch eine graphologische Zuordnung zum Testator herbeigeführt werden (Mondel/Knechtel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.04 § 579 Rz 1/0 mwN; vgl auch Hampton in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht² Rz 5.74). [13] Die private Form des fremdhändigen Testaments erfordert damit nach Paragraph 579, ABGB unter anderem einen eigenhändig geschriebenen Zusatz des Erblassers, dass die Urkunde seinen letzten Willen enthält. Diese – durch das ErbRÄG 2015 neu eingeführte – eigenhändige Nuncupatio ist ein selbstständiges Solemnitätserfordernis, das zwingend neben die eigenhändige Unterfertigung der fremdhändigen letztwilligen

Verfügung tritt. Damit soll insbesondere eine größere Sicherheit gegen Fälschungen durch eine graphologische Zuordnung zum Testator herbeigeführt werden (Mondel/Knechtel in Klete?ka/Schauer, ABGB-ON1.04 Paragraph 579, Rz 1/0 mwN; vergleiche auch Hampton in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht² Rz 5.74).

[14] 2.2. Nach dem mit „notarielle Verfügung“ überschriebenen § 583 ABGB kann „eine letztwillige Verfügung weiters vor zwei Notaren oder vor einem Notar und zwei Zeugen schriftlich oder mündlich errichtet werden. Die §§ 67 und 70 bis 75 Notariatsordnung sind anzuwenden.“ [14] 2.2. Nach dem mit „notarielle Verfügung“ überschriebenen Paragraph 583, ABGB kann „eine letztwillige Verfügung weiters vor zwei Notaren oder vor einem Notar und zwei Zeugen schriftlich oder mündlich errichtet werden. Die Paragraphen 67 und 70 bis 75 Notariatsordnung sind anzuwenden.“

[15] Die öffentliche Form des notariellen Testaments hat durch § 583 ABGB erstmals in den Gesetzestext des ABGB Eingang gefunden, womit aber keine strukturelle Änderung gegenüber der alten Rechtslage intendiert war (Mondel/Knechtel in Klete?ka/Schauer, ABGB-ON1.04 § 583 Rz 1 mwN). [15] Die öffentliche Form des notariellen Testaments hat durch Paragraph 583, ABGB erstmals in den Gesetzestext des ABGB Eingang gefunden, womit aber keine strukturelle Änderung gegenüber der alten Rechtslage intendiert war (Mondel/Knechtel in Klete?ka/Schauer, ABGB-ON1.04 Paragraph 583, Rz 1 mwN).

3. Die Errichtung einer letztwilligen notariellen Anordnung ist sowohl in Protokollform (§ 70 NO) als auch in Notariatsaktsform (§ 67 NO) möglich (Mondel/Knechtel in Klete?ka/Schauer, ABGB-ON1.04 § 583 Rz 2 mwN). Es ist damit zwischen zwei Arten notarieller Testamente zu differenzieren, wobei ein Notariatsakt wiederum zwei Erscheinungsformen aufweisen kann: Einerseits kann das Rechtsgeschäft unmittelbar als Notariatsakt errichtet und durch den Notar aufgenommen werden, andererseits kann auch eine von den Parteien bereits errichtete Privaturkunde in Form einer Solemnisierung nach § 54 NO notariell „bekräftigt“ werden (Schauer, Was ist ein notarielles Testament ? in FS Welser [2004] 919 [920 ff]). 3. Die Errichtung einer letztwilligen notariellen Anordnung ist sowohl in Protokollform (Paragraph 70, NO) als auch in Notariatsaktsform (Paragraph 67, NO) möglich (Mondel/Knechtel in Klete?ka/Schauer, ABGB-ON1.04 Paragraph 583, Rz 2 mwN). Es ist damit zwischen zwei Arten notarieller Testamente zu differenzieren, wobei ein Notariatsakt wiederum zwei Erscheinungsformen aufweisen kann: Einerseits kann das Rechtsgeschäft unmittelbar als Notariatsakt errichtet und durch den Notar aufgenommen werden, andererseits kann auch eine von den Parteien bereits errichtete Privaturkunde in Form einer Solemnisierung nach Paragraph 54, NO notariell „bekräftigt“ werden (Schauer, Was ist ein notarielles Testament ? in FS Welser [2004] 919 [920 ff]).

[16] 3.1. Bei Errichtung eines Notariatsakts ist der Notar zur Erforschung der „persönliche[n] Fähigkeit und Berechtigung jeder Partei zum Abschluss des Geschäfts“ verpflichtet und hat sich nach Vorlesen des Notariatsakts durch persönliches Befragen der Parteien zu vergewissern, dass „derselbe ihrem Willen entsprechend sei“ (§ 52 NO). Die Identität der Parteien hat der Notar – ebenso wie jene der beizuziehenden Zeugen (§ 57 NO) – zu überprüfen (§ 55 NO; etwa durch einen amtlichen Lichtbildausweis § 55 Abs 1 Z 1 NO)). Wenn ein Notariatsakt über einen Erbvertrag oder eine andere letztwillige Anordnung errichtet wird, ist die Beiziehung zweier Aktszeugen notwendig (§ 56 Abs 1 lit a NO), die zugleich als Testamentszeugen fungieren können (§ 67 Abs 2 NO). Statt der beiden Zeugen kann auch ein zweiter Notar zugezogen werden (§ 56 Abs 2 NO). Nach § 68 NO hat jeder Notariatsakt unter anderem die Namen der Parteien und Zeugen (lit c) sowie deren Unterschriften (lit g) zu enthalten; im Akt hat der Notar die Anschrift der Parteien und Zeugen anzuführen (§ 68 Abs 2 NO). Besondere Regelungen für die Errichtung eines Notariatsakts über einen Erbvertrag oder eine andere letztwillige Anordnung enthält der im Zuge des ErbRÄG 2015 nicht geänderte § 67 NO, der wie folgt lautet: [16] 3.1. Bei Errichtung eines Notariatsakts ist der Notar zur Erforschung der „persönliche[n] Fähigkeit und Berechtigung jeder Partei zum Abschluss des Geschäfts“ verpflichtet und hat sich nach Vorlesen des Notariatsakts durch persönliches Befragen der Parteien zu vergewissern, dass „derselbe ihrem Willen entsprechend sei“ (Paragraph 52, NO). Die Identität der Parteien hat der Notar – ebenso wie jene der beizuziehenden Zeugen (Paragraph 57, NO) – zu überprüfen (Paragraph 55, NO; etwa durch einen amtlichen Lichtbildausweis § 55 Absatz eins, Ziffer eins, NO)). Wenn ein Notariatsakt über einen Erbvertrag oder eine andere letztwillige Anordnung errichtet wird, ist die Beiziehung zweier Aktszeugen notwendig (Paragraph 56, Absatz eins, Litera a, NO), die zugleich als Testamentszeugen fungieren können (Paragraph 67, Absatz 2, NO). Statt der beiden Zeugen kann auch ein zweiter Notar zugezogen werden (Paragraph 56, Absatz 2, NO). Nach Paragraph 68, NO hat jeder Notariatsakt unter anderem die Namen der Parteien und Zeugen (Litera c,) sowie deren Unterschriften (Litera g,) zu enthalten; im Akt hat der Notar

die Anschrift der Parteien und Zeugen anzuführen (Paragraph 68, Absatz 2, NO). Besondere Regelungen für die Errichtung eines Notariatsakts über einen Erbvertrag oder eine andere letztwillige Anordnung enthält der im Zuge des ErbRÄG 2015 nicht geänderte Paragraph 67, NO, der wie folgt lautet:

„(1) Wenn ein Notariatsakt über einen Erbvertrag oder über eine andere letztwillige Anordnung aufgenommen wird, so müssen auch die besonderen Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, welche die Gültigkeit einer solchen Anordnung bedingen, beobachtet werden. Dieser Notariatsakt kann nicht in elektronischer Form errichtet werden.

(2) Der Notar und die zugezogenen Aktszeugen können, wenn sie die Eignung dazu besitzen, auch Zeugen des letzten Willens sein, und es entfällt die Notwendigkeit der Zuziehung eines dritten Zeugen, wenn im Falle der Zuziehung zweier Notare beide die gesetzliche Eignung als Zeugen des letzten Willens besitzen.“

[17] 3.2. Das notarielle Protokoll in Testamentsform ist unter der Überschrift „Aufnahme letztwilliger Anordnungen“ in §§ 70 ff NO näher geregelt. Der im Zuge des ErbRÄG 2015 novellierte § 70 NO lautet: [17] 3.2. Das notarielle Protokoll in Testamentsform ist unter der Überschrift „Aufnahme letztwilliger Anordnungen“ in Paragraphen 70, ff NO näher geregelt. Der im Zuge des ErbRÄG 2015 novellierte Paragraph 70, NO lautet:

„Bei der Auf- und Entgegennahme letztwilliger Anordnungen sind die allgemeinen Vorschriften über die Amtsführung der Notare und die §§ 569, 581, 582 und 587 bis 591 ABGB sowie die in den §§ 72 und 73 dieses Bundesgesetzes gebotenen Förmlichkeiten zu beachten. In elektronischer Form können letztwillige Anordnungen nicht wirksam errichtet werden.“ „Bei der Auf- und Entgegennahme letztwilliger Anordnungen sind die allgemeinen Vorschriften über die Amtsführung der Notare und die Paragraphen 569, 581, 582 und 587 bis 591 ABGB sowie die in den Paragraphen 72 und 73 dieses Bundesgesetzes gebotenen Förmlichkeiten zu beachten. In elektronischer Form können letztwillige Anordnungen nicht wirksam errichtet werden.“

[18] Während die Regierungsvorlage zum ErbRÄG 2015 in § 70 NO noch einen Verweis auf § 579 ABGB vorsah (RV 688 BlgNR 25. GP, 37), strich der Justizausschuss diesen Verweis, um „einen Gleichklang der Vorschriften zur notariellen Verfügung mit jenen Vorschriften zur gerichtlichen Verfügung herzustellen“ (AB 718 BlgNR 25. GP, 4). [18] Während die Regierungsvorlage zum ErbRÄG 2015 in Paragraph 70, NO noch einen Verweis auf Paragraph 579, ABGB vorsah (Regierungsvorlage 688, BlgNR 25. GP, 37), strich der Justizausschuss diesen Verweis, um „einen Gleichklang der Vorschriften zur notariellen Verfügung mit jenen Vorschriften zur gerichtlichen Verfügung herzustellen“ (Ausschussbericht 718, BlgNR 25. GP, 4).

[19] § 71 NO enthält eine § 53 NO vergleichbare Bestimmung über Belehrungspflichten des Notars, wenn eine Partei „dunkle oder zweideutige Bestimmungen“ aufnehmen möchte. § 72 NO verweist für den Fall eines blinden, stummen oder taubstummen Testators (ebenfalls) auf Bestimmungen über den Notariatsakt. Nach § 73 Abs 1 NO ist „über die Amtshandlung ein Protokoll mit Beobachtung der Bestimmungen des § 68 aufzunehmen“; auch darin liegt ein Verweis auf die Bestimmungen über den Notariatsakt. [19] Paragraph 71, NO enthält eine Paragraph 53, NO vergleichbare Bestimmung über Belehrungspflichten des Notars, wenn eine Partei „dunkle oder zweideutige Bestimmungen“ aufnehmen möchte. Paragraph 72, NO verweist für den Fall eines blinden, stummen oder taubstummen Testators (ebenfalls) auf Bestimmungen über den Notariatsakt. Nach Paragraph 73, Absatz eins, NO ist „über die Amtshandlung ein Protokoll mit Beobachtung der Bestimmungen des Paragraph 68, aufzunehmen“; auch darin liegt ein Verweis auf die Bestimmungen über den Notariatsakt.

[20] 4. Grundsätzlich zutreffend hat das Rekursgericht damit zwischen dem Notariatsakt einerseits und dem notariellen Protokoll gemäß §§ 70 ff NO andererseits differenziert. Während § 67 NO zum Notariatsakt über einen Erbvertrag oder eine andere letztwillige Anordnung generell auf die Notwendigkeit verweist, die „besonderen Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, welche die Gültigkeit einer solchen Anordnung bedingen“ einzuhalten, verweist § 70 NO idF ErbRÄG 2015 zum Protokoll nur auf einzelne Paragraphen des ABGB, darunter gerade nicht § 579 ABGB. [20] 4. Grundsätzlich zutreffend hat das Rekursgericht damit zwischen dem Notariatsakt einerseits und dem notariellen Protokoll gemäß Paragraphen 70, ff NO andererseits differenziert. Während Paragraph 67, NO zum Notariatsakt über einen Erbvertrag oder eine andere letztwillige Anordnung generell auf die Notwendigkeit verweist, die „besonderen Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, welche die Gültigkeit einer solchen Anordnung bedingen“ einzuhalten, verweist Paragraph 70, NO in der Fassung ErbRÄG 2015 zum Protokoll nur auf einzelne Paragraphen des ABGB, darunter gerade nicht Paragraph 579, ABGB.

[21] 5. Aufgrund der unterschiedlichen Verweistechiken in § 67 und § 70 NO stellt sich die Frage, ob ein vor einem Notar in Notariatsaktsform errichtetes schriftliches Testament bzw ein Erbvertrag (auch) den Anforderungen des § 579 ABGB idF ErbRÄG 2015 entsprechen muss und sohin eine eigenhändige Nuncupatio des Erblassers erfordert. [21] 5. Aufgrund der unterschiedlichen Verweistechiken in Paragraph 67 und Paragraph 70, NO stellt sich die Frage, ob ein vor einem Notar in Notariatsaktsform errichtetes schriftliches Testament bzw ein Erbvertrag (auch) den Anforderungen des Paragraph 579, ABGB in der Fassung ErbRÄG 2015 entsprechen muss und sohin eine eigenhändige Nuncupatio des Erblassers erfordert.

[22] 5.1. Rechtsprechung zu dieser Frage fehlt.

5.2. In der Lehre finden sich mehrere Stellungnahmen zum Thema:

[23] 5.2.1. Einhellig wird dabei zur Rechtslage nach dem ErbRÄG 2015 vertreten, dass § 579 ABGB auf schriftliche notarielle Verfügungen nicht anwendbar ist und es daher keiner handschriftlichen Nuncupatio des Erblassers bedarf (Welser, Erbrechts-Kommentar § 583 ABGB Rz 3; Barth/Pesendorfer, Erbrechtsreform 2015 [2015] 27; Kogler, Formvorschriften im neuen Erbrecht [2016] 4 insb FN 12). Eine Differenzierung danach, ob die letztwillige Verfügung in Form eines Notariatsakts (§ 67 NO) oder eines notariellen Protokolls (§§ 70 ff NO) erfolgt, nehmen diese Literaturstimmen allerdings nicht vor. [23] 5.2.1. Einhellig wird dabei zur Rechtslage nach dem ErbRÄG 2015 vertreten, dass Paragraph 579, ABGB auf schriftliche notarielle Verfügungen nicht anwendbar ist und es daher keiner handschriftlichen Nuncupatio des Erblassers bedarf (Welser, Erbrechts-Kommentar Paragraph 583, ABGB Rz 3; Barth/Pesendorfer, Erbrechtsreform 2015 [2015] 27; Kogler, Formvorschriften im neuen Erbrecht [2016] 4 insb FN 12). Eine Differenzierung danach, ob die letztwillige Verfügung in Form eines Notariatsakts (Paragraph 67, NO) oder eines notariellen Protokolls (Paragraphen 70, ff NO) erfolgt, nehmen diese Literaturstimmen allerdings nicht vor.

5.2.2. Eine solche Differenzierung findet sich hingegen in zwei weiteren Stellungnahmen:

[24] Zur Rechtslage vor dem ErbRÄG 2015 geht Schauer (in FS Welser 919 [922]) davon aus, dass der Verweis des § 67 Abs 1 NO den „Vorschriften für private Testamente“ (unter anderem also § 579 ABGB) gilt. [24] Zur Rechtslage vor dem ErbRÄG 2015 geht Schauer (in FS Welser 919 [922]) davon aus, dass der Verweis des Paragraph 67, Absatz eins, NO den „Vorschriften für private Testamente“ (unter anderem also Paragraph 579, ABGB) gilt.

[25] Zur Rechtslage nach dem ErbRÄG 2015 lehrt Schwarzenegger (in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht² Rz 5.111), dass der pauschale Verweis des § 67 Abs 1 NO auf „die Formvorschriften des ABGB für letztwillige Verfügungen“ ein wenig dunkel sei. Sollte ein Mantelakt (§ 54 NO) errichtet werden, beziehe er sich auf die Formgültigkeit der Privaturkunde (somit auf § 578 oder § 579 ABGB); ansonsten aber auf § 583 ABGB, der seinerseits auf § 67 NO verweise, sodass sich insofern der Kreis schließe. Schließlich seien auch die Vorschriften des ABGB über die wirksame Bezeugung letztwilliger Verfügungen (§§ 587 ff) gemeint, die von jenen für die Aktszeugen nach der NO im Detail abwichen. [25] Zur Rechtslage nach dem ErbRÄG 2015 lehrt Schwarzenegger (in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht² Rz 5.111), dass der pauschale Verweis des Paragraph 67, Absatz eins, NO auf „die Formvorschriften des ABGB für letztwillige Verfügungen“ ein wenig dunkel sei. Sollte ein Mantelakt (Paragraph 54, NO) errichtet werden, beziehe er sich auf die Formgültigkeit der Privaturkunde (somit auf Paragraph 578, oder Paragraph 579, ABGB); ansonsten aber auf Paragraph 583, ABGB, der seinerseits auf Paragraph 67, NO verweise, sodass sich insofern der Kreis schließe. Schließlich seien auch die Vorschriften des ABGB über die wirksame Bezeugung letztwilliger Verfügungen (Paragraphen 587, ff) gemeint, die von jenen für die Aktszeugen nach der NO im Detail abwichen.

[26] 5.3. Der erkennende Fachsenat kommt aus systematischen und teleologischen Erwägungen zum Ergebnis, dass bei Errichtung einer letztwilligen Verfügung bei einem Notar keine eigenhändige Nuncupatio des Erblassers erforderlich ist.

[27] Bei einem notariellen Protokoll ergibt sich dies bereits aus dem fehlenden Verweis auf § 579 ABGB in § 70 NO. [27] Bei einem notariellen Protokoll ergibt sich dies bereits aus dem fehlenden Verweis auf Paragraph 579, ABGB in Paragraph 70, NO.

[28] Beim generellen Verweis des § 67 Abs 1 NO auf die „besonderen Vorschriften“ des ABGB über die Formgültigkeit einer letztwilligen Verfügung ist zu berücksichtigen, dass das ABGB seit dem ErbRÄG 2015 – anders als vor der Erbrechtsreform – neben dem fremdhändigen privaten Testament (§ 579 ABGB) auch die gleichwertige Form der notariellen Verfügung (§ 583 ABGB) regelt. Da ein Verweis des § 67 NO auf die (auch schon vor der Erbrechtsreform im

ABGB geregelte) gerichtliche letztwillige Verfügung (§ 581 f ABGB) schon mangels Anwesenheit von „Gerichtsbediensteten“ beim Testier- bzw Protokollierungsvorgang nicht als zielführend angesehen werden kann, konnte sich der generelle Verweis des § 67 Abs 1 NO vor dem ErbRÄG 2015 nur auf die Vorschriften für das fremdhändige Privattestament beziehen (Schauer in FS Welser 919 [922]). Nach dem ErbRÄG 2015 umfasst im Fall der Errichtung einer letztwilligen Verfügung in Notariatsaktsform (und nicht bloß der Solemnisierung einer Privaturkunde nach § 54 NO) der – im Zug der Erbrechtsreform nicht veränderte – generelle Verweis in § 67 Abs 1 NO bei verständiger Würdigung hingegen keinen solchen auf § 579 ABGB, sondern nur einen solchen auf § 583 ABGB (Schwarzenegger in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht² Rz 5.111). [28] Beim generellen Verweis des Paragraph 67, Absatz eins, NO auf die „besonderen Vorschriften“ des ABGB über die Formgültigkeit einer letztwilligen Verfügung ist zu berücksichtigen, dass das ABGB seit dem ErbRÄG 2015 – anders als vor der Erbrechtsreform – neben dem fremdhändigen privaten Testament (Paragraph 579, ABGB) auch die gleichwertige Form der notariellen Verfügung (Paragraph 583, ABGB) regelt. Da ein Verweis des Paragraph 67, NO auf die (auch schon vor der Erbrechtsreform im ABGB geregelte) gerichtliche letztwillige Verfügung (Paragraph 581, f ABGB) schon mangels Anwesenheit von „Gerichtsbediensteten“ beim Testier- bzw Protokollierungsvorgang nicht als zielführend angesehen werden kann, konnte sich der generelle Verweis des Paragraph 67, Absatz eins, NO vor dem ErbRÄG 2015 nur auf die Vorschriften für das fremdhändige Privattestament beziehen (Schauer in FS Welser 919 [922]). Nach dem ErbRÄG 2015 umfasst im Fall der Errichtung einer letztwilligen Verfügung in Notariatsaktsform (und nicht bloß der Solemnisierung einer Privaturkunde nach Paragraph 54, NO) der – im Zug der Erbrechtsreform nicht veränderte – generelle Verweis in Paragraph 67, Absatz eins, NO bei verständiger Würdigung hingegen keinen solchen auf Paragraph 579, ABGB, sondern nur einen solchen auf Paragraph 583, ABGB (Schwarzenegger in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht² Rz 5.111).

[29] Die Zweitantragstellerin weist in der Revisionsrekursbeantwortung grundsätzlich zutreffend darauf hin, dass durch das ErbRÄG 2015 im Hinblick auf notarielle Testamente keine strukturelle Änderung eintreten sollte (siehe oben Punkt 2.2.). Der von ihr daraus gezogene Schluss, es seien daher jedenfalls die Vorschriften des § 579 ABGB bei Errichtung eines Notariatsakts einzuhalten, überzeugt jedoch nicht, würde doch die Bejahung des Erfordernisses einer erst durch das ErbRÄG 2015 eingeführten eigenhändigen Nuncupatio des Erblassers im Ergebnis zu einer Verschärfung der Formvorschriften führen. [29] Die Zweitantragstellerin weist in der Revisionsrekursbeantwortung grundsätzlich zutreffend darauf hin, dass durch das ErbRÄG 2015 im Hinblick auf notarielle Testamente keine strukturelle Änderung eintreten sollte (siehe oben Punkt 2.2.). Der von ihr daraus gezogene Schluss, es seien daher jedenfalls die Vorschriften des Paragraph 579, ABGB bei Errichtung eines Notariatsakts einzuhalten, überzeugt jedoch nicht, würde doch die Bejahung des Erfordernisses einer erst durch das ErbRÄG 2015 eingeführten eigenhändigen Nuncupatio des Erblassers im Ergebnis zu einer Verschärfung der Formvorschriften führen.

[30] Eine andere Beurteilung würde bedeuten, dass im Fall der Errichtung eines Notariatsakts über eine letztwillige Verfügung zusätzlich zu den umfassenden Formvorschriften der NO (siehe oben Punkt 3.1.) die Formvorschriften des ABGB sowohl über das private fremdhändige Testament (§ 579 ABGB) als auch über das notarielle Testament § 583 ABGB einzuhalten wären. Ausreichend muss aber nach Ansicht des Senats die Einhaltung einer der gleichwertigen, nunmehr im ABGB geregelten Testamentsformen sein. [30] Eine andere Beurteilung würde bedeuten, dass im Fall der Errichtung eines Notariatsakts über eine letztwillige Verfügung zusätzlich zu den umfassenden Formvorschriften der NO (siehe oben Punkt 3.1.) die Formvorschriften des ABGB sowohl über das private fremdhändige Testament (Paragraph 579, ABGB) als auch über das notarielle Testament (Paragraph 583, ABGB) einzuhalten wären. Ausreichend muss aber nach Ansicht des Senats die Einhaltung einer der gleichwertigen, nunmehr im ABGB geregelten Testamentsformen sein.

[31] Bei einer anderen Sichtweise käme es zu einer sachlich nicht zu rechtfertigenden Privilegierung des notariellen Protokolls gegenüber dem Notariatsakt, obwohl beide Formen inhaltlich im Wesentlichen gleichen Anforderungen unterliegen (vgl Kostner, Das Wesen der Notariatsurkunde, NZ 1964, 51 [53]; oben Punkt 3.2.). [31] Bei einer anderen Sichtweise käme es zu einer sachlich nicht zu rechtfertigenden Privilegierung des notariellen Protokolls gegenüber dem Notariatsakt, obwohl beide Formen inhaltlich im Wesentlichen gleichen Anforderungen unterliegen vergleiche Kostner, Das Wesen der Notariatsurkunde, NZ 1964, 51 [53]; oben Punkt 3.2.).

[32] Auch teleologische Erwägungen tragen die hier vertretene Rechtsansicht. Einige der in § 579 ABGB enthaltenen Formvorschriften sind auch in den Bestimmungen der NO über den Notariatsakt enthalten. Dies gilt etwa für das Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift des Erblassers (§ 68 Abs 1 lit g NO), die Unterschrift der Zeugen (§ 68 Abs 1

lit g NO) und das Erfordernis, dass die Identität der Zeugen aus der Urkunde hervorgehen muss (§ 57, § 68 Abs 1 lit c und Abs 2 NO). In ihrem § 52 regelt die NO überdies, dass der Notar sich vergewissern muss, dass das Rechtsgeschäft dem Willen der Partei entspricht. Vor diesem Hintergrund besteht für die Notwendigkeit einer – primär der Fälschungssicherheit dienenden – handschriftlichen Nuncupatio im Fall der Errichtung einer letztwilligen Verfügung vor einem Notar kein Raum. Auch dem der Nuncupatio innewohnenden Solemnitätsgedanken (vgl RS0128630) ist bei einem Testiervorgang vor einem Notar jedenfalls Rechnung getragen. [32] Auch teleologische Erwägungen tragen die hier vertretene Rechtsansicht. Einige der in Paragraph 579, ABGB enthaltenen Formvorschriften sind auch in den Bestimmungen der NO über den Notariatsakt enthalten. Dies gilt etwa für das Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift des Erblassers (Paragraph 68, Absatz eins, Litera g, NO), die Unterschrift der Zeugen (Paragraph 68, Absatz eins, Litera g, NO) und das Erfordernis, dass die Identität der Zeugen aus der Urkunde hervorgehen muss (Paragraph 57,, Paragraph 68, Absatz eins, Litera c und Absatz 2, NO). In ihrem Paragraph 52, regelt die NO überdies, dass der Notar sich vergewissern muss, dass das Rechtsgeschäft dem Willen der Partei entspricht. Vor diesem Hintergrund besteht für die Notwendigkeit einer – primär der Fälschungssicherheit dienenden – handschriftlichen Nuncupatio im Fall der Errichtung einer letztwilligen Verfügung vor einem Notar kein Raum. Auch dem der Nuncupatio innewohnenden Solemnitätsgedanken vergleiche RS0128630) ist bei einem Testiervorgang vor einem Notar jedenfalls Rechnung getragen.

6. Aus den Vorschriften über die Errichtung eines Erbvertrags im ABGB ergibt sich nichts Anderes:

[33] 6.1. Nach § 1249 ABGB muss ein Erbvertrag „als Notariatsakt und mit allen Erfordernissen eines schriftlichen Testamentes errichtet werden“. Daraus folgt eine doppelte Formstrenge (M. Bydlinski in Rummel/Lukas, ABGB4 § 1249 Rz 5). Der Verweis auf die „Erfordernisse eines schriftlichen Testamentes“ ist allerdings nicht (nur) als Verweis auf § 579 ABGB, sondern (insbesondere) als solcher auf § 583 ABGB zu verstehen. Im Ergebnis können Erbverträge daher formgültig (regelmäßig) in der Form des notariellen (schriftlichen) Testamentes – also unter gleichzeitiger Beiziehung zweier Aktszeugen oder eines zweiten Notars – errichtet werden (vgl Schwarzenegger in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht² Rz 5.301; Fucik in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.06 § 1249 Rz 7 mwN). [33] 6.1. Nach Paragraph 1249, ABGB muss ein Erbvertrag „als Notariatsakt und mit allen Erfordernissen eines schriftlichen Testamentes errichtet werden“. Daraus folgt eine doppelte Formstrenge (M. Bydlinski in Rummel/Lukas, ABGB4 Paragraph 1249, Rz 5). Der Verweis auf die „Erfordernisse eines schriftlichen Testamentes“ ist allerdings nicht (nur) als Verweis auf Paragraph 579, ABGB, sondern (insbesondere) als solcher auf Paragraph 583, ABGB zu verstehen. Im Ergebnis können Erbverträge daher formgültig (regelmäßig) in der Form des notariellen (schriftlichen) Testamentes – also unter gleichzeitiger Beiziehung zweier Aktszeugen oder eines zweiten Notars – errichtet werden vergleiche Schwarzenegger in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht² Rz 5.301; Fucik in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.06 Paragraph 1249, Rz 7 mwN).

[34] 6.2. Auch § 1249 ABGB bietet damit keinen Anhaltspunkt für die Annahme, bei Abschluss eines Erbvertrags in Notariatsaktsform bedürfte es zu dessen Wirksamkeit zusätzlich einer handschriftlichen Nuncupatio des Erblassers iSd § 579 ABGB. [34] 6.2. Auch Paragraph 1249, ABGB bietet damit keinen Anhaltspunkt für die Annahme, bei Abschluss eines Erbvertrags in Notariatsaktsform bedürfte es zu dessen Wirksamkeit zusätzlich einer handschriftlichen Nuncupatio des Erblassers iSd Paragraph 579, ABGB.

7. Als Ergebnis folgt:

[35] Bei Errichtung einer notariellen letztwilligen Verfügung ist – unabhängig davon, ob diese in Form eines Notariatsakts, bei dem das Rechtsgeschäft unmittelbar als solcher errichtet wird, oder eines notariellen Protokolls nach §§ 70 ff NO erfolgt – keine eigenhändige Nuncupatio des Erblassers iSd § 579 ABGB erforderlich. [35] Bei Errichtung einer notariellen letztwilligen Verfügung ist – unabhängig davon, ob diese in Form eines Notariatsakts, bei dem das Rechtsgeschäft unmittelbar als solcher errichtet wird, oder eines notariellen Protokolls nach Paragraphen 70, ff NO erfolgt – keine eigenhändige Nuncupatio des Erblassers iSd Paragraph 579, ABGB erforderlich.

[36] 8. Dem Revisionsrekurs war daher im Sinn des Abänderungsantrags Folge zu geben.

[37] 9. Die Kostenentscheidung beruht auf § 78 iVm § 185 AußStrG. Für den Revisionsrekurs gebührt kein Streitgenossenzuschlag. [37] 9. Die Kostenentscheidung beruht auf Paragraph 78, in Verbindung mit Paragraph 185, AußStrG. Für den Revisionsrekurs gebührt kein Streitgenossenzuschlag.

Textnummer

E135320

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2022:0020OB00063.22M.0530.000

Im RIS seit

13.07.2022

Zuletzt aktualisiert am

28.02.2024

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at