

mals eine Einigung der Beteiligten über den Strombezug zustande gekommen sei. Erweist sich eine früher getroffene Einigung aus irgendeinem Grunde nicht als rechtsbeständig oder ihre Durchführung auch nur tatsächlich als unmöglich, so steht nichts entgegen, den Beteiligten den Weg richterlicher Vertragshilfe zu eröffnen. Dem auf eine billige und möglichst reibungslose Behebung bestehender Schwierigkeiten abzielenden Zwecke der VO wäre nicht gedient, wenn man ihre Anwendung schon daran scheitern lassen wollte, daß es den Beteiligten vorübergehend möglich war, jene Schwierigkeiten ohne Anrufung des Vertragshilfegerichts zu überwinden. Auch der Umstand, daß der gegenwärtige Streit der Parteien wesentlich dadurch mit verursacht worden ist, daß der Antragsteller jetzt auch sein Sägewerk in die vertragliche Regelung einbezogen wissen will, vermag die Gewährung richterlicher Vertragshilfe nicht zu hindern. Diese Frage hatte bei den Verhandlungen der Parteien schon von Anfang an eine Rolle gespielt. Daß sie nunmehr infolge der Verfehlung des Antragstellers erneut Bedeutung erlangt, ist für die Zulässigkeit der Vertragshilfe ohne Belang.

Der angefochtene Beschluß kann hiernach nicht aufrechterhalten werden. Er ist aufzuheben und, da sich das Oberlandesgericht eines Eingehens auf den Sachverhalt selbst unter Zuziehung sachverständiger Beisitzer bisher enthalten hat, die Sache an das Oberlandesgericht zur anderweiten Entscheidung zurückzuverweisen. Dabei wird dieses gegebenenfalls auch die Frage, ob der Vertrag vom 11./14. Februar 1942 zu Recht gekündigt worden ist, anhand der oben hervorgehobenen Gesichtspunkte erneut zu prüfen haben.

Das Beschwerdegericht hat, da seine Entscheidung nur eine Frage des Verfahrens betrifft, ohne Zuziehung sachkundiger Beisitzer erkannt.

---

**51. Wenn nicht feststeht, ob das verschwundene Testament bei Inkrafttreten des Testamentgesetzes noch vorhanden war, so richtet sich die Frage seiner Gültigkeit nach altem Recht (z.B. § 722 ABGB), war es aber nach Inkrafttreten des Testamentgesetzes noch vorhanden, so ist seine Gültigkeit nach § 33 Abs. 2 TestG zu beurteilen.**

TestG §§ 33, 51 Abs. 2.

VII. Zivilsenat. Beschl. v. 19. Juli 1944 (VII B 46/1944).

I. Landgericht Wien.

II. Oberlandesgericht Wien.

In Sachen der Angela Zelenka, Privaten in Wien, Klägerin, Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Albert Schueller in Wien IV, Schwindgasse 3, vor dem Reichsgericht: Rechtsanwalt Justizrat Axhausen in Leipzig,

gegen

Rosa Watzek, Kaufmannsgattin in Wien, Beklagte, Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwalt Dr. Erich Habernal in Wien I, Stubenbastei 2, vor dem Reichsgericht: Rechtsanwalt Dr. Greuner in Leipzig, unter Nebenintervention der Elisabeth Schäfer in Nürnberg, Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwalt Dr. Gustav Mayrgündtner in Wien I, Seilergasse 4, wegen 9.452,78 RM s. Ng,

hat das Reichsgericht, VII. Zivilsenat, auf die mündliche Verhandlung vom 19. Juli 1944 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Zellner und der Reichsgerichtsräte Dr. Schack, Burmeister, Seibertz und Dr. Kirchengast

auf die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgerichtes vom 10. Januar 1944, GZ 1 R 382/43-31, womit auf die Berufung der Klägerin das Urteil des Landgerichtes Wien vom 30. September 1943, GZ 11 Cg 117/43-25, bestätigt wurde, beschlossen:

*Es wird der Revision Folge gegeben, das angefochtene Urteil aufgehoben und die Rechts-sache zur weiteren Verhandlung und neuerlichen Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Auf die Kosten des Revisionsverfahrens ist als Kosten des weiteren Verfahrens Bedacht zu nehmen.*

#### *Gründe*

Der Nachlaß der am 13. April 1942 verstorbenen Marie Grünwald wurde aufgrund der gesetzlichen Erbfolge der Klägerin, der Beklagten und der Neben-intervenientin zu je einem Drittel eingantwortet. Die Nebenintervenientin hat ihren Anteil der Beklagten entgeltlich überlassen. Die Klägerin begehrt mit dem eingeschränkten Klagebegehren von der Beklagten die Herausgabe der Nachlaßgegenstände, die diese nach der Erbteilung in ihrem Besitz hat (mit Ausnahme des Erlösanteiles für einen bereits verkauften Pelzmantel), und behauptet, daß die Erblasserin ein gültiges eigenhändiges Testament errichtet habe, worin sie die Klägerin zur Alleinerbin eingesetzt habe. Dieses Testament wurde jedoch nach dem Tode der Marie Grünwald nicht vorgefunden. Die Beklagte hat den Bestand eines solchen Testamentes bestritten.

Das Landgericht hat das Klagebegehren abgewiesen und hat festgestellt, daß Marie Grünwald tatsächlich ein schriftliches formgerechtes Testament errichtet hat, worin die Klägerin als Alleinerbin eingesetzt worden war und das in den Jahren 1939 oder 1940 bei Dr. Leischner hinterlegt war, dann aber aus unbekanntem Gründen von der Erblasserin wieder behoben worden war. Weiter hat das Landgericht festgestellt, daß die Erblasserin am Tage oder Abend vor ihrem Selbstmord ihrer Wohnungsnachbarin Lindner gesagt hat, im Schreibtisch rechts in der obersten Lade lägen ihre Papiere und das Testament. Trotzdem wurde es aber nicht gefunden. Das Landgericht hat den Standpunkt eingenommen, die Klägerin habe den Nachweis zu erbringen, daß das Testament zur

Zeit des Todes der Erblasserin noch vorhanden war oder daß es nur durch Zufall oder durch fremde Hand vernichtet worden sei; andernfalls sei anzunehmen, daß es von der Erblasserin aus irgendwelchen Gründen absichtlich vernichtet worden sei, wofür auch die Vermutung des § 33 TestG spreche. Dieser Beweis sei aber der Klägerin nicht gelungen. Gegen eine unbeabsichtigte Vernichtung des Testaments durch die Erblasserin spreche ihr Hinweis im Gespräch mit Leopoldine Lindner. Das Berufungsgericht hat dieses Urteil bestätigt. Die Klägerin habe weder behauptet, daß das Testament im Zeitpunkt des Todes der Marie Gründwald vorhanden gewesen sei, noch daß es durch Zufall oder ohne Zutun der Erblasserin verschwunden oder vernichtet worden sei. Selbst wenn die Erblasserin das Testament noch am Vorabend ihres Todes der Lindner gezeigt haben sollte, seien doch die weiteren Ereignisse in Dunkel gehüllt. Der fehlende Beweis könne nicht durch den Grundsatz der adäquaten Kausalität ersetzt werden, denn dann müßten die Feststellungen mindestens einen Schluß in der Richtung zulassen, daß eine bewußte Vernichtung des Testaments durch die Erblasserin völlig ausgeschlossen sei. Dieser Schluß sei aber nicht möglich.

Dagegen richtet sich die Revision der Klägerin, die sich auf die Revisionsgründe des § 503 Zahl 2 und 4 ZPO stützt.

Der Revision kann die Berechtigung nicht versagt werden. Die Untergeichte verkennen die Rechtslage, die sich ergibt, wenn ein Testament formgerecht und gültig errichtet ist. Ein formgerechtes gültiges Testament behält seine Wirksamkeit so lange, als es nicht im Sinne des dritten Abschnittes des Testamentsgesetzes wirksam aufgehoben ist. Das Fehlen der Testamentsurkunde berührt die Gültigkeit des Testaments an sich nicht. Es ist nur eine Frage des Beweises, ob ein solches Testament trotzdem noch als Grundlage des Erbrechtes verwendet werden kann (DRZ 1930 Nr. 176). Das Fehlen der Testamentsurkunde kann seine Ursache darin haben, daß entweder der Erblasser sie selbst vernichtet hat oder durch einen Dritten hat vernichten lassen, oder darin, daß sie ohne Zutun des Erblassers, ohne oder gegen seinen Willen, durch Zufall vernichtet wurde oder verloren gegangen ist. Für das Gebiet des österreichischen Rechtes hatte der nunmehr aufgehobene § 722 ABGB ausdrücklich bestimmt, daß durch den Verlust der Urkunde der letzte Wille seine Wirkung nicht verliert, wenn anders der Zufall und der Inhalt der Urkunde erwiesen wird, so daß die Beweislast für die formgerechte Errichtung und den Inhalt der Urkunde ebenso wie für ihren nur zufälligen Untergang im Geltungsgebiet des ABGB unter der Geltung des § 722 denjenigen traf, der aus dem verlorenen Testament Ansprüche geltend machte (vgl. RGZ Bd. 171 S. 108). Anders die Bestimmung des § 33 Abs. 2 TestG, die wörtlich dem aufgehobenen § 2255 BGB entspricht, so daß es gerechtfertigt ist, bei der Auslegung des § 33 Abs. 2 TestG die Rechtsprechung zu § 2255 BGB heranzuziehen. Beide Gesetzesstellen enthalten keine

Vorschrift über die Beweislast, wenn streitig ist, ob der Verlust der Testamentsurkunde durch Zufall eingetreten ist, wohl aber eine Rechtsvermutung, die dahin geht, daß der Erblasser die Aufhebung des Testaments beabsichtigt habe, wenn *er* die Testamentsurkunde vernichtet hat. Die Vernichtung der Testamentsurkunde hatte nämlich schon nach § 2255 BGB und hat ebenso nach § 33 Abs. 2 TestG nur dann die Wirkung eines Widerrufs des Testaments, wenn der Erblasser sie in der Absicht vornahm, das Testament aufzuheben. Ob diese Absicht vorgelegen hat, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab. Die Vermutung des § 33 Abs. 2 TestG dient nur dazu, den Beweis der Widerrufsabsicht zu erleichtern, die Vermutung selbst ist widerlegbar (Vogels, Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen, § 33). Hieraus ergeben sich folgende Rechtssätze: Wird die Testamentsurkunde ohne Zutun des Erblassers vernichtet, so berührt dies an sich die Gültigkeit des Testaments nicht (RGZ Bd. 101 S. 197). Ob sich ein solches Testament noch als Grundlage für das Erbrecht verwenden läßt, ist eine Frage des Beweises. Auch aus einem Testament, das ein anderer unbefugt vernichtet hat, können Rechte hergeleitet werden, wenn der Beweis der formgültigen Errichtung des Testaments und seines Inhaltes erbracht wird (Vogels, aaO.). Es besteht keine Vermutung dafür, daß die Vernichtung der Testamentsurkunde vom Erblasser vorgenommen worden ist. Daß eine solche Vernichtung von dem *Erblasser* vorgenommen wurde, hat der Testamentsgegner, also derjenige zu beweisen, der aus der Vernichtung Rechte herleitet (JW 1912, S. 798 Nr. 16).

Die Entscheidung spitzt sich demnach auf die Frage zu, ob auf den zu entscheidenden Fall § 722 ABGB oder § 33 Abs. 2 TestG anzuwenden ist. Nach § 51 Abs. 2 TestG wird die *vor* dem Inkrafttreten des Testamentgesetzes erfolgte Aufhebung eines Testaments nach den bisherigen Gesetzen beurteilt, auch wenn der Erblasser nach dem Inkrafttreten des Gesetzes stirbt. Wenn also nicht feststeht, ob das verschwundene Testament bei Inkrafttreten des Testamentgesetzes noch vorhanden war (wie in RGZ Bd. 171 S. 108), so richtet sich die Frage seiner Gültigkeit nach § 722 ABGB, derjenige, der aus dem Testament Rechte herleitet, hat zu beweisen, daß es zufällig untergegangen ist. Im jetzt zu entscheidenden Falle war aber das Testament nach den getroffenen Feststellungen noch *nach* dem Inkrafttreten des Testamentgesetzes (dem 4. November 1938 in den Alpen- und Donaugauen) vorhanden, seine Gültigkeit ist also nach § 33 Abs. 2 TestG zu beurteilen, der Testamentsgegner hat zu beweisen, daß die Vernichtung des Testaments von dem Erblasser vorgenommen worden ist.

Die Klägerin hat also ihrer Beweispflicht genügt, wenn sie die formgerechte Errichtung des Testaments der Erblasserin und den Inhalt des Testaments nachgewiesen hat. Daß die Vernichtung der fehlenden Testamentsurkunde von der Erblasserin vorgenommen worden sei, hatten die Beklagten zu beweisen und, solange nicht festgestellt wird, daß die Erblasserin das Testament selbst

vernichtet hat oder vernichten ließ, steht der Klägerin die Rechtsvermutung des § 33 Abs. 2 Satz 2 TestG nicht entgegen. Sie braucht daher keine Behauptungen darüber aufzustellen, auf welche Weise das Testament verloren gegangen sei.

Das Berufungsgericht hat somit die Beweislast verkannt. Dies muß zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen. Das Berufungsgericht wird bei der erneuten Verhandlung sich darüber schlüssig werden müssen, ob nach der ganzen Sachlage der Beweis erbracht ist, daß die Erblasserin das Testament selbst vernichtet hat oder es hat vernichten lassen. Dabei ist darauf hinzuweisen, daß bisher nicht festgestellt worden ist, ob das Testament, welches die Erblasserin am Vorabend ihres Todes gegenüber der Leopoldine Lindner erwähnte und von dem sie sogar sagte, es liege im Schreibtisch rechts in der oberen Lade, jenes Testament war, das sie zugunsten der Klägerin errichtet hatte. Die gegenteiligen Ausführungen der Revision, welche die Identität dieser Testamente voraussetzt, sind aktenwidrig. Daß das Berufungsgericht eine solche Feststellung nicht treffen wollte, ist aus seiner Hilfsbegründung klar ersichtlich, in der gesagt wird „selbst wenn die Erblasserin einige Stunden vor ihrem Selbstmord der Zeugin Lindner ein formell gültiges Testament mit der Erbeinsetzung der Klägerin gezeigt hätte ...“. Aber auch wenn der Inhalt des Testaments, das die Erblasserin der Leopoldine Lindner gezeigt haben soll, nicht festgestellt werden könnte, so würde dies nicht gegen die Klägerin verwertet werden können, weil die Beklagten auch zu beweisen haben, daß das zugunsten der Klägerin errichtete Testament durch ein etwaiges späteres Testament aufgehoben worden ist.

Was die Revisionsbeantwortung zur Begründung einer Nichtigkeit des Testaments nach § 48 Abs. 2 TestG vorbringt, ist neu und daher in der Revisionsinstanz nicht zu berücksichtigen.

---

**52. 1. Die Fälle des Art. 3 Nr. 3 SchutzVO sind i.S. des § 584 Abs. 1 letzter Halbsatz als solche des § 579 ZPO anzusehen.**

**2. Anfechtungsgrund i.S. des § 586 Abs. 2 ZPO ist in den Fällen des Art. 3 Nr. 3 SchutzVO nur die Terminversäumung oder das Ausbleiben rechtlichen Gehörs, nicht auch die Grundlage für die Erwartung einer der Partei günstigeren Entscheidung.**

SchutzVO (RGBl. I 1943, S. 666) Art. 3 Nr. 3; ZPO §§ 579, 584 Abs. 1, 586 Abs. 2.

VI. Zivilsenat. Urt. v. 4. August 1944 (VI 51/1944).

I. Reichsgericht Leipzig.