

21. 1. Kann nach österreichischem Recht ein formungültiges schriftliches Testament als mündliches aufrechterhalten werden?

2. Unter welchen Umständen kann ein mündliches Testament durch schlüssige Handlungen widerrufen werden?

3. Wen trifft die Beweislast, wenn streitig ist, ob ein nicht mehr vorhandenes schriftliches Testament vom Erblasser absichtlich vernichtet worden ist?

ABGB. §§ 579, 585, 721, 722.

VII. Zivilsenat. Ur. v. 26. Mai 1943 i. E. Ferdinand F. (Kl.) w. Franz F. (Bekl.). VII 14/43.

I. Landgericht Klagenfurt.

II. Oberlandesgericht Graz.

Die Bäuerin Agathe F., Eigentümerin des Erbhofes 33 in A., ist am 6. Januar 1940 gestorben. Zwei ihrer Söhne haben sich zum gesamten Nachlaß als Auerben und Erben nach dem bürgerlichen Recht erklärt, der Kläger auf Grund eines eigenhändigen Testaments der Erblasserin vom 6. März 1916, der Beklagte auf Grund eines von fremder Hand niedergeschriebenen Testaments aus dem Jahre 1925, das aber nicht mehr beigebracht werden konnte. Das Verlassenschaftsgericht nahm beide Erklärungen an, wobei es die Verfügung vom Jahre 1925 nicht als schriftliches, wohl aber als mündliches Testament als gültig ansah, und wies den Kläger an, sein Erbrecht binnen Monatsfrist im ordentlichen Rechtswege geltend zu machen. Mit der vorliegenden, rechtzeitig erhobenen Klage begehrt der Kläger die Feststellung, daß das im Jahre 1925 von seiner Mutter zugunsten des Beklagten als Alleinerben errichtete Testament ungültig sei und dem Kläger auf Grund des Testaments vom 6. März 1916 das alleinige Erbrecht am Nachlaß seiner Mutter zustehende. Beide Vorbergerichte haben die Klage abgewiesen. Die Revision des Klägers hatte keinen Erfolg.

Gründe:

Daß der Beklagte von seiner Mutter in einem im Jahre 1925 niedergeschriebenen Testament zum Alleinerben eingesetzt worden ist, bestreitet auch der Kläger nicht. Beide Vorbergerichte haben die Ungültigkeit als schriftliches Testament nach § 579 ABGB. verneint,

weil nicht festgestellt werden könne, daß die Zeugen das Testament mit einem auf ihre Zeugeneigenschaft hinweisenden Zusatz unterschrieben haben; sie halten es aber als mündliche letztwillige Verfügung nach § 585 ABGB. aufrecht, weil nicht nur Josef W. und Heinrich E., welche die schriftliche Verfügung unterschrieben haben, sondern auch die mitanwesende Maria E. mit dem Willen der Erblasserin als Zeugin zugegen gewesen seien. Hiergegen sind aus Rechtsgründen Einwendungen nicht zu erheben. Die Aufrechterhaltung eines wegen Formmangels ungültigen schriftlichen Testaments als mündliche letztwillige Verfügung ist nur dann unzulässig, wenn der Erblasser auf die Innehaltung der Form Gewicht gelegt hat und nur ein schriftliches Testament errichten wollte. Das wird aber sehr selten der Fall sein; hier ist, wie das Berufungsgericht mit Recht sagt, ein solcher Wille der Erblasserin durch nichts dargetan.

Zu prüfen bleibt daher nur, ob es von Bedeutung für die Gültigkeit der mündlichen Erbeinsetzung des Beklagten ist, daß die im Jahre 1925 aufgenommene Urkunde nicht mehr beigebracht werden kann. Der Auffassung des Berufungsgerichts, ein mündliches Testament könne nur ausdrücklich, nicht stillschweigend, durch schlüssige Handlungen widerrufen werden, kann nicht im vollen Umfange beigetreten werden. Ein Widerruf durch schlüssige Handlungen ist jedenfalls dann möglich, wenn der Erblasser — wie hier — das von ihm errichtete schriftliche Testament trotz seiner Formmängel für gültig gehalten hat. Vernichtet er in einem solchen Falle die Testamentsurkunde, so wird damit auch der Aufrechterhaltung der Verfügung als mündliches Testament der Boden entzogen. Die zufällige Vernichtung oder der Verlust der Urkunde hat in einem solchen Falle die im § 722 ABGB. bestimmten Wirkungen: die mündliche letztwillige Verfügung verliert ihre Wirkung nicht, wenn anders der Zufall erwiesen wird. Es ist also nicht richtig, wenn beide Bordergerichte ausführen, Zweifel, ob die Erblasserin den im Jahre 1925 errichteten Aufsatz vernichtet habe, könnten nur zugunsten des Beklagten gewertet werden, weil der Kläger für die behauptete Testamentsvernichtung oder den Testamentswiderruf beweispflichtig sei. Vielmehr ist der Beklagte für das Gegenteil beweispflichtig. Aber diese Ausführungen enthalten nur eine Hilfsbegründung, auf der die angefochtenen Urteile nicht beruhen. Denn der Erstrichter stellt ausdrücklich fest, daß die Erblasserin die letztwillige Verfügung aus dem

Jahre 1925 bis zu ihrem Tode nicht widerrufen habe und daß die Urkunde nicht mit ihrem Wissen und Willen abhanden gekommen oder beseitigt worden sei. Das Berufungsgericht aber hat die Beweiswürdigung des Erstrichters in allen Punkten übernommen.

Demnach bestanden zur Zeit des Todes der Erblasserin das den Kläger als Erben einsetzende eigenhändige Testament vom 6. März 1916 und das den Beklagten als Erben einsetzende mündliche Testament von 1925, das als jüngere letztwillige Verfügung die ältere aufhebt. Die Klage auf Feststellung des Erbrechts des Klägers ist daher mit Recht abgewiesen worden.