

5. Liegt ein gültiges Nottestament vor, wenn der Bürgermeister in unrichtiger Beurteilung der Sachlage das vorzeitige Ableben des Erblassers besorgt oder zwar für seine Person keine derartige Besorgnis hat, sachlich aber eine solche gerechtfertigt ist?

Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen vom 31. Juli 1938 (RGBl. I S. 973) — TestG. — § 23.

VII. Zivilsenat. Beschl. v. 6. März 1943 i. S. Eheleute S. (Bekl.) w. K. und 1 and. (Bl.). VII (VIII) 125/42.

I. Landgericht St. Pölten.
II. Oberlandesgericht Wien.

Die am 17. März 1941 im Alter von 84 Jahren verstorbene Wirtschaftsbefizherin K. hatte am 4. März 1941 vor dem zuständigen Bürgermeister ein Nottestament errichtet, worin sie die Beklagten zu ihren alleinigen Erben einsetzte. Sie hatte bei einem Sturz 4 Tage vorher einen Beinbruch erlitten und war daher bei Errichtung des Testaments bettlägerig. Die Kläger, die auf Grund eines älteren Testaments Erbrechte behaupten, begehren die Feststellung, daß das Nottestament ungültig und rechtsunwirksam sei, unter anderem deshalb, weil die Voraussetzungen für die Errichtung eines Nottestaments nach § 23 TestG. nicht vorgelegen hätten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat nach dem Klagebegehren erkannt.

Die Revision der Beklagten führte zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Aus den Gründen:

Das Berufungsgericht hat die Zeugenvernehmung des Bürgermeisters, der das Testament der K. vom 4. März 1941 beurkundet hat, wiederholt und stellt auf Grund dieser Vernehmung fest, der Bürgermeister habe bei der Testamentserrichtung nicht die Besorgnis gehabt, daß die Erblasserin früher sterben werde, als die Errichtung eines Testaments vor einem Richter oder vor einem Notar möglich sein werde. Der Bürgermeister habe also, so erklärt das Berufungsgericht, ein Nottestament aufgenommen, obwohl hierzu die gesetzliche Voraussetzung, die nach dem Testamentsgesetz seine Gültigkeit bedinge, nicht gegeben gewesen sei; daher sei das Nottestament un-

gültig und rechtsunwirksam. Wenn der Bürgermeister trotzdem in der Niederschrift über die Testamentserrichtung das Bestehen einer solchen Besorgnis beurkundet habe, so sei diese Beurkundung nicht ausschlaggebend; denn er habe damit etwas beurkundet, was nicht nur sachlich, sondern auch von seinem Standpunkt aus falsch gewesen sei.

Die Revision bekämpft die Ansicht des Berufungsgerichts, ein vor dem Bürgermeister errichtetes Nottestament sei unwirksam, wenn der beurkundende Bürgermeister selbst nicht die Besorgnis eines vorzeitigen Ablebens des Erblassers gehabt habe, als rechtlich unrichtig; sie macht geltend, es müsse jedenfalls genügen, wenn „objektiv“ eine solche Besorgnis vorgelegen habe. Dem ist beizutreten. § 23 Abs. 1 TestG. besagt, daß das Testament vor dem Bürgermeister der Gemeinde, in der der Erblasser sich aufhält, errichtet werden kann, wenn zu besorgen ist, daß der Erblasser früher versterben werde, als die Errichtung eines Testaments vor einem Richter oder vor einem Notar möglich ist. Absatz 2 enthält im ersten Satze zunächst die Vorschrift, daß diese Besorgnis in der Niederschrift des Testaments festgestellt werden soll; im zweiten Satze heißt es dann weiter: „Der Gültigkeit des Testaments steht nicht entgegen, daß die Besorgnis nicht begründet war.“ Die Hinzufügung dieser letzten Vorschrift im Gesetz beruhte auf der Erwägung, daß die Einführung des Nottestaments für den Bürgermeister eine schwierige Aufgabe mit sich gebracht habe. Der Bürgermeister, der doch meist nur über landwirtschaftliche Kenntnisse verfügt, soll bei Unfällen, bei plötzlichen Erkrankungen usw. die selbst für den geschulten Arzt nicht immer leichte Feststellung treffen, ob der Richter oder Notar den Verletzten oder Erkrankten noch am Leben finden werde, eine Aufgabe, die noch dadurch erschwert wird, daß der Bürgermeister sich in der Regel auch gar nicht mit Sicherheit vergewissern kann, bis wann der Richter oder Notar eintreffen kann. Dazu kam für den Gesetzgeber der Gedanke an die Schwierigkeit einer nachträglichen Feststellung, ob im Zeitpunkte der Errichtung des Nottestaments der Gesundheitszustand des Erblassers derart gewesen war, daß er unter Berücksichtigung der Frist, innerhalb deren auf das Eintreffen des Richters oder Notars gerechnet werden konnte, die Besorgnis rechtfertigte, der Erblasser werde das Eintreffen nicht mehr erleben. Diesem Übelstand sollte durch den zweiten Satz des Abs. 2 abgeholfen werden;

es sollte die Gültigkeit des Testaments nicht mit der Behauptung bekämpft, nicht Beweis dafür angetreten werden können, daß die Besorgnis vorzeitigen Ablebens nicht begründet war, sofern sie nur bei Errichtung des Testaments bei derjenigen Person, die das Testament zu beurkunden hatte, also bei dem Bürgermeister, bestand. Das Schrifttum geht darüber hinaus. Es vertritt überwiegend die Anschauung, daß es einzig und allein auf das Vorhandensein der Besorgnis bei dem Bürgermeister ankomme, und zwar auch in verneinender Richtung, so daß das Nottestament stets nichtig sein soll, wenn der Bürgermeister keine Besorgnis hatte, mag auch sachlich ein noch so gefährdender Zustand bestanden haben (MGRKomm. z. BGB. 9. Aufl. Bem. 8 zu § 23 TestG.; Pland BGB. Bem. 2 zu § 2249; Enneccerus-Ripp Erbrecht § 16 Note 3; Bogels Testamentgesetz Bem. 10 zu § 23; Leopold Testamentrecht S. 53). Im Gesetz ist dieser Grundsatz nicht ausgesprochen. Insbesondere folgt dieser Umkehrschluß auch nicht aus dem zweiten Satze des § 23 Abs. 2 TestG. Damit wollte der Gesetzgeber der mangelnden Erfahrung eines Landbürgermeisters Rechnung tragen und das von diesem, wenn auch in irrthümlicher Annahme einer unmittelbar drohenden Lebensgefahr errichtete Testament gegen eine Anfechtung schützen. Es würde aber dem gesunden Volksempfinden und dem Grundgedanken des Testamentgesetzes offenbar widersprechen, wenn ein von einem Bürgermeister aufgenommenes Nottestament deshalb für ungültig erklärt werden müßte, weil der Bürgermeister für seine Person eine unmittelbar drohende Gefahr nicht besorgte, während sachlich eine Lage gegeben war, die das Ableben des Erblassers vor dem Eintreffen des Richters oder Notars besorgen ließ, und diese Besorgnis vielleicht darüber hinaus sich sogar als begründet erwies, indem der Erblasser bald nach Errichtung des Testaments verstarb. Die Voraussetzungen für die Errichtung eines Testaments sind daher als gegeben anzusehen, wenn der Bürgermeister in falscher Beurteilung der Sachlage das vorzeitige Ableben des Erblassers besorgt, andererseits auch dann, wenn er für seine Person eine solche Besorgnis nicht hat, trotzdem aber die Errichtung des Testaments beurkundet und sachlich eine solche Besorgnis gerechtfertigt ist. Wenn der im Schrifttum (Bogels S. 173, Leopold S. 53) angeführte Fall vorliegt, wenn also der Bürgermeister weiß, daß keine Lebensgefahr für den Erblasser besteht, dann fehlt es nicht nur an der Be-

sergnis des Bürgermeisters, sondern auch an einer sachlichen Gefahrenlage und damit an jeder Voraussetzung für das Einschreiten des Bürgermeisters als Urkundsperson.

Das Berufungsgericht hat auf Grund der Zeugenaussage des Bürgermeisters festgestellt, daß dieser das Ableben der Erblasserin in kurzer Zeit nicht befürchtet habe. Allerdings nimmt das Berufungsgericht auch an, daß weder die Erblasserin noch jemand in ihrer Umgebung diese Befürchtung gehabt habe. Damit ist aber noch nicht festgestellt, daß eine Gefahrenlage in dem dargelegten sachlichen Sinne nicht gegeben war. Um beurteilen zu können, ob dieser Fall vorlag oder nicht, bedarf es der Feststellung einerseits, wann nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge das Eintreffen eines Richters oder Notars erwartet werden konnte, und andererseits, ob die Gefahr bestand, daß die Erblasserin schon in wenigen Tagen sterben oder doch in einen Zustand der Testierunfähigkeit verfallen werde. Über diese Frage kann ohne Gutachten eines ärztlichen Sachverständigen nicht entschieden werden. Das Berufungsgericht hat zu dem Gutachten des Sachverständigen überhaupt nicht Stellung genommen. Es bedarf aber jedenfalls einer näheren Erklärung, welchen Zeitraum der Sachverständige unter dem Ausdruck „bald“ versteht, und einer Ergänzung, ob zumindest der Verlust der Testierfähigkeit in wenigen Tagen zu besorgen war. Zur Ergänzung in den bezeichneten Richtungen ist daher unter Aufhebung des angefochtenen Urteils die Rechtsache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.