

Für das Nachschlagewerk!
Für die Amtliche Sammlung!

Gesetz: TestG § 24

Rechtssatz: Für die Gültigkeit eines Nottestaments im Sinne des § 24 Abs 2 TestG ist das tatsächliche Vorliegen einer nahen Todesgefahr des Erblassers zur Zeit der Testamentserrichtung nicht erforderlich; es genügt, wenn bei allen drei Zeugen, vor denen das Testament errichtet wird, die Besorgnis besteht, dass die Errichtung eines Testaments vor einem Notar, Richter oder Bürgermeister wegen der nahen Todesgefahr des Erblassers voraussichtlich nicht mehr möglich sein werde und wenn der Zustand des Erblassers diese Besorgnis, wenn auch nicht tatsächlich, so doch nach dem pflichtgemässen Ermessen der Zeugen rechtfertigte.

Der Besorgnis der nahen Todesgefahr in diesem Sinne ist die Besorgnis des nahen Eintritts der Testierunfähigkeit gleichzusetzen, wenn zu besorgen ist, dass die Testierunfähigkeit voraussichtlich bis zum Tode des Erblassers ununterbrochen oder doch nur mit kurzen, die Möglichkeit einer Testamentserrichtung nicht gewährleistenden Unterbrechungen fort dauern werde.

Aktenzeichen: IV ZR 66/51

Urteil vom 15. November 1951

OLG Celle

IV ZR 66/51

Verkündet

am 15. November 1951

■, Justizangest.

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Gärtnereibesitzers Wilhelm L ■■■■■ ,
H■■■■■, An der W■■■■■,

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. ■■■■■ -

g e g e n

1. den Geschäftsführer Gustav W■■■■■ in H■■■■■,
H■■■■■-H■■■■■-Str. ■■■■,
2. die Witwe Luise O■■■■■ geb. W■■■■■, daselbst,
3. den Antkne Heinrich W■■■■■, I■■■■ 1. Ostfeld,

Kläger und Revisionsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt ■■■■■ -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf
die mündliche Verhandlung vom 8. November 1951
unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Lersch,
Raske, Dr. Hartz, Johannsen und Dr. Kregel

für Recht erkannt:

Das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandes-
gerichts in Celle vom 13. Februar 1951 wird
aufgehoben. Der Rechtsstreit wird zur anderweiten
Verhandlung und Entscheidung, auch über die
Kosten der Revision, an das Berufungsgericht
zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Am 1. Januar 1947 ist der Bruder der Kläger, der Brandkassenkommissar Ludwig W., verstorben. Der Verstorbene war Eigentümer des im Grundbuch von Hemmingen Bd. 138 Bl. 138 eingetragenen Hausgrundstücks Nr. 1 in H.-W. und ist auf Grund privatschriftlichen Testaments vom 6. Juni 1946 allein von seiner Witwe Elise W. geb. Z. beerbt worden. Diese erlitt wenige Tage nach dem Tode ihres Ehemanns, am 25. Januar 1947 in ihrem Hause einen Schlaganfall, wurde am 29. Januar 1947 in das Krankenhaus S. in H. eingeliefert und verstarb dort am 1. Februar 1947 gegen 9¹⁵ Uhr. Sie hat ein mit Schreibmaschine geschriebenes Testament hinterlassen, um dessen Gültigkeit im gegenwärtigen Rechtsstreit gestritten wird.

Das Testament, eröffnet in den Akten 68 IV 263, 264/47 des Amtsgerichts Hannover, trägt rechts oben Ort und Datum: "H., den 3. Februar 1947" und ist mit "Mein letzter Wille" überschrieben. Es beginnt mit den Worten: "Nachdem ich von meinem Mann Ludwig W. als Alleinerbin eingesetzt bin, bestimme ich nach meinem Ableben folgendes:

1. Der gesamte Nachlass (Hausgrundstück, Mobiliar und Barvermögen) erben die Geschwister meines Mannes zu gleichen Teilen:
 - a) die Witwe Frau Luise O. geb. W.
 - b) der Artmann Heinrich W. in H.,
 - c) der Kaufmann Gustav W. in H."

- 3 -



Es folgen dann weitere Bestimmungen über die Auseinandersetzung unter den Erben sowie über die Anordnung von Vermächtnissen. Das Testament endet mit den - ebenfalls mit Schreibmaschine geschriebenen - Worten: "H[REDACTED], den 3. Februar 1947" und darunter (ebenfalls mit Schreibmaschine): "vorgelesen, genehmigt und unterschrieben."

Es folgen ohne weiteren Zusatz die eigenhändigen Unterschriften:

Elise W[REDACTED] geb. Z[REDACTED],
Hermann K[REDACTED],
Schwester Else K[REDACTED],
Schwester Lotte A[REDACTED].

in dieser Reihenfolge untereinander.

Der Mitunterzeichner Hermann K[REDACTED], von Beruf ebenfalls Brandkassenkommissar wie der Ehemann W[REDACTED], ein guter Bekannter der Eheleute W[REDACTED], hatte einige Tage vor dem 3. Februar 1947 mit der Witwe Elise W[REDACTED] geb. Z[REDACTED] - nachfolgend Erblasserin genannt - den Inhalt dieses Testaments besprochen, hatte es entworfen und die Erblasserin mit dem Entwurf im Krankenhaus aufgesucht. Dort ist es von der Erblasserin sowie von K[REDACTED] und den zwei von ihm als weiteren Zeugen zugezogenen Schwestern an dem genannten Tage in den späten Nachmittagstunden unterschrieben worden.

Die unter Ziff 1) des Testaments zu Erben eingesetzten Kläger halten es als sogenanntes Nottestament

im Sinne des § 24 Abs 2 TestG vom 31. Juli 1938 für gültig, während der Beklagte als Sohn einer vorverstorbenen Schwester der Erblasserin, einer der drei gesetzlichen Miterben der Erblasserin, es sowohl wegen Formmangels als auch, weil die gesetzlichen Voraussetzungen für die Errichtung eines solchen Nottestaments überhaupt nicht gegeben gewesen seien, für nichtig hält. Ausser dem Beklagten würden bei Ungültigkeit des Testaments gesetzliche Miterben der Erblasserin ihr Bruder, der Rentner Heinrich Zi[REDACTED], welcher unter Ziff 5 des Testaments bedacht ist und seinen Miterbenanteil an die Kläger übertragen hat, und der Sohn einer weiteren vorverstorbenen Schwester der Erblasserin, ein Wilhelm (Willy) We[REDACTED], welcher inzwischen verstorben ist und von einem Nachlasspfleger vertreten wird, geworden sein. Wilhelm We[REDACTED] und der Beklagte haben als gesetzliche Miterben der Erblasserin im Oktober 1947 beim Amtsgericht Hannover den Antrag gestellt, die Zwangsversteigerung des oben genannten Grundbesitzes zum Zwecke der Erbauseinandersetzung einzuleiten. Ihrem Antrag ist jedoch lt. Verfügung des Amtsgerichts vom 16. Februar 1948 nicht stattgegeben, weil ein Erbschein nach der Erblasserin noch nicht erteilt war. Seitdem ist in der Zwangsversteigerungssache nichts mehr geschehen.

Im März 1948 haben die Kläger Klage erhoben mit dem Antrage,

in erster Linie die vom Beklagten betriebene Zwangsversteigerung zum Zwecke der Erbauseinander-

setzung für unzulässig zu erklären,
hilfsweise, festzustellen, dass der Beklagte
nicht gesetzlicher Miterbe der am 5. Februar
1947 verstorbenen Witwe Luise W. geb.
Z. geworden ist, sondern dass testamenta-
rische Erben die Kläger geworden sind.

Der Beklagte hat Klagabweisung beantragt.

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme die
Klage abgewiesen. Hiergegen haben die Kläger Berufung
eingelegt und in der Berufungsinstanz zuletzt den
Antrag gestellt:

1. festzustellen, dass der Beklagte nicht Miterbe
der am 5. Februar 1947 verstorbenen Witwe Luise
W. geworden ist, sondern dass testamenta-
rische Erben die Kläger sind;
2. hilfsweise festzustellen, dass der Beklagte nicht
berechtigt ist, die Zwangsversteigerung des zum
Nachlass der am 5. Februar 1947 in H. ver-
storbenen Witwe Luise W. gehörigen Grund-
besitzes zum Zwecke der Erbauseinandersetzung zu
betreiben.

Der Beklagte hat Zurückweisung der Berufung beantragt.

Das Oberlandesgericht hat nach dem Hauptantrag
der Kläger erkannt und die Revision zugelassen.

Mit der von ihm eingelegten Revision erstrebt
der Beklagte die Wiederherstellung des klageabweisen-
den Urteils des Landgerichts. Die Kläger beantragen
Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsurteil enthält keine eindeutige Feststellung zu der Frage, ob die Erblasserin nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme insbesondere nach dem Gutachten des Chefarztes des Krankenhauses S. in H., in welchem die Erblasserin verstorben ist, sich zur Zeit der Testamentserrichtung objektiv, d.h. vom Standpunkt eines sachkundigen Beurteilers aus gesehen, wirklich in einer so nahen Todesgefahr befunden hat, dass die Errichtung eines Testaments durch einen herbeizuholenden Notar, Richter oder Bürgermeister, voraussichtlich nicht mehr möglich gewesen wäre. Das Berufungsgericht sagt dazu einerseits (S 27 unten), dass man bei Anwendung der vom Reichsgericht aufgestellten strengen Erfordernisse "wahrscheinlich" den Beweis einer objektiven nahen Todesgefahr nicht mit hinreichender Sicherheit als geführt ansehen könne, an anderer Stelle (S 30) aber führt es aus, es sei durchaus damit zu rechnen gewesen, dass der Notar auch erst nach einer längeren Zeit habe kommen können, zu einer Zeit, zu der es auch nach der vorsichtigen Äusserung des Chefarztes voraussichtlich hätte zu spät sein können.

Das Berufungsgericht konnte von seinem Standpunkt aus diese Frage unentschieden lassen, weil es der Auffassung ist, dass das Fehlen einer objektiven Gefahrenlage im Sinne des § 24 Abs 2 TestG die Gültigkeit eines Nottestamentes nicht ausschliesse, wenn

nur die - im vorliegenden Falle von ihm als gegeben
angesehene - Besorgnis einer nahen Todesgefahr be-
standen habe. Der gegenteiligen, vom Reichsgericht könne,
in der Entscheidung DR 44, 40 ausgesprochenen Ansicht
so führt das Berufungsgericht aus, nicht beigetreten
werden. Sie müsse insbesondere wegen der vom Reichs-
gericht geforderten Notwendigkeit eines eindeutigen
Beweises der besonders gearteten Todesgefahr dazu
führen, dass die Frage der Gültigkeit eines solchen
Testaments regelmässig nur in einem Rechtsstreit ge-
klärt werden könne. Das Gesetz müsse also, wenn diese
Auffassung richtig sei, Prozesse geradezu gewollt
haben. Wenn das Reichsgericht um dieses Ergebnis zu
vermeiden, dazu rate, bei der Errichtung eines Not-
testaments äusserst vorsichtig zu sein, und vor allem
eine Wiederholung der letztwilligen Verfügung durch
Errichtung eines ordentlichen Testaments, wo diese
unter den gegebenen Verhältnissen möglich sei, anzu-
streben, so sei das kaum mit der Bestimmung des Ge-
setzes in Einklang zu bringen, dass dem ausserordent-
lichen Nottestament eine Gültigkeitsdauer von vollen
3 Monaten zukommen solle (§ 26 Abs 1 TestG). Bei
einer vernünftigen, auch den Erfordernissen des Lebens
Rechnung tragenden Auslegung des Begriffs der nahen
Todesgefahr im Sinne des § 24 Abs 2 TestG müsse es
deshalb für die Gültigkeit eines Nottestamentes auch
genügen, wenn auf Grund der äusseren tatsächlichen
Umstände die ernste Besorgnis bestehe, dass sich der
Erblasser in so naher Todesgefahr befinde, dass voraus-

sichtlich die Errichtung eines Testaments vor einem Notar, Richter oder Bürgermeister nicht mehr möglich sein werde. Einer nahen Todesgefahr müsse dabei, wie auch das Reichsgericht in der angeführten Entscheidung angenommen habe, die nahe Gefahr des Eintritts der Testierunfähigkeit (durch Verlust oder Trübung des Bewusstseins) gleichgestellt werden.

Diesen Ausführungen ist im wesentlichen zuzustimmen. Es ist zwar nicht zu verkennen, dass § 24 Abs 2 TestG im Gegensatz zu § 23 nicht von der Besorgnis eines nahen Todes des Erblassers, sondern schlechthin von dem Vorhandensein einer nahen Todesgefahr spricht. Man wird auch nicht sagen können, dass die Frage, ob zur Zeit der Testamentserrichtung eine nahe Todesgefahr objektiv bestanden hat, nachträglich immer nur durch einen Rechtsstreit entschieden werden könne. In zahlreichen, wenn nicht in den meisten Fällen der Errichtung eines Nottestaments, wird der Tod des Erblassers binnen so kurzer Frist nach der Testamentserrichtung eintreten, dass man das Bestehen der nahen Todesgefahr zu dem massgebenden Zeitpunkt schon nach dem Grundsatz des Anscheinsbeweises wird annehmen können. Immerhin würde die Entscheidung dieser Frage gewiss in nicht wenigen Fällen erhebliche Schwierigkeiten bereiten. Mit Recht weist jedoch das Berufungsgericht darauf hin, dass nach § 24 Abs 3 auf das Nottestament auch die Bestimmung des § 23 Abs 2 Satz 2 Anwendung finden soll, wonach es der Gültigkeit des Testaments nicht entgegensteht, wenn die

(tatsächlich gehegte) Besorgnis einer nahen Todesgefahr nicht begründet war. Die sinnngemässe Anwendung dieser Vorschrift auf das Nottestament kann sich nicht darauf beziehen, dass eine im Augenblick der Testamentserrichtung wirklich vorhandene nahe Todesgefahr nicht zum Tode des Erblassers geführt hat. Wenn eine nahe Todesgefahr, die im Augenblick der Testamentserrichtung wirklich vorhanden ist, vorübergeht, ohne zum Tod zu führen, also in einem späteren Zeitpunkt nicht mehr besteht, so wird dadurch die Tatsache, dass sie zu dem früheren Zeitpunkt bestanden hat, nicht nachträglich beseitigt. Das ist selbstverständlich und brauchte vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich hervorgehoben zu werden. Die Anwendung des § 23 Abs 2 Satz 2 auf das Dreizeugentestament bekommt also einen Sinn nur dann, wenn (neben dem Vorliegen einer wirklichen nahen Todesgefahr) auch die blossе Besorgnis einer solchen als Voraussetzung für die gültige Errichtung eines Nottestaments ausreicht. Es ist dabei unerheblich, ob diese Besorgnis begründet ist, (weil die befürchtete Gefahrenlage tatsächlich besteht) oder nicht. Entscheidend ist vielmehr lediglich, dass die Besorgnis bei den Mitwirkenden tatsächlich vorhanden ist und vom Standpunkt ihres pflichtgemässen Ermessens aus angesichts der objektiven Sachlage auch als gerechtfertigt angesehen werden kann. Diese Auslegung des § 24 Abs 2 TestG wird auch durch folgende Erwägung nahegelegt:

Das BGB kannte das Dreizeugentestament nur unter den Voraussetzungen des § 2250 Abs 1 als sogenanntes

Absperrungstestament, das in § 24 Abs 1 in das Testamentsgesetz übernommen wurde. Für dieses Testament war die sinngemässe Anwendung des § 23 Abs 2 TestG (§ 2249 Abs 2 BCB) nicht vorgesehen. Sie ist erst mit der Erweiterung der Voraussetzungen des Dreizeugentestaments durch § 23 Abs 2 TestG allgemein für das Dreizeugentestament, also auch für das sogenannte Absperrungstestament, eingeführt. Daraus muss entnommen werden, dass das Testamentsgesetz die Voraussetzungen des Dreizeugentestaments auch in dem Rahmen, in dem es bereits vorher zulässig war, hat erleichtern wollen, und zwar in dem Sinne, dass statt des objektiven Tatbestands der Absperrung dessen subjektive Annahme durch die bei der Testamentserrichtung mitwirkenden Personen genügen sollte, wenn diese auf Grund eines objektiven Sachverhalts nach pflichtgemäßem Ermessen zu einer solchen Annahme berechtigt sein konnten.

Wenn das Berufungsgericht mit dem Reichsgericht den Eintritt des Todes dem Eintritt der Testierunfähigkeit des Erblassers gleichsetzt, so kann dem unter der Voraussetzung zugestimmt werden, dass der nahe Eintritt einer bis zum Tod des Erblassers ununterbrochen oder doch nur mit kurzen, die Möglichkeit einer Testamentserrichtung nicht gewährleistenden Unterbrechungen fortdauernden Testierunfähigkeit zu besorgen ist.

Die weite Auslegung des § 24 TestG in dem hier erörterten Sinn, dass die Besorgnis einer nahen Todes-

- 11 -

gefahr als Voraussetzung für die gültige Errichtung eines Nottestaments genügt, wird in der Rechtslehre allgemein anerkannt (vgl. RGKKomm § 24 TestG Bem 6; Vogels-Seybold TestG § 14 Bem 74; Palandt § 24 TestG Bem 1), und offenbar auch vom Reichsgericht in einer anderen Entscheidung (DR 44, 841) gebilligt, wo die gesetzlichen Voraussetzungen des Dreizeugentestaments dahin bestimmt werden, dass eine nahe objektiv vorhandene, mindestens von Mitwirkenden ernstlich befürchtete Todesgefahr des Erblassers festgestellt werden müsse, die eine Testamentserrichtung nach § 23 TestG als nicht mehr durchführbar erscheinen lasse.

Auch die Revision beanstandet nicht, dass das Berufungsgericht bei seiner Entscheidung von dieser Rechtsauffassung ausgeht. Sie wendet sich jedoch mit Recht gegen die Ausführungen, die das Berufungsgericht zu der Frage macht, bei welchen der an der Testamentserrichtung beteiligten Personen die Besorgnis der nahen Todesgefahr vorgelegen haben müsse. Das Berufungsgericht meint dazu, es müsse genügen, wenn der Erblasser selbst den nahen Eintritt seines Todes auf Grund tatsächlicher äußerer Anhaltspunkte ernstlich befürchtet habe und wenn die Mehrzahl der Zeugen seine Auffassung geteilt oder sich doch keine näheren Gedanken gemacht habe, jedenfalls nicht vom Gegenteil überzeugt gewesen sei. Dem vermag der Senat nicht beizutreten. Das Berufungsgericht stellt damit an die Gültigkeit des Nottestaments einerseits zu hohe, andererseits zu geringe Anforderungen. Dass der

- 12 -

Erblasser sich der nahen Todesgefahr bewusst gewesen sein müsse, wird weder durch den Wortlaut noch durch den Sinn des § 24 Abs 2 gefordert. Nach § 23 Abs 2 Satz 1, der auch auf das Dreizeugentestament sinngemäss Anwendung findet, soll die Besorgnis, dass die Errichtung eines Testaments vor einem Richter oder Notar nicht mehr möglich sein werde, in der Niederschrift festgestellt werden. Es widerspricht der Natur der Sache, diese Feststellung, die den Gesundheitszustand des Erblassers betrifft, diesem selbst zu überlassen oder mitzuüberlassen. Im Falle des § 23 TestG ist sie deshalb allein Sache des Bürgermeisters, der als Urkundsperson an die Stelle des Notars tritt (ebenso BayrVerwGer in JW 1921 S 1148, KG in OLG 9 S 414, RGEKomm § 23 TestG Bem 8, Vogels-Seybold TestG § 23 Bem 10). Der Bürgermeister ist in diesem Falle die den Errichtungsakt leitende und für die Feststellung seiner gesetzlichen Voraussetzungen sowie für die Beobachtung der vorgeschriebenen Form allein verantwortliche Amtsperson. Im Falle des § 24 Abs 2 TestG fehlt es an einer solchen Amtsperson. Ihr Fehlen wird durch die erhöhte Bedeutung aufgewogen, die hier der Mitwirkung der Zeugen zukommt, was schon in der Erhöhung ihrer Zahl gegenüber der Zahl der bei der Errichtung eines Bürgermeistertestaments erforderlichen Zeugen zum Ausdruck kommt. Die aufzunehmende Niederschrift kann von einem der drei Zeugen oder auch von einer vierten Person, naturgemäss aber nicht vom Erblasser abgefasst werden, der

allgemein zwar seine eigenen Erklärungen in Form eines privatschriftlichen Testaments abgeben, nicht aber seine eigenen mündlichen Erklärungen "beurkunden" kann. Fasst eine vierte Person, die nicht als Zeuge auftritt, die Niederschrift ab, etwa ohne sie mitzuunterschreiben und ohne während der ganzen Dauer der Verhandlung zugegen zu sein, so übernimmt sie damit rechtlich keine Verantwortung für deren Inhalt. Diese kommt vielmehr nur den drei Zeugen zu. Das gilt also auch von der Feststellung der Besorgnis, dass die Errichtung eines Testaments durch einen Richter, Notar oder Bürgermeister bis zum Eintritt des Todes oder der Testierunfähigkeit des Erblassers voraussichtlich nicht mehr möglich sein werde. Wenn der Gesetzgeber diese Feststellung vorschreibt, so geht er, auch wenn ihr Fehlen in der Niederschrift das Testament nicht ungültig macht, doch offensichtlich davon aus, dass sie in jedem Falle, d.h. auch dann, wenn ihre Aufnahme in die Niederschrift unterbleibt, getroffen wird und dass sie nur in einem einheitlichen Sinne entweder getroffen oder verneint werden kann. Im Falle des § 23 ist ihre Einheitlichkeit ohne weiteres dadurch gewahrt, dass die Besorgnis der nahen Todesgefahr im Bewusstsein des Bürgermeisters entweder vorhanden ist oder nicht vorhanden ist und demgemäss von ihm entweder festgestellt wird oder nicht festgestellt wird. Im Falle des § 24 kann eine einheitliche Feststellung darüber nur so getroffen werden, dass die drei Zeugen sich entweder über das

Vorhandensein der Besorgnis bei einem jeden von ihnen ausdrücklich verständigen, z.B. durch eine entsprechende gemeinsame Erklärung in der Niederschrift, wie sie das Gesetz in erster Linie vorsieht, oder in der Weise, dass jeder Zeuge sich seiner eigenen Besorgnis bewusst ist und nach dem Verhalten der anderen annimmt, dass bei ihnen die gleiche Befürchtung besteht, wie er sie hat. Unterbleibt eine Feststellung (sowohl in der Niederschrift als auch ausserhalb derselben), so kann das für die Gültigkeit des Testaments nur dann unschädlich sein, wenn mindestens feststeht, dass sie hätte getroffen werden können, weil die gleiche Überzeugung von dem Vorliegen einer nahen Todesgefahr bei allen drei Zeugen vorhanden war. Entscheidend ist, dass die Zeugen dabei immer nur als Zeugen für eine von ihnen wahrgenommene oder als gegeben angenommene Tatsache mitzuwirken haben. Sie werden nicht zu Gutachtern, insbesondere nicht zu einem aus mehreren Personen zusammengesetzten Gutachterorgan, das auf Grund eines mit Stimmenmehrheit gefassten und die Minderheit bindenden Beschlusses über den Gesundheitszustand des Erblassers ein Urteil abzugeben hätte.

Ist die Besorgnis der nahen Todesgefahr nur bei zwei Zeugen vorhanden, so fehlt es hiernach für eine wesentliche tatsächliche Voraussetzung der Gültigkeit des Nottestaments an der vom Gesetz vorgeschriebenen Bezeugung durch drei Personen. Das kann nur dann für die Gültigkeit des Testaments unschädlich sein, wenn

objektiv eine Lage gegeben war, die das Ableben des Erblassers vor dem Eintreffen des Notars (Richters oder Bürgermeisters) besorgen liess. In diesem Falle würde es dem Grundgedanken des Testamentgesetzes offenbar widersprechen, wenn das vor drei Zeugen errichtete Testament für ungültig erklärt werden müsste, weil diese oder einzelne von ihnen für ihre Person eine unmittelbar drohende Todesgefahr für den Erblasser nicht befürchtet haben, obwohl sie tatsächlich bestand. Der Mangel der Bezeugung einer Tatbestandsvoraussetzung durch die dafür zunächst vorgesehenen Zeugen wird hier durch das später objektiv festgestellte tatsächliche Vorliegen dieser Voraussetzung zur Zeit der Testamenterrichtung geheilt (ebenso für das Bürgermeistertestament RG 171, 27).

Im Einklang mit der hier dargelegten Auffassung wird es auch in Schrifttum allgemein als notwendig angesehen, dass die drei Zeugen eine nahe Todesgefahr für gegeben halten, was nur dahin verstanden werden kann, dass die gleiche Überzeugung von allen drei Zeugen geteilt werden muss (vgl. RGZKomm Bem 6 zu § 24 TestG, Vogels-Seybold Bem 4 und 7 zu § 24 TestG; Palandt Bem 1 zu § 24 TestG).

Das Berufungsgericht stellt fest, dass zwei der zugezogenen Zeugen bei der Errichtung des Testaments befürchtet haben, die Erblasserin könne sterben, noch bevor ein herbeigerufener Notar zur Beurkundung ihres letzten Willens zur Stelle sein werde. Die Aussage

der dritten Zeugin, der Schwester Lotte A■■■■■, wird von ihm unter diesem Gesichtspunkt nicht gewürdigt. Von seinem, wie dargelegt, rechtlich nicht haltbaren Standpunkt aus, dass es für die Gültigkeit des Testaments genüge, wenn der Erblasser und die Mehrheit der Zeugen die Befürchtung der nahen Todesgefahr gehabt haben, konnte es danach die Gültigkeit des Testaments bejahen. Nach der hier dargelegten Auffassung konnte es dies jedoch nur dann, wenn entweder die nahe Todesgefahr im Sinne des § 24 Abs 2 TestG tatsächlich bestand, oder auch die dritte Zeugin die Besorgnis einer solchen Gefahr geteilt hat. Da das Berufungsgericht, wie dargelegt, weder zu der einen, noch zu der anderen Frage eindeutige Feststellungen getroffen hat, konnte der Senat selbst eine Entscheidung in der Sache nicht treffen, vielmehr war eine Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht zur erneuten Verhandlung und Entscheidung erforderlich.

Soweit es nach dem Ergebnis der erneuten Verhandlung darauf ankommt, ob die Erblasserin sich zur Zeit der Testamentserrichtung objektiv in einer so nahen Todesgefahr befunden hat, dass voraussichtlich die Errichtung eines Testaments durch einen Notar nicht mehr möglich gewesen wäre, wird auch nochmals die Frage zu erörtern sein, binnen welcher Zeit unter den damaligen Verhältnissen mit Sicherheit oder doch mit einer sehr hohen Wahrscheinlichkeit das Eintreffen eines Notars, wenn man sich um einen solchen bemüht hätte,

- 17 -

im Krankenhaus erwartet werden konnte..

Bei der Prüfung der Frage, ob auch die Zeugin A. eine nahe Todesgefahr der Erblasserin im Sinne des § 24 Abs 2 TestG oder den nahen Eintritt ihrer Testierunfähigkeit angenommen hat, dürfen an ihre Überlegungen, sowohl hinsichtlich der Gefahrenlage, als auch hinsichtlich des Zeitraums, den sie etwa für das Herbeiholen eines Notars für erforderlich gehalten hat, keine besonderen Anforderungen gestellt werden. In jedem Falle muss sie jedoch mit der ernsten und nicht ganz fernliegenden Möglichkeit gerechnet haben, dass ein Hinausschieben der Testamentserrichtung um eine Frist, die man als voraussichtlich für die Herbeiholung eines Notars erforderlich in Ansatz zu bringen hat, die Errichtung eines Testaments vereitelt haben würde.

Abgesehen von den hier erörterten Punkten bestehen nach den Feststellungen des Berufungsgerichts gegen die Gültigkeit des Testaments keine Bedenken. Zutreffend hat das Berufungsgericht im Einklang mit der Rechtsprechung und der Rechtslehre angenommen, dass es bei dem Nottestament auf den Ort der Errichtung nicht ankomme, dass also ein solches Testament auch in einer Großstadt errichtet werden könne. Mit Recht hat es weiter angenommen, dass das Testament im übrigen formgerecht durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen errichtet worden sei und dass die vorliegende Testamentsurkunde als Niederschrift im Sinne der §§ 24,

- 18 -

23 TestG angesehen werden könne. Den Ausführungen, die es hierzu macht, ist beizutreten. Sie werden auch von der Revision nicht angegriffen.

Dr. Lersch

Raske

Dr. Hartz

Johannsen

Kregel