

TE OGH 2016/3/17 2Ob86/15h

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 17.03.2016

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Danzl als Vorsitzenden, die Hofräte Dr. Veith und Dr. Musger, die Hofrätin Dr. E. Solé sowie den Hofrat Dr. Nowotny als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Dr. F***** R*****, vertreten durch Dr. Wolfgang Maria Paumgartner, Rechtsanwalt in Salzburg, gegen die beklagten Parteien 1. S***** A***** und 2. S***** A*****, vertreten durch Partnerschaft SCHUPPICH SPORN & WINISCHHOFER Rechtsanwälte in Wien, wegen Feststellung der Unwirksamkeit eines Nottestaments (Streitwert: 5.000 EUR) und Abtretung von Forderungen (Streitwert: 20.000 EUR), über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 18. Februar 2015, GZ 13 R 228/14s-46, womit infolge Berufung der beklagten Parteien das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien vom 9. Oktober 2014, GZ 57 Cg 61/13d-40, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

1. Das angefochtene Urteil wird, soweit das Feststellungsbegehren abgewiesen wurde, als Teilurteil bestätigt.

Die Entscheidung über die auf dieses Teilbegehren entfallenden Verfahrenskosten bleibt der Endentscheidung vorbehalten.

2. Im Übrigen, also hinsichtlich des Leistungsbegehrens sowie in den Kostenaussprüchen, werden die Urteile der Vorinstanzen aufgehoben. Die Rechtssache wird in diesem Umfang zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die hierauf entfallenden Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Entscheidungsgründe:

Der 1948 geborene Erblasser verstarb am 28. 2. 2010 im A***** Krankenhaus der Stadt W*****. Er hinterließ einen Bruder (den Kläger), und eine Schwester, deren erwachsene Kinder die beiden Beklagten sind. In seinem eigenhändigen Testament vom 12. 9. 2004 hatte der Erblasser die Beklagten (Neffe und Nichte) zu gleichen Teilen als Erben eingesetzt und außerdem verfügt:

„Als Vermächtnis erhalten meine Schwester [...] und mein Bruder [...] lebenslänglich zu gleichen Teilen die Einkünfte aus der OEG.“

Der Erblasser war neben seinen beiden Geschwistern Gesellschafter der besagten OEG (seit 1. 1. 2007: OG) und zu einem Drittel am Gesellschaftsgewinn und -verlust beteiligt. Die Gesellschaft befasst sich mit dem Erwerb und der Verwaltung, insbesondere der Vermietung von Liegenschaften und Liegenschaftsanteilen.

Am 20. 2. 2010 erklärte der Erblasser in Anwesenheit zweier Zeugen sinngemäß:

„Mein Neffe [...] und meine Nichte [...] sollen alles erben. Sonst soll niemand etwas bekommen“

Nach dem Tod des Erblassers bestätigten die beiden Zeugen den Inhalt der Erklärung durch übereinstimmende Aussagen in der Amtskanzlei der Gerichtskommissärin. Mit Beschluss des Verlassenschaftsgerichts vom 11. 2. 2011 wurde die Verlassenschaft aufgrund des mündlichen Testaments vom 20. 2. 2010 den Beklagten je zur Hälfte eingewantwortet. Die seit dem Tod des Erblassers auf seinen Gesellschaftsanteil entfallenden Gewinne wurden - trotz Fälligkeit - noch nicht an die Beklagten ausbezahlt.

Den Gegenstand des Rechtsstreits bildet nun die Frage, ob die Erklärung vom 20. 2. 2010 als mündliches Nottestament wirksam ist.

Dazu ist von folgendem weiteren Sachverhalt auszugehen:

Der Erblasser war praktischer Arzt, er übte seinen Beruf bis etwa dreieinhalb Wochen vor seinem Ableben aus. Am 8. 2. 2010 ließ er sich im E***** Krankenhaus aufnehmen, da er sich in einem schlechten Allgemeinzustand befand und sich schwach fühlte. Anamnestisch bestand beim Erblasser damals eine arterielle Hypertonie, Diabetes Mellitus Typ II, eine Polyposis ventriculi sowie eine Refluxösophagitis. Darüber hinaus hatte er im vorangegangenen Jahr ein künstliches Hüftgelenk sowie ein künstliches Kniegelenk implantiert bekommen. Der Erblasser war praktischer Arzt, er übte seinen Beruf bis etwa dreieinhalb Wochen vor seinem Ableben aus. Am 8. 2. 2010 ließ er sich im E***** Krankenhaus aufnehmen, da er sich in einem schlechten Allgemeinzustand befand und sich schwach fühlte. Anamnestisch bestand beim Erblasser damals eine arterielle Hypertonie, Diabetes Mellitus Typ römisch zwei, eine Polyposis ventriculi sowie eine Refluxösophagitis. Darüber hinaus hatte er im vorangegangenen Jahr ein künstliches Hüftgelenk sowie ein künstliches Kniegelenk implantiert bekommen.

Im E***** Krankenhaus zeigte sich zunächst eine Panzytopenie (gleichzeitige Veränderung der Erythro-, Leuko- und Thrombozyten) und eine Erhöhung der Entzündungswerte, weshalb bei Sepsisverdacht eine Antibiotikatherapie eingeleitet wurde. In den Abendstunden des 14. 2. 2010 kam es zu massiven Oberbauchbeschwerden, einem Hämoglobinabfall und einem Anstieg des Laktats auf 13 mmol/l. Mit Verdacht auf eine akute Milzruptur und hämodynamischer Instabilität wurde der Erblasser sofort in das A***** Krankenhaus der Stadt W***** transferiert und dort notoperiert. Zu diesem Zeitpunkt bestand akute Lebensgefahr. Es war äußerst ungewiss, ob der Patient die Operation überleben würde. Tatsächlich wäre er fast verblutet.

Im Zuge der Operation zeigte sich, dass die Milz stark vergrößert und gerissen war. Ursache dafür war ein in der Milz angesiedeltes, sehr bösartiges B-Zell-Lymphom (eine Form von Blutkrebs). Nach der Komplettentnahme der Milz und der Gabe von Bluttransfusionen stabilisierte sich der Zustand des Patienten. Der Erblasser konnte rasch extubiert werden, die Kreislaufsituation besserte sich. Der anfängliche postoperative Verlauf war zufriedenstellend. Allerdings waren sowohl die Leber als auch die Nieren in ihrer Funktion deutlich beeinträchtigt. Es bestand das Bild einer Sepsis mit koagulase-negativen Staphylokokken. Man versuchte, diese durch verschiedene Antibiotika in den Griff zu bekommen, was zunächst auch ganz gut gelang. Unter der antibiotischen Therapie kam es in der ersten Woche nach der Operation zu einem Rückgang der Entzündungsparameter und des Laktats sowie zu einer Besserung des Allgemeinzustands. Allerdings bestand daneben auch noch ein Post-Schock-SIRS. Dabei kommt es aufgrund von Veränderungen der Gefäßpermeabilität zu generalisierten Schwellungen, unter anderem auch der Extremitäten.

Im A***** Krankenhaus der Stadt W***** befand sich der Erblasser durchgehend auf der Intensivstation. Er war an Überwachungsmonitoren angeschlossen und konnte das Bett nicht verlassen. In der Woche nach der Operation war er sehr schwach, die meiste Zeit verbrachte er schlafend. Bei Lageveränderungen im Bett brauchte er gewöhnlich Hilfe. Er konnte weder selbständig trinken noch essen. Ernährt wurde er im Wesentlichen über Infusionen; die orale Nahrungszufuhr verursachte ihm Brechreiz, weshalb er diese zumeist ablehnte.

Wenn er wach war, war der Erblasser jedoch gut kontaktierbar und geistig voll orientiert. Er wurde jeden Tag mehrmals von Freunden und Angehörigen besucht und konnte sich mit diesen auch längere Zeit über verschiedenste Themen unterhalten. Er nahm sowohl am Weltgeschehen als auch am familiären Geschehen Anteil und konnte auch Nachrichtensendungen im Fernsehen verfolgen.

Aufgrund seines allgemeinen Schwächezustands und seiner geschwellenen Hände war er nicht mehr in der Lage, längere Texte oder einzelne Sätze zu schreiben. Am 19. 2. 2010 konnte er jedoch mit einiger Anstrengung die Hausordnung unterschreiben.

Über seinen gesundheitlichen Zustand wusste der Erblasser ziemlich genau Bescheid und redete auch bei Behandlungsmaßnahmen mit. Er beurteilte seinen Zustand - vor allem nach der Diagnose B-Zell-Lymphom - als kritisch und äußerte wiederholt die Vermutung, dass er die Intensivstation wohl nicht mehr verlassen würde.

Im Hinblick darauf äußerte er gegenüber seiner Lebensgefährtin, einer Richterin, den Wunsch, sein Testament zu ändern. Da der Erblasser aufgrund seiner körperlichen Verfassung am 18. 2. 2010 nicht mehr in der Lage gewesen wäre, ein neues eigenhändiges Testament zu verfassen, fragte er seine Lebensgefährtin, wie er die Testamentsänderung trotz seines beeinträchtigten Gesundheitszustands vornehmen könnte. Die Lebensgefährtin meinte daraufhin, sie müsse erst zu Hause in juristischen Werken nachschauen, welche Möglichkeiten hier bestünden. Nachdem sie einschlägige Kommentare konsultiert hatte, teilte sie dem Erblasser am nächsten Tag (19. 2. 2010) mit, dass er ein mündliches Testament errichten könne, wozu er lediglich zwei gleichzeitig anwesende Zeugen brauche. Bei diesen dürfe es sich nicht um die im Testament Bedachten oder nahe Angehörige derselben handeln. Der Erblasser nahm diese Auskunft zur Kenntnis, traf aber zunächst keinerlei weitere Veranlassungen. Er beabsichtigte, eine günstige Gelegenheit abzuwarten und dann, wenn zwei geeignete Zeugen bei ihm zu Besuch wären, mündlich seinen letzten Willen zu erklären.

Die Gelegenheit bot sich am Samstag, dem 20. 2. 2010 am frühen Nachmittag. Der Erblasser bekam Besuch von seiner Schwester, einem Freund und dem Freund der Schwester. In Anwesenheit der beiden Männer verkündete der Erblasser, dass er nun seinen letzten Willen erklären möchte und die beiden Herren Zeugen dafür sein sollten. Dann sagte er sinngemäß den eingangs bereits wiedergegebenen Satz.

Obwohl der Erblasser damals nicht mehr in der Lage war, ein eigenhändiges Testament zu verfassen, wäre es ihm aufgrund seiner körperlichen und geistigen Verfassung sowohl am 19. 2. als auch am 20. 2. 2010 (ebenso an den folgenden Tagen bis 24. 2. 2010) auch möglich gewesen, ein fremdhändiges Testament zu diktieren und zu unterschreiben. Auf jeden Fall hätte er sein Handzeichen unter ein fremdhändiges Testament setzen können. Darüber hinaus wäre er auch in der Lage gewesen, mit Hilfe seiner Lebensgefährtin, seiner Angehörigen oder des Spitalspersonals innerhalb eines Tages einen Notar zu organisieren und ein mündliches notarielles Testament zu errichten. Auch dies wäre noch bis 24. 2. 2010 möglich gewesen.

Im Zeitraum zwischen 19. 2. und 24. 2. 2010 war der Zustand des Erblassers den Umständen entsprechend zufriedenstellend; bei insgesamt kritischem Zustandsbild (wie oben geschildert) zeigte sich damals eine Tendenz zur Besserung. Es wurde sogar eine Verlegung auf die Normalstation angedacht und der Patient mehrmals im Querbettstuhl mobilisiert. Auch die orale Aufnahme von Nahrung war in dieser Phase vereinzelt möglich. Eine akut lebensbedrohliche Situation lag in diesen Tagen nicht vor. Allerdings war von Anfang an klar, dass der Gesamtzustand des Patienten kritisch war und man in so einem Fall den weiteren Verlauf der Erkrankung nie genau prognostizieren kann. Man konnte daher auch in dieser Phase die Möglichkeit einer (raschen) Verschlechterung des Zustands mit darauffolgendem Ableben des Patienten nicht ausschließen.

Tatsächlich trat am 25. 2. 2010 eine derartige Verschlechterung ein. Der Erblasser wurde hämodynamisch zunehmend instabiler, die Laborwerte verschlechterten sich, die Entzündungsparameter explodierten. Ab 26. 2. 2010 musste der Patient künstlich beatmet werden, danach war er nicht mehr ansprechbar. Eine Chemotherapie wurde eingeleitet. Am 27. 2. 2010 kam es zu einem Herzstillstand, der Erblasser musste reanimiert werden. Im weiteren Verlauf kam es bei septischem Zustandsbild zu einem Leber- und Nierenversagen und zu einem DIC (Form einer Blutgerinnungsstörung). Am Abend des 28. 2. 2010 verstarb der Erblasser trotz Ausschöpfung aller intensivmedizinischer Maßnahmen an einem Multiorganversagen.

Der Kläger begehrte 1. den zwischen den Streitparteien wirkenden Ausspruch, dass das von den Beklagten im Verlassenschaftsverfahren behauptete mündliche Testament vom 20. 2. 2010 unwirksam sei, und 2. die Beklagten zur Abtretung „je der Hälfte des dem Verstorbenen zukommenden Einkunftsanspruches (insbesondere des Anspruches auf Gewinnausschüttung und/oder -entnahme) aus dessen Gesellschafterstellung als Beteiligter von einem Drittel der

[...], sohin von je 1/6 der Gesamtanteile der vorbezeichneten OG, rückwirkend ab 29. 2. 2010, laufend und künftig je zur Hälfte, sohin in Ansehung der Gesamtanteile der vorgenannten OG zu je 1/12" zu verpflichten. Zu 2. wurden ferner zwei Eventualbegehren formuliert.

Der Kläger brachte vor, ein rechtswirksames mündliches Nottestament iSd § 597 ABGB liege nicht vor. Der Zustand des Erblassers habe sich nach der Operation wesentlich gebessert. Am 20. 2. 2010 habe bei ihm weder die subjektive Vermutung ernstlicher Lebensgefahr noch die objektive Gefahr des Ablebens bestanden. Erst in den folgenden Tagen sei plötzlich und unvorhergesehen eine „Krankenhausinfektion“ aufgetreten, die nicht rechtzeitig erkannt worden sei. Der Gesundheitszustand des Erblassers hätte es ihm am 20. 2. 2010 ermöglicht, seinen letzten Willen in der Form eines fremdhändigen Testaments zu erklären. Er sei damals in der Lage gewesen, sich entsprechend zu artikulieren und ein Testament zu unterfertigen. Auch seien - einschließlich seiner Schwester - drei testierfähige Zeugen gleichzeitig anwesend gewesen. Im Übrigen hätte auch ein notarielles Testament errichtet werden können. Aus diesen Gründen hätten die Beklagten das im Testament vom 12. 9. 2004 dem Kläger ausgesetzte Vermächtnis zu erfüllen. Der Kläger brachte vor, ein rechtswirksames mündliches Nottestament iSd Paragraph 597, ABGB liege nicht vor. Der Zustand des Erblassers habe sich nach der Operation wesentlich gebessert. Am 20. 2. 2010 habe bei ihm weder die subjektive Vermutung ernstlicher Lebensgefahr noch die objektive Gefahr des Ablebens bestanden. Erst in den folgenden Tagen sei plötzlich und unvorhergesehen eine „Krankenhausinfektion“ aufgetreten, die nicht rechtzeitig erkannt worden sei. Der Gesundheitszustand des Erblassers hätte es ihm am 20. 2. 2010 ermöglicht, seinen letzten Willen in der Form eines fremdhändigen Testaments zu erklären. Er sei damals in der Lage gewesen, sich entsprechend zu artikulieren und ein Testament zu unterfertigen. Auch seien - einschließlich seiner Schwester - drei testierfähige Zeugen gleichzeitig anwesend gewesen. Im Übrigen hätte auch ein notarielles Testament errichtet werden können. Aus diesen Gründen hätten die Beklagten das im Testament vom 12. 9. 2004 dem Kläger ausgesetzte Vermächtnis zu erfüllen.

Die Beklagten stehen auf dem Standpunkt, es liege ein gültiges Nottestament vor. Damit seien gemäß § 713 ABGB alle früheren Anordnungen aufgehoben. Ein ausdrücklicher Widerruf sei nicht erforderlich gewesen. Der Erblasser habe nicht zu erkennen gegeben, dass die früheren Vermächtnisse zugunsten des Klägers und dessen Schwester bestehen bleiben sollten. Die Beklagten stehen auf dem Standpunkt, es liege ein gültiges Nottestament vor. Damit seien gemäß Paragraph 713, ABGB alle früheren Anordnungen aufgehoben. Ein ausdrücklicher Widerruf sei nicht erforderlich gewesen. Der Erblasser habe nicht zu erkennen gegeben, dass die früheren Vermächtnisse zugunsten des Klägers und dessen Schwester bestehen bleiben sollten.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt.

Auf der Grundlage des wiedergegebenen Sachverhalts folgte es rechtlich, die Voraussetzungen des § 597 ABGB seien nicht vorgelegen. Der Gesundheitszustand des Erblassers sei zwar kritisch gewesen, akute Lebensgefahr habe aber weder zum Zeitpunkt des mündlichen Testaments noch zwei Tage davor oder danach bestanden. Dies habe offenbar auch der Erblasser so gesehen, da er den am 18. 2. 2010 gefassten Entschluss, sein Testament zu ändern, erst am Nachmittag des 20. 2. 2010 in die Tat umgesetzt habe. Dabei habe er es dem Zufall überlassen, wann die erforderlichen zwei Zeugen gleichzeitig anwesend sein würden, anstatt diese aktiv zwecks Testamentserrichtung zu sich zu bitten. Daraus folge, dass der Erblasser die Notwendigkeit für ein sofortiges Handeln nicht gesehen und offenbar die Situation zwar als ernst, nicht aber als akut lebensbedrohend eingeschätzt habe. Auf der Grundlage des wiedergegebenen Sachverhalts folgte es rechtlich, die Voraussetzungen des Paragraph 597, ABGB seien nicht vorgelegen. Der Gesundheitszustand des Erblassers sei zwar kritisch gewesen, akute Lebensgefahr habe aber weder zum Zeitpunkt des mündlichen Testaments noch zwei Tage davor oder danach bestanden. Dies habe offenbar auch der Erblasser so gesehen, da er den am 18. 2. 2010 gefassten Entschluss, sein Testament zu ändern, erst am Nachmittag des 20. 2. 2010 in die Tat umgesetzt habe. Dabei habe er es dem Zufall überlassen, wann die erforderlichen zwei Zeugen gleichzeitig anwesend sein würden, anstatt diese aktiv zwecks Testamentserrichtung zu sich zu bitten. Daraus folge, dass der Erblasser die Notwendigkeit für ein sofortiges Handeln nicht gesehen und offenbar die Situation zwar als ernst, nicht aber als akut lebensbedrohend eingeschätzt habe.

Es wäre ihm auch ohne weiteres möglich gewesen, im selben Zeitraum anstelle des mündlichen Testaments ein fremdhändiges schriftliches Testament oder ein (schriftliches oder mündliches) notarielles Testament zu errichten. Da er den Testierentschluss schon am Donnerstag, dem 18. 2. 2010, gefasst gehabt habe, hätte er - unter Mitwirkung seiner Angehörigen oder des Spitalspersonals - sicher bis 20. 2. 2010 einen Notar organisieren können, der bei Dringlichkeit auch am Samstag bereit gewesen wäre, zur Testamentserrichtung ins Spital zu kommen. Darüber hinaus

wäre die Errichtung eines notariellen Testaments noch bis 24. 2. 2010 möglich gewesen, zumal sich der Zustand des Erblassers bzw seine Zukunftsprognose bis zu diesem Zeitpunkt nicht verschlechtert habe.

Noch einfacher und rascher wäre es allerdings gewesen, ein fremdhändiges Testament zu errichten, wozu der Erblasser aufgrund seiner körperlichen und geistigen Verfassung sowohl am 19. 2. als auch am 20. 2. 2010 (und auch später noch) in der Lage gewesen wäre. Die Unleserlichkeit der Unterschrift oder die Abweichung der Unterschrift von früheren Unterschriften des Erblassers hätte dabei nicht geschadet. Es wäre auch zulässig gewesen, ihm eine Unterstützung durch Führung der Hand zu gewähren. Auch die Beisetzung eines Handzeichens (Paraphe) in Gegenwart aller drei Zeugen hätte für die Gültigkeit eines fremdhändigen Testaments ausgereicht. Den erforderlichen dritten Zeugen aufzutreiben wäre mit Sicherheit kein Problem gewesen, da der Erblasser im Spital ohnehin ständig von dafür in Frage kommenden Menschen umgeben gewesen sei. Neben Besuchern hätten auch Ärzte oder Pflegepersonal oder die Lebensgefährtin des Erblassers als Zeugen fungieren können. Auch Schreibutensilien (Stift und Papier) stünden in einem Spital jederzeit zur Verfügung bzw hätte der Erblasser seine Schwester oder seine Lebensgefährtin bitten können, derartiges umgehend zu beschaffen. Die genannten Personen wären auch sicher gerne bereit gewesen, den Text der letztwilligen Verfügung aufzuschreiben.

Zusammenfassend ergebe sich daher, dass der Erblasser zwischen 18. 2. und 20. 2. 2010 ausreichend Gelegenheit gehabt hätte, eine andere als die mündliche Testamentsform zu wählen. Dass er dies nicht getan habe, liege in erster Linie daran, dass er infolge einer Fehlinformation seiner Lebensgefährtin von der Gültigkeit eines mündlichen Testaments ausgegangen sei. Die Beurteilung der Gültigkeitsvoraussetzungen habe aber anhand objektiver Kriterien zu erfolgen. Mangels der gesetzlichen Voraussetzungen für die Errichtung eines Nottestaments sei die mündliche Erklärung des letzten Willens vom 20. 2. 2010 unwirksam. Somit sei das Testament vom 12. 9. 2004 immer noch wirksam. Der Kläger habe Anspruch auf das ihm darin zuge dachte Vermächtnis, das durch Abtretung der den Beklagten gegenüber der Gesellschaft zustehenden Auszahlungsansprüche zu erfüllen sei.

Das Berufungsgericht änderte die erstinstanzliche Entscheidung dahin ab, dass es das Klagebegehren (Haupt- und Eventualbegehren) abwies. Es sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 5.000 EUR, nicht aber 30.000 EUR übersteigt und die ordentliche Revision zulässig sei. Mit seinem Kostenrekurs wurde der Kläger auf diese Entscheidung verwiesen.

Das Berufungsgericht übernahm die Feststellungen des Erstgerichts als Ergebnis einer unbedenklichen Beweiswürdigung und erörterte rechtlich, eine „Notsituation“ iSd § 597 ABGB liege nach der Entscheidung 1 Ob 102/11y vor, wenn der Erblasser eine solche - wenn auch irrig - angenommen habe und diese Annahme auch für außenstehende Dritte nachvollziehbar sei. In der Lehre werde darüber hinaus - die strenge Judikatur des Obersten Gerichtshofs ablehnend - angenommen, dass das objektive Vorliegen einer Notsituation für die Gültigkeit eines mündlich erklärten Testaments ausreiche. Das Berufungsgericht folge der Auffassung des Obersten Gerichtshofs, wonach es darauf ankomme, dass eine bedrohliche Situation bestehe, die auch bei anderen Menschen in der Situation des Erblassers den Eindruck erwecken würde, es bestünde unmittelbar ernstliche Lebensgefahr oder die Gefahr des Verlusts der Testierfähigkeit. Dass die Lebensgefahr „akut“ in dem Sinne sein müsse, dass mit dem sofortigen Ableben zu rechnen sei, werde nicht verlangt. Die ernstliche Todesgefahr genüge. Es schade daher nicht, wenn der Erblasser meine, „noch einige Tage Zeit“ zu haben und die Zeugen des mündlichen Testaments nicht sofort herbeirufe, sondern das Nottestament - wie im gegenständlichen Fall - einen Tag nach der Aufklärung über die Voraussetzungen desselben errichte. Das Berufungsgericht übernahm die Feststellungen des Erstgerichts als Ergebnis einer unbedenklichen Beweiswürdigung und erörterte rechtlich, eine „Notsituation“ iSd Paragraph 597, ABGB liege nach der Entscheidung 1 Ob 102/11y vor, wenn der Erblasser eine solche - wenn auch irrig - angenommen habe und diese Annahme auch für außenstehende Dritte nachvollziehbar sei. In der Lehre werde darüber hinaus - die strenge Judikatur des Obersten Gerichtshofs ablehnend - angenommen, dass das objektive Vorliegen einer Notsituation für die Gültigkeit eines mündlich erklärten Testaments ausreiche. Das Berufungsgericht folge der Auffassung des Obersten Gerichtshofs, wonach es darauf ankomme, dass eine bedrohliche Situation bestehe, die auch bei anderen Menschen in der Situation des Erblassers den Eindruck erwecken würde, es bestünde unmittelbar ernstliche Lebensgefahr oder die Gefahr des Verlusts der Testierfähigkeit. Dass die Lebensgefahr „akut“ in dem Sinne sein müsse, dass mit dem sofortigen Ableben zu rechnen sei, werde nicht verlangt. Die ernstliche Todesgefahr genüge. Es schade daher nicht, wenn der Erblasser

meine, „noch einige Tage Zeit“ zu haben und die Zeugen des mündlichen Testaments nicht sofort herbeirufe, sondern das Nottestament - wie im gegenständlichen Fall - einen Tag nach der Aufklärung über die Voraussetzungen desselben errichte.

Im Falle des Erblassers, der insbesondere nach der Diagnose B-Zell-Lymphom seinen Zustand als kritisch angenommen und wiederholt geäußert habe, dass er die Intensivstation nicht mehr verlassen werde, sei eine „Notsituation“ iSd § 597 ABGB vorgelegen. Auch für andere Menschen, wie die Angehörigen des Erblassers oder die Ärzte, habe - ex ante - Grund zur Annahme der Gefahr bestanden, dass er an seiner Erkrankung, wenn nicht sofort, so doch bald sterben werde. Schließlich habe auch in der Phase, in welcher die Lebensgefahr nicht „akut“ gewesen sei, die Möglichkeit einer zum Tod führenden Verschlechterung des Zustands des Erblassers bestanden. Wegen dieser Einschätzung habe er ja am 18. 2. 2010 seine Lebensgefährtin ersucht, die rechtlichen Möglichkeiten der Testamentsänderung auszuloten. Im Falle des Erblassers, der insbesondere nach der Diagnose B-Zell-Lymphom seinen Zustand als kritisch angenommen und wiederholt geäußert habe, dass er die Intensivstation nicht mehr verlassen werde, sei eine „Notsituation“ iSd Paragraph 597, ABGB vorgelegen. Auch für andere Menschen, wie die Angehörigen des Erblassers oder die Ärzte, habe - ex ante - Grund zur Annahme der Gefahr bestanden, dass er an seiner Erkrankung, wenn nicht sofort, so doch bald sterben werde. Schließlich habe auch in der Phase, in welcher die Lebensgefahr nicht „akut“ gewesen sei, die Möglichkeit einer zum Tod führenden Verschlechterung des Zustands des Erblassers bestanden. Wegen dieser Einschätzung habe er ja am 18. 2. 2010 seine Lebensgefährtin ersucht, die rechtlichen Möglichkeiten der Testamentsänderung auszuloten.

Die Errichtung des Nottestaments setze ferner voraus, dass der Erblasser seinen letzten Willen auf andere Weise nicht zu erklären vermöge. Die Auslegung dieser Tatbestandsvoraussetzung dahin, dass die Notform nur demjenigen offen stehe, dem es absolut unmöglich sei, eine ordentliche Testamentsform zu erfüllen, würde den Zweck der Notform vereiteln und ihren Anwendungsbereich auf Extremfälle reduzieren. Es bleibe im Einzelfall zu beurteilen, welche Anstrengungen dafür zumutbar seien und wer sie zu unternehmen habe. Die Anforderungen sollten, auch um den letzten Willen des Erblassers nicht zu vereiteln, nicht allzu streng beurteilt werden. Dies zeige der hier zu beurteilende Fall exemplarisch auf. Der Erblasser habe die Notlage - auch ex post betrachtet - richtig beurteilt und kurz vor seinem Tod noch juristischen Rat eingeholt, um seinen letzten Willen in seiner Notlage noch wirksam zu äußern. Er habe auf den Rat und die juristische Fachmeinung - sowie Dringlichkeitseinschätzung - seiner Lebensgefährtin vertrauen müssen, ohne gesundheitlich selbst zu einer Überprüfung in der Lage zu sein. Nach Meinung der Lebensgefährtin hätte die Zeit für die Errichtung eines notariellen Testaments zu knapp werden können und seien die Voraussetzungen für ein Nottestament vorgelegen. Sie - und damit auch der Erblasser - hätten die bestehende Gefahr für ausreichend und den Umweg über ein öffentliches, notarielles oder fremdhändiges Testament für zu „riskant“ gehalten. Sie hätten daher auch Anstrengungen unterlassen, dem Erblasser eine letztwillige Verfügung in einer ordentlichen Testamentsform zu ermöglichen, obwohl dies vielleicht unter Einsatz aller verfügbaren Mittel gerade noch möglich gewesen wäre. Der letzte Wille des Erblassers verliere nach Auffassung des Berufungsgerichts nicht dadurch seine Gültigkeit, dass nicht innerhalb von zwei Tagen ein öffentlicher Notar und drei fähige Zeugen an einem Samstag in der Intensivstation des A***** Krankenhauses an der Errichtung eines ordentlichen Testaments teilgenommen hätten. Das Testament sei wirksam.

Im Verhältnis zu früheren letztwilligen Verfügungen kämen beim Nottestament die allgemeinen Regeln (§§ 713 ff ABGB) zur Anwendung. Demnach werde ein älteres Testament durch das Nottestament aufgehoben. Das dem Kläger im Testament vom 12. 9. 2004 ausgesetzte Vermächtnis sei schon aus diesem Grund aufgehoben. Im Übrigen habe das mündlich errichtete Nottestament die Anordnung umfasst, dass sonst niemand etwas bekommen solle. Im Verhältnis zu früheren letztwilligen Verfügungen kämen beim Nottestament die allgemeinen Regeln (Paragraphen 713, ff ABGB) zur Anwendung. Demnach werde ein älteres Testament durch das Nottestament aufgehoben. Das dem Kläger im Testament vom 12. 9. 2004 ausgesetzte Vermächtnis sei schon aus diesem Grund aufgehoben. Im Übrigen habe das mündlich errichtete Nottestament die Anordnung umfasst, dass sonst niemand etwas bekommen solle.

Die Revision sei zulässig, weil zu den Fragen, ob eine „Notsituation“ iSd § 597 ABGB nur bei „akuter“ Todesgefahr zu bejahen sei, und in welcher Intensität der Erblasser bzw diesem nahestehende Personen Bemühungen zur Errichtung eines ordentlichen Testaments entfalten müssten, um die Wirksamkeit eines Nottestaments nicht zu gefährden, noch keine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs vorhanden sei. Die Revision sei zulässig, weil zu den Fragen, ob eine „Notsituation“ iSd Paragraph 597, ABGB nur bei „akuter“ Todesgefahr zu bejahen sei, und in welcher Intensität der

Erblasser bzw diesem nahestehende Personen Bemühungen zur Errichtung eines ordentlichen Testaments entfalten müssten, um die Wirksamkeit eines Nottestaments nicht zu gefährden, noch keine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs vorhanden sei.

Gegen diese Berufungsentscheidung richtet sich die Revision des Klägers wegen Aktenwidrigkeit und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, das erstinstanzliche Urteil in der Hauptsache wiederherzustellen. Hilfsweise werden Aufhebungsanträge gestellt.

Die Beklagten beantragen in ihrer Revisionsbeantwortung, das Rechtsmittel als unzulässig zurückzuweisen, in eventu ihm nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist zulässig, weil es präzisierender Ausführungen zu den Voraussetzungen eines Nottestaments durch den zuständigen Fachsenat des Obersten Gerichtshofs bedarf. Das Rechtsmittel ist teilweise im Sinne des Aufhebungsantrags berechtigt.

Der Kläger vertritt in seiner Rechtsrüge weiterhin die Auffassung, die Voraussetzungen eines Nottestaments seien nicht vorgelegen. Im relevanten Zeitraum habe weder eine akut lebensgefährliche Situation bestanden, noch sei der Erblasser selbst von einer solchen ausgegangen. Aus diesem Grund sei er auch nicht auf die rasche Errichtung eines Testaments bedacht gewesen. Vielmehr habe er es dem Zufall überlassen wollen, wann sich für ihn genehme Zeugen bei ihm einfinden würden. Die Möglichkeit einer ordentlichen Testamentsform habe er nicht geprüft und auch mit seiner Lebensgefährtin nicht diskutiert. Dem Erblasser wäre es jedoch möglich gewesen, ein fremdhändiges Testament zu diktieren und zu unterschreiben oder zumindest sein Handzeichen darunter zu setzen. Er wäre auch in der Lage gewesen, mit Hilfe seiner Lebensgefährtin, seiner Angehörigen oder des Spitalspersonals innerhalb eines Tages einen Notar zu organisieren. Schließlich seien im Zeitpunkt der Abgabe der letztwilligen Erklärung nicht nur die beiden Zeugen anwesend gewesen, sondern auch seine Schwester, die aber bei Abgabe der Erklärung gerade die Toilette aufgesucht habe. Auch daraus folge, dass ein fremdhändiges Testament jederzeit, vor allem zum gegenständlichen Zeitpunkt möglich gewesen wäre.

Hierzu wurde erwogen:

I. Zum Nottestament:römisch eins. Zum Nottestament:

1. Durch das FamErbRÄG 2004, BGBl I 2004/58, wurde das mündliche Testament als ordentliche Testamentsform abgeschafft. Es steht seit 1. 1. 2005 nur noch als (allgemeine) Notform zur Verfügung.

Nach § 597 Abs 1 ABGB kann seither der Erblasser mündlich (oder auch schriftlich) unter Beiziehung zweier fähiger Zeugen, die zugleich gegenwärtig sein müssen, nur mehr dann rechtswirksam testieren, wenn unmittelbar die Gefahr droht, dass er stirbt oder die Fähigkeit zu testieren verliert, bevor er seinen letzten Willen auf andere Weise zu erklären vermag. Ein so erklärter letzter Wille verliert drei Monate nach Wegfall der Gefahr seine Gültigkeit. Nach Paragraph 597, Absatz eins, ABGB kann seither der Erblasser mündlich (oder auch schriftlich) unter Beiziehung zweier fähiger Zeugen, die zugleich gegenwärtig sein müssen, nur mehr dann rechtswirksam testieren, wenn unmittelbar die Gefahr droht, dass er stirbt oder die Fähigkeit zu testieren verliert, bevor er seinen letzten Willen auf andere Weise zu erklären vermag. Ein so erklärter letzter Wille verliert drei Monate nach Wegfall der Gefahr seine Gültigkeit.

Die Notsituation liegt nach dem Wortlaut dieser Bestimmung nur vor, wenn sowohl Lebensgefahr oder Gefahr des Verlusts der Testierfähigkeit als auch die (dadurch bedingte) Unmöglichkeit in anderer Weise zu testieren bestand (3 Ob 174/11a mwN).

2. Auslegungsbedarf entstand vor allem durch die Äußerungen des Gesetzgebers in den Materialien. Dort heißt es, dass der Erblasser zur Anwendung der Notform nicht bloß dann berechtigt sei, wenn objektiv eine Gefahrensituation vorliege und nicht in anderer Weise testiert werden könne, sondern - entsprechend der Rechtsprechung und Lehre zu den ausländischen Vorbildern in der Schweiz (Art 506 bis 508 ZGB) und in Deutschland (§§ 2250, 2252 BGB) - bereits dann, wenn der durch objektive Umstände begründete Eindruck beim Erblasser bestehe, dass eine Notsituation vorliege (ErläutRV 471 BlgNR XXII. GP 29). 2. Auslegungsbedarf entstand vor allem durch die Äußerungen des Gesetzgebers in den Materialien. Dort heißt es, dass der Erblasser zur Anwendung der Notform nicht bloß dann berechtigt sei, wenn objektiv eine Gefahrensituation vorliege und nicht in anderer Weise testiert werden könne, sondern - entsprechend der Rechtsprechung und Lehre zu den ausländischen Vorbildern in der Schweiz (Artikel 506

bis 508 ZGB) und in Deutschland (Paragraphen 2250, 2252, BGB) - bereits dann, wenn der durch objektive Umstände begründete Eindruck beim Erblasser bestehe, dass eine Notsituation vorliege (ErläutRV 471 BlgNR römisch 22 . Gesetzgebungsperiode 29).

Entgegen dem Gesetzeswortlaut, der an ein objektives Kriterium anknüpft, gehen die Erläuterungen somit auch vom subjektiven Verständnis des Erblassers aus. Zudem kommt es weder in der Schweiz noch in Deutschland (allein) auf den Eindruck des Erblassers an (vgl Spitzer, Neues zu letztwilligen Verfügungen, NZ 2006/14, 77 [79]; A. Tschugguel, Das Nottestament - Voraussetzungen, Konversion, Änderungsbedarf, NZ 2009/36, 129 [130]; Volgger, § 597 ABGB: Die Gefahrensituation als Voraussetzung eines gültigen Nottestaments, EF-Z 2012/5, 20 [21]). Entgegen dem Gesetzeswortlaut, der an ein objektives Kriterium anknüpft, gehen die Erläuterungen somit auch vom subjektiven Verständnis des Erblassers aus. Zudem kommt es weder in der Schweiz noch in Deutschland (allein) auf den Eindruck des Erblassers an vergleiche Spitzer, Neues zu letztwilligen Verfügungen, NZ 2006/14, 77 [79]; A. Tschugguel, Das Nottestament - Voraussetzungen, Konversion, Änderungsbedarf, NZ 2009/36, 129 [130]; Volgger, Paragraph 597, ABGB: Die Gefahrensituation als Voraussetzung eines gültigen Nottestaments, EF-Z 2012/5, 20 [21]).

3. Der Oberste Gerichtshof musste in seiner ersten Entscheidung zum neuen § 597 ABGB, 4 Ob 27/07k SZ 2007/60 = EF-Z 2007/114 (Höllwerth) = iFamZ 2007/110 (W. Tschugguel), nicht abschließend klären, ob es bei der Beurteilung der Gefahrenlage tatsächlich allein auf den subjektiven Eindruck des Erblassers ankommt oder ob die Befürchtung auch für einen vernünftigen Menschen nachvollziehbar sein muss (im Anlassfall fehlte es schon an den objektiven Voraussetzungen für die Annahme des unmittelbar bevorstehenden Ablebens oder des Verlusts der Testierfähigkeit). 3. Der Oberste Gerichtshof musste in seiner ersten Entscheidung zum neuen Paragraph 597, ABGB, 4 Ob 27/07k SZ 2007/60 = EF-Z 2007/114 (Höllwerth) = iFamZ 2007/110 (W. Tschugguel), nicht abschließend klären, ob es bei der Beurteilung der Gefahrenlage tatsächlich allein auf den subjektiven Eindruck des Erblassers ankommt oder ob die Befürchtung auch für einen vernünftigen Menschen nachvollziehbar sein muss (im Anlassfall fehlte es schon an den objektiven Voraussetzungen für die Annahme des unmittelbar bevorstehenden Ablebens oder des Verlusts der Testierfähigkeit).

Er bezog sich mit dieser Unterscheidung auf den bereits erwähnten Aufsatz Spitzers (in NZ 2006/14), nach dessen näher begründeter Ansicht es darauf ankommt, ob die Befürchtung allgemein, also für einen vernünftigen Menschen nachvollziehbar war. Auch A. Tschugguel gelangte (in NZ 2009/36, 129 ff) zu dem Ergebnis, dass Vorliegen und Wegfall der Notsituation nach dem objektiv begründeten, vernünftigerweise nachvollziehbaren Eindruck des Erblassers zu bestimmen ist. Abgelehnt wurden von diesem Autor jene Stimmen, die sich - in Besinnung auf den Gesetzeswortlaut oder den historischen Gesetzgeber - entweder für eine rein objektive Prüfung der Testamentsvoraussetzungen aussprachen (Höllwerth in EF-Z 2007/114) oder den durch objektive Umstände begründeten subjektiven Eindruck des Erblassers genügen lassen wollten (Weiß/Likar-Peer in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht [2007] 163 f; wohl auch Apathy in KBB4 § 597 Rz 3). Er bezog sich mit dieser Unterscheidung auf den bereits erwähnten Aufsatz Spitzers (in NZ 2006/14), nach dessen näher begründeter Ansicht es darauf ankommt, ob die Befürchtung allgemein, also für einen vernünftigen Menschen nachvollziehbar war. Auch A. Tschugguel gelangte (in NZ 2009/36, 129 ff) zu dem Ergebnis, dass Vorliegen und Wegfall der Notsituation nach dem objektiv begründeten, vernünftigerweise nachvollziehbaren Eindruck des Erblassers zu bestimmen ist. Abgelehnt wurden von diesem Autor jene Stimmen, die sich - in Besinnung auf den Gesetzeswortlaut oder den historischen Gesetzgeber - entweder für eine rein objektive Prüfung der Testamentsvoraussetzungen aussprachen (Höllwerth in EF-Z 2007/114) oder den durch objektive Umstände begründeten subjektiven Eindruck des Erblassers genügen lassen wollten (Weiß/Likar-Peer in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht [2007] 163 f; wohl auch Apathy in KBB4 Paragraph 597, Rz 3).

4. In der Entscheidung 1 Ob 102/11y SZ 2011/99 = iFamZ 2011/251 (W. Tschugguel) = NZ 2012/18 (A. Tschugguel) = NZ 2012/19 (Fucik) = RIS-JustizRS0127229 schloss sich der Oberste Gerichtshof der überwiegend vertretenen Auffassung an, dass es - ungeachtet der im Gesetzestext ganz objektiv formulierten Gefahrensituation - darauf ankommen muss, ob ein allgemein nachvollziehbarer, durch objektive Umstände begründeter Eindruck beim Erblasser besteht.

Auch wenn - so die Überlegungen des 1. Senats - kritisiert worden sei, dass ein nur in den Gesetzesmaterialien enthaltenes Rechtsverständnis weder Gesetzesrang habe, noch durch Auslegung solche Geltung erlangen könne, weshalb das Vorliegen einer Notsituation rein objektiv zu prüfen sei, dürfe doch nicht übersehen werden, dass es immer wieder Lebenssituationen geben könne (Verschlechterung des Gesundheitszustands, Unfälle,

Naturkatastrophen ...), in denen ein Laie nicht ohne weiteres abschätzen könne, ob nun tatsächlich „unmittelbar“, also ohne dass er vorher seinen letzten Willen noch auf andere Weise erklären könnte, die Gefahr drohe, zu sterben (oder die Testierfähigkeit zu verlieren). Sei in einem derartigen Fall die Todesangst angesichts der Umstände allgemein nachvollziehbar gewesen, wäre es auch der Rechtssicherheit in Bezug auf die (befristete) Weitergeltung des mündlich erklärten letzten Willens im Falle des Überlebens der (angenommenen) Gefahrensituation sehr abträglich, wenn die Wirksamkeit häufig allein aufgrund nachträglicher Sachverständigengutachten beurteilt werden könnte. Aus diesen (teleologischen) Erwägungen erscheine es durchaus sinnvoll, die gesetzliche Anordnung im Sinne des in diese Richtung geäußerten „Gesetzgeberwillens“ dahin auszulegen, dass es nicht allein auf das - objektiv und mit entsprechender Fachkunde zu beurteilende - tatsächliche Vorliegen von Lebensgefahr ankomme, sondern dass eine bedrohliche Situation ausreiche, die auch bei anderen Menschen in der Situation des Erblassers den Eindruck erwecken würde, es bestünde unmittelbar ernstliche Lebensgefahr.

5. Dieses Auslegungsergebnis wurde im Schrifttum an sich zustimmend aufgenommen (vgl. A. Tschugguel, NZ 2012/18, 83; Volgger, EF-Z 2012/5, 20 ff; differenzierend hingegen Welser, Ist das Nottestament riskant?, GesRZ 2012, 63, nach dessen Auffassung schon das nachträglich feststellbare Vorliegen der Gefahr bzw objektiver Gefahrenumstände ungeachtet ihrer objektiven Erkennbarkeit im Zeitpunkt der Testamentserrichtung genügen müsse; der bald nach der Testamentserrichtung eingetretene Tod des Erblassers spreche prima vista für das objektive Bestehen der Gefahr; vgl auch Welser in Rummel/Lukas, ABGB4 § 597 Rz 3). Kritisiert wurde allerdings die Beurteilung des konkreten, mit dem gegenständlichen nicht ganz vergleichbaren Falls, die im Ergebnis zur Verneinung eines gültigen (mündlichen) Nottestaments führte (vgl. W. Tschugguel, iFamZ 2011/251 [„bedenklich restriktive Betrachtungsweise der Gefahrenlage“]; A. Tschugguel, NZ 2012/18 [„fragwürdiges argumentatives Fahrwasser“]; Welser, GesRZ 2012, 62 [„zu strengen Standpunkt eingenommen“]). 5. Dieses Auslegungsergebnis wurde im Schrifttum an sich zustimmend aufgenommen vergleiche A. Tschugguel, NZ 2012/18, 83; Volgger, EF-Z 2012/5, 20 ff; differenzierend hingegen Welser, Ist das Nottestament riskant?, GesRZ 2012, 63, nach dessen Auffassung schon das nachträglich feststellbare Vorliegen der Gefahr bzw objektiver Gefahrenumstände ungeachtet ihrer objektiven Erkennbarkeit im Zeitpunkt der Testamentserrichtung genügen müsse; der bald nach der Testamentserrichtung eingetretene Tod des Erblassers spreche prima vista für das objektive Bestehen der Gefahr; vergleiche auch Welser in Rummel/Lukas, ABGB4 Paragraph 597, Rz 3). Kritisiert wurde allerdings die Beurteilung des konkreten, mit dem gegenständlichen nicht ganz vergleichbaren Falls, die im Ergebnis zur Verneinung eines gültigen (mündlichen) Nottestaments führte vergleiche W. Tschugguel, iFamZ 2011/251 [„bedenklich restriktive Betrachtungsweise der Gefahrenlage“]; A. Tschugguel, NZ 2012/18 [„fragwürdiges argumentatives Fahrwasser“]; Welser, GesRZ 2012, 62 [„zu strengen Standpunkt eingenommen“]).

6. Der erkennende (Fach-)Senat folgt den grundsätzlichen Erwägungen der Entscheidung1 Ob 102/11y SZ 2011/99 und sieht sich nicht veranlasst, von dem gewonnenen, in der Lehre weitgehend gebilligten Auslegungsergebnis abzugehen. Daraus folgt für den gegenständlichen Sachverhalt, dass das Berufungsgericht zutreffend das Vorliegen der ersten Voraussetzung des § 597 Abs 1 ABGB bejahte: 6. Der erkennende (Fach-)Senat folgt den grundsätzlichen Erwägungen der Entscheidung 1 Ob 102/11y SZ 2011/99 und sieht sich nicht veranlasst, von dem gewonnenen, in der Lehre weitgehend gebilligten Auslegungsergebnis abzugehen. Daraus folgt für den gegenständlichen Sachverhalt, dass das Berufungsgericht zutreffend das Vorliegen der ersten Voraussetzung des Paragraph 597, Absatz eins, ABGB bejahte:

6.1 Nach den maßgeblichen Feststellungen befand sich der Erblasser nach einer Notoperation, bei der er fast verblutet wäre, in der Intensivstation eines Krankenhauses. In den Tagen nach der Operation trat zwar unter antibiotischer Therapie eine gewisse Stabilisierung seines Zustands mit Tendenz zur Besserung ein, eine akut lebensbedrohliche Situation lag in diesen Tagen nicht mehr vor. Insgesamt blieb sein Zustandsbild aber kritisch, der Krankheitsverlauf war nicht prognostizierbar. Eine rasche Verschlechterung des Gesundheitszustands mit Todesfolge war nicht auszuschließen. Der Erblasser, selbst Arzt, beurteilte seinen Zustand ebenfalls als kritisch und äußerte wiederholt, dass er die Intensivstation nicht mehr verlassen werde.

6.2 Dieser Sachverhalt bietet ausreichende Anhaltspunkte für die Annahme, dass sich der Erblasser während seines gesamten Aufenthalts in der Intensivstation der drohenden Todesgefahr bewusst gewesen ist. Denn „kritischer Zustand“ bedeutete im gegebenen Zusammenhang nichts anderes als fortgesetzte Todesgefahr. Daran ändert nichts, dass sich der Zustand des Erblassers vorübergehend stabilisierte, blieb er doch insgesamt dennoch kritisch. Ebenso ist es unbeachtlich, dass die Todesgefahr an einzelnen Tagen, so auch am Tag der Testamentserrichtung, nicht in dem

Sinne „akut“ war, dass mit dem sofortigen Tod zu rechnen war. Das Abstellen auf Momentaufnahmen verbietet sich, entscheidend sind die Gesamtumstände. Nach diesen war aber eine drastische, zum Tod führende Verschlechterung jederzeit möglich. Weder für den Erblasser, noch für Angehörige oder Ärzte war absehbar, wie sich die Krankheit entwickeln würde.

6.3 Bei dieser Sachlage war die Befürchtung des Erblassers, dass er die Intensivstation nicht mehr (lebend) verlassen werde, auch allgemein (für einen vernünftigen Dritten) nachvollziehbar. Die Gefahr war überdies tatsächlich vorhanden, wie der zeitnahe Tod des Erblassers belegt. Bei lebensnaher Würdigung dieses Gesamtbilds war die erste Tatbestandsvoraussetzung einer Notsituation iSd § 597 Abs 1 ABGB, das Bestehen einer Gefahrenlage, erfüllt. 6.3 Bei dieser Sachlage war die Befürchtung des Erblassers, dass er die Intensivstation nicht mehr (lebend) verlassen werde, auch allgemein (für einen vernünftigen Dritten) nachvollziehbar. Die Gefahr war überdies tatsächlich vorhanden, wie der zeitnahe Tod des Erblassers belegt. Bei lebensnaher Würdigung dieses Gesamtbilds war die erste Tatbestandsvoraussetzung einer Notsituation iSd Paragraph 597, Absatz eins, ABGB, das Bestehen einer Gefahrenlage, erfüllt.

7. Als weiteres Tatbestandselement setzt die Errichtung eines Nottestaments voraus, dass der Erblasser seinen letzten Willen auf andere Weise nicht zu erklären vermag. Das Nottestament soll ultima ratio sein (A. Tschugguel, NZ 2009/36, 129 [131]). Der Zeitpunkt der Möglichkeit eines ordentlichen Testaments kann aber nur zusammen mit jenem der möglichen Gefahrenverwirklichung geprüft werden (Welser, GesRZ 2012, 63 [66]). Auszugehen ist von einer Betrachtung ex ante. Besteht nach obigen Kriterien eine Gefahrensituation, wird dem testierwilligen Erblasser ein längeres Zuwarten nicht zumutbar sein. Das versteht sich von selbst in den gerne zitierten „Extremfällen“ (Unfall im Hochgebirge, Absturzgefahr eines Flugzeugs etc; vgl Welser, GesRZ 2012, 63 [66]), kann aber auch beim Aufenthalt eines Schwerkranken im Krankenhaus zu bejahen sein. Das zeigt der vorliegende Fall exemplarisch, konnte sich doch der Gesundheitszustand des Erblassers jederzeit derart verschlechtern, dass die Errichtung eines Testaments überhaupt nicht mehr möglich war. Fraglich ist aber, welche Anstrengungen dem Erblasser zumutbar waren, um in seiner konkreten Lage nicht nur die Formerfordernisse eines Nottestaments, sondern jene eines ordentlichen Testaments zu erfüllen. 7. Als weiteres Tatbestandselement setzt die Errichtung eines Nottestaments voraus, dass der Erblasser seinen letzten Willen auf andere Weise nicht zu erklären vermag. Das Nottestament soll ultima ratio sein (A. Tschugguel, NZ 2009/36, 129 [131]). Der Zeitpunkt der Möglichkeit eines ordentlichen Testaments kann aber nur zusammen mit jenem der möglichen Gefahrenverwirklichung geprüft werden (Welser, GesRZ 2012, 63 [66]). Auszugehen ist von einer Betrachtung ex ante. Besteht nach obigen Kriterien eine Gefahrensituation, wird dem testierwilligen Erblasser ein längeres Zuwarten nicht zumutbar sein. Das versteht sich von selbst in den gerne zitierten „Extremfällen“ (Unfall im Hochgebirge, Absturzgefahr eines Flugzeugs etc; vergleiche Welser, GesRZ 2012, 63 [66]), kann aber auch beim Aufenthalt eines Schwerkranken im Krankenhaus zu bejahen sein. Das zeigt der vorliegende Fall exemplarisch, konnte sich doch der Gesundheitszustand des Erblassers jederzeit derart verschlechtern, dass die Errichtung eines Testaments überhaupt nicht mehr möglich war. Fraglich ist aber, welche Anstrengungen dem Erblasser zumutbar waren, um in seiner konkreten Lage nicht nur die Formerfordernisse eines Nottestaments, sondern jene eines ordentlichen Testaments zu erfüllen.

8. Im Schrifttum äußerten sich zu dieser Frage vor allem A. Tschugguel und Welser:

8.1 A. Tschugguel meint, der Gesetzeswortlaut sei im Sinne des favor testamenti dahin auszulegen, dass im Einzelfall geprüft werden müsse, ob es unter Berücksichtigung aller Umstände dem Erblasser zumutbar gewesen wäre, eine ordentliche Testamentsform einzuhalten. Dabei sei auf alle Verhältnisse des Einzelfalls Bedacht zu nehmen, insbesondere auch auf die Todeswahrscheinlichkeit und die Todesnähe. Konkret könne die Errichtung eines mündlichen Nottestaments etwa dann gerechtfertigt sein, wenn kein Schreibmaterial bereit sei oder der Erblasser nicht mehr (unter-)schreiben könne. Sei der Erblasser zwar noch fähig zu unterschreiben, nicht mehr aber, den Text eigenhändig zu schreiben, so könne er immer noch - vorausgesetzt drei Zeugen seien verfügbar - fremd-händig testieren. Mangle es an einem dritten Zeugen, so stehe dem Erblasser aber jedenfalls die Notform offen, und er könne wählen, ob er fremdhändig oder mündlich vor zwei Zeugen testiere. Es sei aber auch danach zu fragen, welche Person dem Erblasser als Zeuge zumutbar sei. Dabei sei zu beachten, dass es um einen Zeugen für ein ordentliches fremdhändiges Testament (§ 579 ABGB) gehe, der den Testamentsinhalt nicht kennen müsse, sondern bloß die Urkunde zu unterschreiben habe. Er sei Echtheits- und nicht Inhaltszeuge. Dabei müsse es sich grundsätzlich nicht um eine Vertrauensperson des Erblassers handeln. Auch sei es dem Erblasser grundsätzlich zumutbar, einen ihm

unbekannten Zeugen beizuziehen. Nur besondere Gründe, die es dem Erblasser bei vernünftiger Betrachtung angesichts der besonderen Bedeutung des Testierakts unzumutbar machten, die betreffende Person als (dritten) Zeugen beizuziehen (zB der Erblasser fürchte oder hasse die Person), eröffneten ihm die Möglichkeit, in Notform vor bloß zwei Zeugen zu testieren (NZ 2009/36, 129 [132]). 8.1 A. Tschugguel meint, der Gesetzeswortlaut sei im Sinne des favor testamenti dahin auszulegen, dass im Einzelfall geprüft werden müsse, ob es unter Berücksichtigung aller Umstände dem Erblasser zumutbar gewesen wäre, eine ordentliche Testamentsform einzuhalten. Dabei sei auf alle Verhältnisse des Einzelfalls Bedacht zu nehmen, insbesondere auch auf die Todeswahrscheinlichkeit und die Todesnähe. Konkret könne die Errichtung eines mündlichen Nottestaments etwa dann gerechtfertigt sein, wenn kein Schreibmaterial bereit sei oder der Erblasser nicht mehr (unter-)schreiben könne. Sei der Erblasser zwar noch fähig zu unterschreiben, nicht mehr aber, den Text eigenhändig zu schreiben, so könne er immer noch - vorausgesetzt drei Zeugen seien verfügbar - fremd-händig testieren. Mangle es an einem dritten Zeugen, so stehe dem Erblasser aber jedenfalls die Notform offen, und er könne wählen, ob er fremdhändig oder mündlich vor zwei Zeugen testiere. Es sei aber auch danach zu fragen, welche Person dem Erblasser als Zeuge zumutbar sei. Dabei sei zu beachten, dass es um einen Zeugen für ein ordentliches fremdhändiges Testament (Paragraph 579, ABGB) gehe, der den Testamentsinhalt nicht kennen müsse, sondern bloß die Urkunde zu unterschreiben habe. Er sei Echtheits- und nicht Inhaltszeuge. Dabei müsse es sich grundsätzlich nicht um eine Vertrauensperson des Erblassers handeln. Auch sei es dem Erblasser grundsätzlich zumutbar, einen ihm unbekannten Zeugen beizuziehen. Nur besondere Gründe, die es dem Erblasser bei vernünftiger Betrachtung angesichts der besonderen Bedeutung des Testierakts unzumutbar machten, die betreffende Person als (dritten) Zeugen beizuziehen (zB der Erblasser fürchte oder hasse die Person), eröffneten ihm die Möglichkeit, in Notform vor bloß zwei Zeugen zu testieren (NZ 2009/36, 129 [132]).

An anderer Stelle deponierte A. Tschugguel, dem Erblasser dürften bei der Frage, ob es ihm noch möglich sein werde, in anderer Weise zu testieren, nicht andere Beteiligte, etwa die schließlich beigezogenen Zeugen, gleichsam als „Erfüllungsgehilfen“ zugerechnet werden, sondern es sei ausschließlich nach den hypothetischen Handlungsalternativen des Erblassers zu fragen (Von der Wertlosigkeit des Nottestaments - die „objektive Gefahr“ als Risikofaktor, NZ 2011/45, 177 [178]).

8.2 Welser betont, dass keine schikanös anmutenden Anforderungen an den Erblasser gestellt werden sollten. Das Nottestament solle unter besonderen Umständen das Testieren erleichtern, was nicht der Fall sei, wenn man „zur Sicherheit“ jede nur denkbare Anstrengung unternehmen müsse, um doch eine andere Testierform möglich zu machen. Es scheine auch, dass der Erblasser solche Versuche selbst zu unternehmen habe, weil man sonst niemandem - Zeugen, Verwandte oder Besucher - diese Verpflichtung auferlegen könne (GesRZ 2012, 63 [66]).

9. Aus diesen Erwägungen, denen sich der Senat im Grundsätzlichen anschließt, ist für den gegenständlichen Fall abzuleiten:

9.1 Nach den insoweit maßgeblichen Feststellungen des Erstgerichts war der Erblasser an Überwachungsmonitoren angeschlossen und konnte das Bett nicht verlassen. Aufgrund seines allgemeinen Schwächezustands und der Schwellungen, die sich an seinen Händen gebildet hatten, konnte er keine längeren Texte oder auch nur einzelne Sätze schreiben. Möglich war ihm aber mit einiger Anstrengung die Leistung einer Unterschrift oder zumindest die Setzung eines Handzeichens. Im fraglichen Zeitraum war der Erblasser „gut kontaktierbar“ und geistig voll orientiert. Er empfing mehrmals täglich Besuche von Angehörigen und Freunden, mit denen er sich über allgemeine und familiäre Themen unterhielt. Er wäre in der Lage gewesen, mit Hilfe seiner Lebensgefährtin, seiner Angehörigen oder des „Spitalspersonals“ innerhalb eines Tages einen Notar zu organisieren.

9.2 Letzteres ist nach den genannten Kriterien jedoch irrelevant. Den zitierten Autoren ist beizupflichten, dass bei der Beurteilung, ob eine ordentliche Testamentsform möglich ist, nicht auf die mehr oder weniger große Hilfsbereitschaft dritter Personen abgestellt werden kann. Der in einer Gefahrenlage befindliche Erblasser könnte an der Errichtung eines (Not-)Testaments endgültig gehindert werden, wenn sich die von ihm ersuchte Person bei der Herbeiholung eines Notars nicht oder nicht ausreichend engagiert. Zu fragen ist also danach, ob der Erblasser persönlich in der Lage war, einen Notar zu sich zu rufen. Das ist anhand der festgestellten Tatumstände zu verneinen.

9.3 Es bleibt somit zu prüfen, ob ein (ordentliches) fremdhändiges Testament möglich war:

Gemäß § 579 ABGB muss der Erblasser ein fremdhändiges Testament eigenhändig unterfertigen und ferner vor drei fähigen Zeugen, wovon wenigstens zwei zugleich gegenwärtig sein müssen, ausdrücklich erklären, dass der Aufsatz

seinen letzten Willen enthalte (nuncupatio). Der dritte Testamentszeuge darf auch nachträglich beigezogen werden, wenn die Einheit des Testierakts erhalten bleibt. Das ist der Fall, wenn das Testament in der Zwischenzeit nicht verändert wurde (vgl 8 Ob 88/70 SZ 43/74 mwN; 6 Ob 321/98v SZ 72/16; RIS-Justiz RS0012473; Welser in Rummel/Lukas, ABGB4 § 579 Rz 4). Gemäß Paragraph 579, ABGB muss der Erblasser ein fremdhändiges Testament eigenhändig unterfertigen und ferner vor drei fähigen Zeugen, wovon wenigstens zwei zugleich gegenwärtig sein müssen, ausdrücklich erklären, dass der Aufsatz seinen letzten Willen enthalte (nuncupatio). Der dritte Testamentszeuge darf auch nachträglich beigezogen werden, wenn die Einheit des Testierakts erhalten bleibt. Das ist der Fall, wenn das Testament in der Zwischenzeit nicht verändert wurde vergleiche 8 Ob 88/70 SZ 43/74 mwN; 6 Ob 321/98v SZ 72/16; RIS-Justiz RS0012473; Welser in Rummel/Lukas, ABGB4 Paragraph 579, Rz 4).

Der Erblasser war in der Lage, seinen letzten Willen zu artikulieren und dessen Niederschrift auch zu unterschreiben. Es stellt sich die Frage, ob ihm nicht am 20. 2. 2010, dem Tag, an dem er sich zur Testamentserrichtung vor zwei Zeugen entschlossen hatte, oder in zeitlicher, die „Einheit des Testierakts“ wahrender Nähe die Hinzuziehung eines dritten Zeugen zumutbar gewesen wäre. Dazu ist zunächst anzumerken:

(a) Die am 20. 2. 2010 ebenfalls anwesende Schwester des Erblassers (und des Klägers) kam entgegen der in der Revision vertretenen Auffassung als fähige Testamentszeugin nicht in Betracht, weil ihre beiden Kinder als Erben eingesetzt werden sollten (§ 594 ABGB). (a) Die am 20. 2. 2010 ebenfalls anwesende Schwester des Erblassers (und des Klägers) kam entgegen der in der Revision vertretenen Auffassung als fähige Testamentszeugin nicht in Betracht, weil ihre beiden Kinder als Erben eingesetzt werden sollten (Paragraph 594, ABGB).

(b) Die äußere Form gehört zum objektiven Tatbestand einer letztwilligen Verfügung. Sie muss, anders als ihr Inhalt, nicht gewollt, sondern bloß erfüllt sein, sodass bei ihrer Nichteinhaltung die Ungültigkeit ohne Rücksicht auf Wissen und Willen der Parteien eintritt (Welser in Rummel/Lukas, ABGB4 § 601 Rz 1). War es dem Erblasser nach den dargelegten Kriterien möglich, seinen letzten Willen in der Form eines (ordentlichen) fremdhändigen Testaments zu erklären, reichen die Notformen des § 597 ABGB nicht aus. Seine mündliche Erklärung wäre ungültig. Dabei ist es unerheblich, ob er sich in einem Irrtum über die „richtige“ Form befand, auch wenn der Irrtum durch die unrichtige Auskunft eines Dritten veranlasst worden sein sollte. Maßgeblich für die Gültigkeit ist nur die Einhaltung der zwingend gebotenen Form. (b) Die äußere Form gehört zum objektiven Tatbestand einer letztwilligen Verfügung. Sie muss, anders als ihr Inhalt, nicht gewollt, sondern bloß erfüllt sein, sodass bei ihrer Nichteinhaltung die Ungültigkeit ohne Rücksicht auf Wissen und Willen der Parteien eintritt (Welser in Rummel/Lukas, ABGB4 Paragraph 601, Rz 1). War es dem Erblasser nach den dargelegten Kriterien möglich, seinen letzten Willen in der Form eines (ordentlichen) fremdhändigen Testaments zu erklären, reichen die Notformen des Paragraph 597, ABGB nicht aus. Seine mündliche Erklärung wäre ungültig. Dabei ist es unerheblich, ob er sich in einem Irrtum über die „richtige“ Form befand, auch wenn der Irrtum durch die unrichtige Auskunft eines Dritten veranlasst worden sein sollte. Maßgeblich für die Gültigkeit ist nur die Einhaltung der zwingend gebotenen Form.

(c) In diesem Punkt ist auch A. Tschugguel zu widersprechen, wenn dieser (in NZ 2011/45, 177 [179]) zu allgemein ausführt, der Normzweck des § 597 ABGB verkehre sich in sein Gegenteil und verhindere eine formgültige letztwillige Verfügung, wenn der gutgläubige Erblasser (irrig) auf die Gültigkeit seines ungültigen Nottestaments vertraue und daher nicht noch einmal testiere. Im gegenständlichen Fall könnte dies zu dem - abzulehnenden - Ergebnis führen, dass die (allenfalls) unrichtige Auskunft eines Dritten über die einzuhaltende Form diese letztlich bestimmt. (c) In diesem Punkt ist auch A. Tschugguel zu widersprechen, wenn dieser (in NZ 2011/45, 177 [179]) zu allgemein ausführt, der Normzweck des Paragraph 597, ABGB verkehre sich in sein Gegenteil und verhindere eine formgültige letztwillige Verfügung, wenn der gutgläubige Erblasser (irrig) auf die Gültigkeit seines ungültigen Nottestaments vertraue und daher nicht noch einmal testiere. Im gegenständlichen Fall könnte dies zu dem - abzulehnenden - Ergebnis führen, dass die (allenfalls) unrichtige Auskunft eines Dritten über die einzuhaltende Form diese letztlich bestimmt.

(d) Für die Entscheidung unerheblich ist es daher auch, ob die Lebensgefährtin des Erblassers eine „Dringlichkeitseinschätzung“ vornahm, die Notform als die „richtige“ ansah, vorher mögliche Alternativen erwog, den Erblasser richtig oder falsch beriet und ob dieser (nur) wegen dieses Rates weitere Anstrengungen zur Errichtung eines ordentlichen Testaments unterließ. Den dem Berufungsgericht in diesem Zusammenhang vorgeworfenen Aktenwidrigkeiten fehlt es demnach schon an der erforderlichen Relevanz (RIS-JustizRS0043265). Auf diesen Revisionsgrund ist nicht weiter einzugehen.

9.4 Das Erstgericht sah „mit Sicherheit kein Problem“ darin, einen dritten Zeugen aufzutreiben, da der Erblasser „im Spital ohnehin ständig von Menschen umgeben war“ (das Berufungsgericht ging auf diese Frage nicht näher ein). Mag diese Überlegung vordergründig einleuchtend erscheinen, so vernachlässigt sie doch, dass es auf die konkreten Handlungsalternativen des Erblassers ankommt, die ihm zur Verfügung gestanden wären, wozu aber noch keine Feststellungen getroffen wurden.

Nach dem bisher vorliegenden Sachverhalt konnte der Erblasser sein Bett nicht verlassen, um auf die Suche nach einem fähigen und willigen dritten Zeugen zu gehen. Er bekam aber regelmäßig Besuch von Angehörigen und Freunden und war von „Spitalspersonal“ umgeben. Möglicherweise hätte er also schon während der Anwesenheit der beiden Zeugen am 20. 2. 2010 eine dieser Personen herbeirufen und fragen können, ob sie bereit wäre, als weiterer Testamentszeuge zu fungieren. Die damit verbundene Anstrengung wäre dem Erblasser zweifellos zumutbar gewesen; sie wäre noch nicht überzogen und schon gar nicht schikanös. Es fehlt aber an Feststellungen dazu, ob es ihm auf diese (zumutbare) Weise tatsächlich gelungen wäre, einen dritten fähigen und auch willigen Zeugen herbeizuholen, bei dem auch nicht ausnahmsweise besondere Gründe vorlagen, die seine Ablehnung gerechtfertigt hätten. Dasselbe gilt für die Zeit, nachdem sich die beiden Zeugen entfernt hatten und zwar, ausgehend von den Feststellungen, bis einschließlich 24. 2. 2010. Bis dahin blieb die „Einheit des Testierakts“ jedenfalls gewahrt.

Das wirft die Frage nach der Behauptungs- und Beweislast für die Formgültigkeit der letztwilligen Erklärung auf.

9.5 Nach der allgemeinen Beweislastregel hat grundsätzlich jede Partei die für ihren Rechtsstandpunkt günstigen rechtserzeugenden Tatsachen zu beweisen (RIS-Justiz RS0037797, RS0106638). Es entspricht ferner der herrschenden Ansicht, dass der Beweis der äußeren Formgültigkeit einer letztwilligen Anordnung dem darin Bedachten obliegt (vgl. 1 Ob 38/68 SZ 41/23; Welser in Rummel/Lukas, ABGB4 § 601 Rz 4; Eccher in Schwimann/Kodek, ABGB4 III § 601 Rz 6; Knechtel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.02 § 601 Rz 6; Ferrari in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht [2007] 465). Nur bei einer äußerlich der vorgeschriebenen Form entsprechenden schriftlichen letztwilligen Erklärung obliegt der Beweis dem die Gültigkeit Bestreitenden (5 Ob 552/86 SZ 59/175). Im Falle von mündlichen Testamenten traf die Beweislast nach der vor dem FamErbRÄG 2004 geltenden Rechtslage hingegen denjenigen, der sich auf das Testament berief (vgl. 8 Ob 1540/91 = RIS-Justiz RS0012499 [T3]; 8 Ob 34/03p). Laut 3 Ob 174/11a gilt dies auch für die Gültigkeit eines mündlichen Nottestaments. Auch A. Tschugguel geht (in NZ 2009/36, 129 [133]) davon aus, dass die Unzumutbarkeit, ordentlich zu testieren, von der Errichtung des Testaments bis zum Tod des Erblassers nachgewiesen werden muss.

9.5 Nach der allgemeinen Beweislastregel hat grundsätzlich jede Partei die für ihren Rechtsstandpunkt günstigen rechtserzeugenden Tatsachen zu beweisen (RIS-Justiz RS0037797, RS0106638). Es entspricht ferner der herrschenden Ansicht, dass der Beweis der äußeren Formgültigkeit einer letztwilligen Anordnung dem darin Bedachten obliegt (vergleiche 1 Ob 38/68 SZ 41/23; Welser in Rummel/Lukas, ABGB4 Paragraph 601, Rz 4; Eccher in Schwimann/Kodek, ABGB4 römisch drei Paragraph 601, Rz 6; Knechtel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.02 Paragraph 601, Rz 6; Ferrari in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht [2007] 465). Nur bei einer äußerlich der vorgeschriebenen Form entsprechenden schriftlichen letztwilligen Erklärung obliegt der Beweis dem die Gültigkeit Bestreitenden (5 Ob 552/86 SZ 59/175). Im Falle von mündlichen Testamenten traf die Beweislast nach der vor dem FamErbRÄG 2004 geltenden Rechtslage hingegen denjenigen, der sich auf das Testament berief (vergleiche 8 Ob 1540/91 = RIS-Justiz RS0012499 [T3]; 8 Ob 34/03p). Laut 3 Ob 174/11a gilt dies auch für die Gültigkeit eines mündlichen Nottestaments. Auch A. Tschugguel geht (in NZ 2009/36, 129 [133]) davon aus, dass die Unzumutbarkeit, ordentlich zu testieren, von der Errichtung des Testaments bis zum Tod des Erblassers nachgewiesen werden muss.

9.6 Nach diesen Grundsätzen trifft die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass dem Erblasser die Hinzuziehung eines dritten Testamentszeugen nicht zumutbar war, die Beklagten. Es liegt an ihnen, Gründe geltend zu machen und nachzuweisen, aus denen die Errichtung eines formgültigen (ordentlichen) fremdhändigen Testaments nicht möglich war, wobei verbleibende Unklarheiten zu ihren Lasten gingen.

Zu diesem Thema liegen weder Behauptungen der Beklagten noch Feststellungen vor. Die aufgezeigte Rechtslage wurde mit den Parteien aber auch noch nicht erörtert. Aus diesem Grund - und um die Parteien nicht mit einer von ihnen nicht bedachten Rechtsansicht zu überraschen - sind die Urteile der Vorinstanzen im noch klarzustellenden Umfang aufzuheben. Das Erstgericht wird die Rechtsansicht des Obersten Gerichtshofs mit den Parteien zu erörtern und ihnen die Gelegenheit zu ergänzendem Vorbringen und zu Beweisanboten zu geben haben. Nach Maßgabe dieses Vorbringens wird es das Verfahren sodann zu ergänzen und Feststellungen über die noch offene Frage zu treffen haben.

10. Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass die Wirksamkeit der mündlichen letztwilligen Erklärung des Erblassers vom 20. 2. 2010 derzeit noch nicht beurteilt werden kann.

II. Zum Klagebegehren:römisch zwei. Zum Klagebegehren:

1. Der Kläger stützt sein Begehren auf das ihm im Testament vom 12. 9. 2004 zugedachte Legat. Danach soll er mit seiner Schwester „lebenslänglich zu gleichen Teilen die Einkünfte aus der OEG“ (von den Erben) erhalten. Diese Anordnung setzt voraus, dass die Erben als Gesellschafter der OG an die Stelle des Erblassers getreten sind. Dies ist im Prozess nicht strittig.

Das Legat ist als Forderungslegat (legatum nominis) iSd § 664 ABGB zu qualifizieren. Dieses verpflichtet den Nachlass bzw nach der Einantwortung die Erben zur Abtretung der vermachten Forderung und gibt dem begünstigten Legatar einen schuldrechtlichen Anspruch auf Übertragung gegen den (oder die) Beschwerten, vor der Zession aber kein Recht gegen den debitor cessus (10 Ob 2335/96x SZ 69/247; RIS-Justiz RS0012615, RS0109863). Zur Gültigkeit eines solchen Legats ist es nicht erforderlich, dass sein Gegenstand ziffernmäßig bestimmt ist, es genügt die hier jedenfalls gegebene Bestimmbarkeit (vgl 1 Ob 2138/96k SZ 69/263; RIS-Justiz RS0012612; auch Welser in Rummel/Lukas, ABGB4 § 664 Rz 3; allgemein zur Zulässigkeit der Abtretung künftiger Forderungen: RIS-Justiz RS0032798, RS0032827, RS0032906). Zieht der Nachlass oder der Erbe die Forderung ein, so schuldet er den Legataren den erlangten Betrag als stellvertretenden Vorteil (7 Ob 161/14y; 1 Ob 177/14g). Der schuldrechtliche Anspruch ist im Rechtsweg durchzusetzen (vgl 1 Ob 177/14g; RIS-Justiz RS0012614). Das Legat ist als Forderungslegat (legatum nominis) iSd Paragraph 664, ABGB zu qualifizieren. Dieses verpflichtet den Nachlass bzw nach der Einantwortung die Erben zur Abtretung der vermachten Forderung und gibt dem begünstigten Legatar einen schuldrechtlichen Anspruch auf Übertragung gegen den (oder die) Beschwerten, vor der Zession aber kein Recht gegen den debitor cessus (10 Ob 2335/96x SZ 69/247; RIS-Justiz RS0012615, RS0109863). Zur Gültigkeit eines solchen Legats ist es nicht erforderlich, dass sein Gegenstand ziffernmäßig bestimmt ist, es genügt die hier jedenfalls gegebene Bestimmbarkeit vergleiche 1 Ob 2138/96k SZ 69/263; RIS-Justiz RS0012612; auch Welser in Rummel/Lukas, ABGB4 Paragraph 664, Rz 3; allgemein zur Zulässigkeit der Abtretung künftiger Forderungen: RIS-Justiz RS0032798, RS0032827, RS0032906). Zieht der Nachlass oder der Erbe die Forderung ein, so schuldet er den Legataren den erlangten Betrag als stellvertretenden Vorteil (7 Ob 161/14y; 1 Ob 177/14g). Der schuldrechtliche Anspruch ist im Rechtsweg durchzusetzen vergleiche 1 Ob 177/14g; RIS-Justiz RS0012614).

2. Der Kläger begehrt in Punkt 2. des Klagebegehrens von den beklagten Erben in näher bestimmtem Ausmaß die Abtretung ihrer fälligen und künftigen „Einkunftsansprüche“ aus ihrer nunmehrigen Gesellschaftsbeteiligung. Da den Beklagten seit dem Tod des Erblassers noch keine Gesellschaftsgewinne ausbezahlt wurden, entspricht dieses Begehren der erörterten Rechtslage. Es handelt sich um ein Leistungsbegehren.

3. Dennoch hat der Kläger auch ein (negatives) Feststellungsbegehren gestellt, das - nach dem Vorbild der früheren Erbrechtsklage (vgl RIS-Justiz RS0007971) - auf die Feststellung der Unwirksamkeit des von den Beklagten behaupteten mündlichen Nottestaments gerichtet ist. 3. Dennoch hat der Kläger auch ein (negatives) Feststellungsbegehren gestellt, das - nach dem Vorbild der früheren Erbrechtsklage vergleiche RIS-Justiz RS0007971) - auf die Feststellung der Unwirksamkeit des von den Beklagten behaupteten mündlichen Nottestaments gerichtet ist.

Nach ständiger Rechtsprechung ist Erfolgsvoraussetzung eines Feststellungsbegehrens das rechtliche Interesse an der alsbaldigen Feststellung, bei dessen Mangel das Begehren mit Urteil abzuweisen ist (RIS-Justiz RS0039201). Das Feststellungsinteresse ist auch im Rechtsmittelverfahren von Amts wegen wahrzunehmen (RIS-Justiz RS0039123). In der Regel fehlt es am rechtlichen Interesse, wenn der Kläger seinen Anspruch - wie hier - bereits zur Gänze mit Leistungsklage geltend machen kann und das Leistungsbegehren alles das (oder mehr) bietet, was (auch) mit dem Feststellungsbegehren angestrebt wird (vgl 8 Ob 69/14a; RIS-Justiz RS0038817). Nach ständiger Rechtsprechung ist Erfolgsvoraussetzung eines Feststellungsbegehrens das rechtliche Interesse an der alsbaldigen Feststellung, bei dessen Mangel das Begehren mit Urteil abzuweisen ist (RIS-Justiz RS0039201). Das Feststellungsinteresse ist auch im Rechtsmittelverfahren von Amts wegen wahrzunehmen (RIS-Justiz RS0039123). In der Regel fehlt es am rechtlichen Interesse, wenn der Kläger seinen Anspruch - wie hier - bereits zur Gänze mit Leistungsklage geltend machen kann und das Leistungsbegehren alles das (oder mehr) bietet, was (auch) mit dem Feststellungsbegehren angestrebt wird vergleiche 8 Ob 69/14a; RIS-Justiz RS0038817).

4. Danach fehlt es dem Kläger für das von ihm gestellte Feststellungsbegehren am rechtlichen Interesse. Mehr als die mit seinem Leistungsbegehren angestrebte Erfüllung des Legats kann er nicht erreichen. Bei der Beurteilung dieses

Anspruchs ist die (Un-)Wirksamkeit des von den Beklagten behaupteten Nottestaments als Vorfrage zu prüfen. Gründe, die ein Feststellungsinteresse an der Klärung als Hauptfrage begründen könnten, sind nicht ersichtlich und wurden vom Kläger auch nicht genannt.

III. Ergebnis:römisch drei. Ergebnis:

Im Umfang der Entscheidung über das Feststellungsbegehren kann das angefochtene Urteil als Teilurteil bestätigt werden. Im Übrigen sind die Urteile der Vorinstanzen aus den in Punkt I.9 dargelegten Erwägungen aufzuheben und dem Erstgericht ist die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufzutragen.Im Umfang der Entscheidung über das Feststellungsbegehren kann das angefochtene Urteil als Teilurteil bestätigt werden. Im Übrigen sind die Urteile der Vorinstanzen aus den in Punkt römisch eins.9 dargelegten Erwägungen aufzuheben und dem Erstgericht ist die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufzutragen.

Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 Abs 1 und 4 ZPODer Kostenvorbehalt gründet sich auf Paragraph 52, Absatz eins und 4 ZPO.

Textnummer

E114204

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2016:0020OB00086.15H.0317.000

Im RIS seit

18.04.2016

Zuletzt aktualisiert am

07.09.2021

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at