

zu legen. Die Ansicht der Beklagten, daß dabei entsprechend dem von ihr vorgelegten Gutachten des Baumeisters Tews auch Zinsen des in dem Gebäude steckenden Eigenkapitals abzuziehen seien, entbehrt nach der Sachlage der Begründung. Der Bau ist zwar erst nach der Bestellung des Nießbrauchs errichtet worden; aber es ist anzunehmen, daß der Ehemann der Beklagten der Klägerin den Vorteil daraus ebenso wie vorher die Nutzungen des unbebauten Grundstücks unentgeltlich zukommen lassen wollte. Die Verurteilung der Beklagten zu 1b) des landgerichtlichen Urteils bedarf somit noch weiterer Erörterung hinsichtlich der Zeit, für die Rechnung zu legen ist, und des Beteiligungsverhältnisses am Reinertrage.

Nach alledem ist das Urteil des Berufungsgerichts und, da nach den Vorschriften der Zweiten KriegsmaßnahmenVO vom 27. September 1944 (RGBl. I S. 229) die Oberlandesgerichte als Berufungsgerichte künftig ausscheiden und die Sache deshalb zu der noch notwendigen tatsächlichen Erörterung an das Landgericht zurückverwiesen werden muß, auch dessen Urteil hinsichtlich des Ausspruchs zu 1a) und b) der Urteilsformel und wegen der Kostenentscheidung aufzuheben.

---

## 70. Der Nottestamentszeuge muß an der Errichtung des Nottestaments mitwirken.

TestG § 24.

VI. Zivilsenat. Urt. v. 3. November 1944 (VI 86/1944).

I. Landgericht Naumburg.

II. Oberlandesgericht Naumburg.

In Sachen des Pfortners Arthur Löbau in Balgstädt, Klägers und Revisionsklägers, Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Greuner in Leipzig,

gegen

den Elektrotechniker Herbert Jügler in Klein-Jena, zur Zeit im Felde, Beklagten und Revisionsbeklagten, Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Drost in Leipzig,

hat das Reichsgericht, VI. Zivilsenat, auf die mündliche Verhandlung vom 3. November 1944 durch den Senatspräsidenten Dr. Günther und die Reichsgerichtsräte Oesterheld, Dr. Balve für Recht erkannt:

*Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Naumburg vom 7. Juli 1944 wird zurückgewiesen.*

*Die Kosten des Revisionsverfahrens trägt der Revisionskläger. Er hat dem Revisionsbeklagten an außergerichtlichen Kosten des Revisionsverfahrens 444 RM zu erstatten. – Von Rechts wegen.*

*Tatbestand*

Der am 15. Januar 1942 in der Medizinischen Universitätsklinik in Halle (Saale) verstorbene Schlosser Ernst Jügler aus Balgstädt erklärte wenige Stunden vor seinem Tode vor den Krankenschwestern Johanna Roggenthien und Erna Schaaf seinen letzten Willen. Die Schwester Roggenthien legte hierüber schriftlich nieder:

Halle (Saale), den 14. Januar 1942, 23.30 Uhr  
 Letzter Wille des Schlossers Ernst Jügler aus Balgstädt.  
 Haupterbe: Arthur Löbau, Balgstädt (Kläger),  
 Sohn Herbert (Beklagter): 500 RM,  
 Tochter Gertrud Langbein: 500 RM,  
 Haushälterin Alma Jügler: 500 RM.  
 Vorgelesen, Unterschrift: gez. Ernst Jügler.

Zeuge des ausgesprochenen Willens und der Unterschrift waren: Schwester Joh. Roggenthien, Med. Univ. Klinik und Schwester Erna Schaaf (von diesen selbst unterzeichnet).

In dem Raum, in welchem das Testament errichtet wurde, befand sich noch ein anderer Kranker, der inzwischen ebenfalls verstorbene Landwirt Adolf Kloß. Er wurde als Zeuge nicht hinzugezogen, weil die Krankenschwestern der Meinung waren, das Nottestament könne rechtsgültig vor zwei Zeugen errichtet werden. Kloß gab später auf Veranlassung des Prozeßbevollmächtigten des Klägers eine schriftliche Erklärung ab, in welcher er den Vorgang als von ihm beobachtet so darstellte, wie er sich tatsächlich zugetragen hat.

Nach Zurückweisung seines Antrags auf Erteilung des Erbscheins wegen Ungültigkeit des Testamentes vom 14. Januar 1942 in drei Rechtszügen verlangt der Kläger, der das Testament für gültig erachtet, mit der Klage die Feststellung, daß Erbe des Ernst Jügler nicht der Beklagte, sondern er – der Kläger – geworden sei.

Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt.

Das Landgericht und das Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen.

Mit seiner Revision verfolgt der Kläger den Klageantrag weiter. Der Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

*Entscheidungsgründe*

Das Berufungsgericht geht mit Recht davon aus, daß die Gültigkeit des streitigen Nottestaments nur davon abhängt, ob der Erblasser seinen Willen im Sinne des Gesetzes (§ 24 Abs. 2 TestG) vor drei Zeugen erklärt habe. Es hält

dieses Erfordernis für unerfüllt. Der im Verhandlungszimmer zufällig anwesende Landwirt Kloß könne, so meint es, als Zeuge im Sinne des Gesetzes nicht anerkannt werden. Bei der Errichtung des Testamentes hätten daher nur die beiden Krankenschwestern als Zeugen mitgewirkt. Das Mitwirken einer Person als Zeuge bei der Testamentserrichtung, wie es in den durch § 24 Abs. 3 TestG angezogenen Vorschriften der §§ 7, 8, 10 Nr. 1 bis 5 gefordert werde, setze voraus, daß sie ausdrücklich hinzugezogen und sich der Verantwortung für die richtige Wiedergabe des Erblasserwillens bewußt sei. Für den Landwirt Kloß treffe dies nicht zu. Er habe sich aus völlig anderen Gründen – damit er die Ruhe der anderen Kranken während der Nacht nicht störe – in dem als Verhandlungsraum benutzten Untersuchungszimmer befunden, und durch die Schließung des Vorhangs vor seinem Bett habe die Schwester Roggenthien auch noch sinnfällig und für Kloß unmißverständlich zum Ausdruck gebracht, daß er bei dem beabsichtigten Testamentsakt nicht mitwirken solle.

Dieser rechtlichen Beurteilung ist beizutreten. Das Nottestament des § 24 Abs. 2 TestG ist zwar, wie der erkennende Senat in seiner zum Abdruck bestimmten Entscheidung VI 106/43 vom 11. August 1944 bereits ausgesprochen hat, ein in die Hände von Laien gelegter Notbehelf, dessen Gesetzeszweck nicht erfüllt würde, wenn man an seine Form Anforderungen stellen wollte, die über die Gewährleistung des Inhalts und der Ernstlichkeit des letzten Willens des Erblassers hinausgingen. Diese Gewährleistung aber, auf die nicht verzichtet werden kann, sieht das Gesetz in der Erklärung des letzten Willens *vor drei Zeugen* und in der urkundlichen Niederlegung dieser Erklärung durch diese Zeugen selbst. Es müssen also drei Personen anwesend sein, an die sich die Erklärungen des Erblassers richten und welche die Verpflichtung auf sich nehmen, diesen Erklärungen ihre ungeteilte Aufmerksamkeit zu widmen und für ihre richtige schriftliche Wiedergabe Sorge zu tragen. Für die fehlerfreie Auffassung und Beurkundung des erklärten Willens tragen sie gemeinsam die Verantwortung, wobei es unerheblich ist, wenn – wie es sachdienlich erscheint und meistens der Fall sein wird – einer der Zeugen nach ausdrücklicher oder stillschweigender Übereinkunft die Herstellung der Niederschrift übernimmt und die anderen deren Richtigkeit überwachen. Nur Personen, die im Bewußtsein dieser gemeinschaftlichen Verantwortung an dem Errichtungsakt teilnehmen und dabei mitwirken, können daher als Zeugen im Sinne des Gesetzes in Betracht kommen. Abzulehnen ist deshalb die von der Revision vertretene Auffassung, daß das Gesetz jede Person, welche die Erklärung des Erblassers zufällig anhöre und nicht kraft Gesetzes (§ 24 Abs. 3 in Verb. mit §§ 7, 8, 10 Nr. 1–5 TestG) ausgeschlossen sei, ohne Rücksicht darauf als Zeugen gelten lasse, ob sie zur Mitwirkung bei der Testamentserrichtung herangezogen ist oder von sich aus ihre Bereitwilligkeit zur Mitwirkung unter Übernahme der bezeichneten gemeinschaftlichen Verantwortung zu erkennen gegeben hat.

Das Berufungsgericht hat daher – ebenso wie das Kammergericht in seiner Entscheidung vom 21. April 1942 über die weitere Beschwerde des Klägers in der Erbscheinsangelegenheit – den im Verhandlungszimmer zufällig anwesend gewesenen und von der Mitwirkung bei der Testamentseröffnung ausdrücklich ausgeschlossenen Landwirt Kloß ohne Rechtsirrtum als dritten Zeugen nicht anerkannt und daraus zutreffend die Formungültigkeit des nur vor zwei Zeugen errichteten Nottestamentes gefolgert.

Die Revision ist hiernach als unbegründet zurückzuweisen.

## 71. 1. Zur Abgrenzung der Novation (Neuerung) vom deklarativen An- erkenntnis.

2. § 1483 ABGB (§ 226 BGB) schließt nur die Verjährung des Pfandrechtes aus, solange der Gläubiger das Pfand in Händen hat (Faustpfand). Er sagt aber nichts über die von der Klägerin vermutete Unverjährbarkeit der persönlichen Forderung. Was nicht verjährt, ist das Recht des Gläubigers auf Befriedigung aus dem Faustpfand, das er in den Händen hat. Dies drückt das Gesetz durch die Worte aus „solange der Gläubiger das Pfand in Händen hat, kann ihm die unterlassene Ausübung des Pfandrechtes nicht eingewendet und das Pfandrecht nicht verjährt werden“.

ABGB §§ 1376, 1483.

VII. Zivilsenat. Ur. v. 8. November 1944 (VII, 91/1944).

I. Landgericht Znaim.

II. Oberlandesgericht Wien.

In Sachen der Firma Maßindustrie GmbH in Eger, Klägerin, Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwalt Dr. Erich Haase in Znaim, vor dem Prozeßgericht: Rechtsanwalt Justizrat Axhausen in Leipzig,

gegen

Karl Zajiček, Rentmeister in Frischau bei Znaim, Beklagten, Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwalt Dr. Ernst Illsinger in Znaim, wegen restlicher 11.246,21 RM s. Ng

hat das Reichsgericht, VII. Zivilsenat, auf die mündliche Verhandlung vom 8. November 1944 durch den Senatspräsidenten Dr. Zellner und die Reichsgerichtsräte Burmeister und Dr. Roppert auf die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgerichts vom 18. Februar