

des § 6 TestG zugezogen worden sind. Sollte nicht feststellbar sein, daß dies nach Abs. 1 erfolgte, so ist die Wirksamkeit des Testaments unter den Gesichtspunkten des Abs. 2 zu prüfen. Hierbei handelt es sich um eine freigestellte Zeugenziehung, nämlich auf Wunsch des Erblassers oder nach pflichtgemäßem Ermessen des Notars. Es erhebt sich die Frage, ob bei Testamentserrichtung nach dieser Vorschrift im Falle der Verletzung der zwingenden Vorschrift des § 12 TestG ebenfalls Nichtigkeit des Testaments nach § 48 Abs. 1 TestG eintritt. Das wird jedenfalls dann zu bejahen sein, wenn erkennbar ein solcher körperlicher Zustand des Erblassers zur Zuziehung geführt hat, der einem der in Abs. 1 genannten Gebrechen nahekommt.

Die Verklagte hat sich in ihrem Berufungserwidmungsschriftsatz zur Begründung der Wirksamkeit des Testaments unter anderem auf § 16 Abs. 3 TestG berufen. Abgesehen davon, daß es — wie bereits dargelegt — eine Schreibunfähigkeit wegen Alters nicht gibt, sieht diese Bestimmung die Zuziehung eines Zeugen für den Fall vor, daß der Erblasser nicht schreiben kann. Die Ursachen hierfür können darin liegen, daß er des Schreibens unkundig ist oder durch eine Verletzung oder Lähmung der Hand o. ä. daran gehindert wird. Der Blinde, der oftmals sogar schreibfähig ist, aber das Geschriebene im Gegensatz zu den vorgenannten Fällen nicht sehen, also beispielsweise nicht selbst kontrollieren kann, ob er auch die richtige Urkunde unterschreibt, fällt nicht unter diese Bestimmung. Für ihn gilt die spezielle Regelung des § 6 Abs. 1 TestG. Daß der Notar § 16 Abs. 3 TestG nicht angewandt hat, geht außerdem eindeutig aus dem Wortlaut der Verhandlungsniederschrift hervor. Er hat ausdrücklich zwei Zeugen hinzugezogen und war sich der Vorschrift des § 12 TestG durchaus bewußt.

Schon aus diesen Gründen scheidet daher der Fall der Zuziehung nur eines Zeugen wegen bloßer Schreibunfähigkeit des Erblassers aus.

Sollte sich entgegen der bisherigen Aussagen der Zeugen doch ergeben, daß die zwingenden Vorschriften der §§ 6 und 12 TestG bei Errichtung des angefochtenen Testaments beachtet worden sind, von dieser Seite her also keine Nichtigkeitsgründe im Sinne des § 48 Abs. 1 TestG vorliegen, so macht sich nunmehr die Prüfung der Testierfähigkeit der Erblasserin erforderlich. Auch zu dieser Frage erscheint die vom Stadtbezirksgericht vorgenommene Beweiswürdigung zweifelhaft und bedenklich. In Übereinstimmung mit dem Kassationsantrag muß insbesondere festgestellt werden, daß die bisherige Beweisaufnahme noch keine ausreichende Grundlage für die Entscheidung des Rechtsstreites erbracht hat, zumal nach der ärztlichen Auskunft von Frau Dr. L. erhebliche Zweifel an der Testierfähigkeit der Erblasserin bestehen. Diese Auskunft hätte das Stadtbezirksgericht zwar nicht als Beweis werten dürfen, weil sie nicht den Anforderungen des § 377 Abs. 3 ZPO genügt. Sie hätte ihm aber Veranlassung sein müssen, Frau Dr. L. als sachverständige Zeugin zu vernehmen — was übrigens auf Grund des Beweisbeschlusses ohnedies notwendig gewesen wäre —, erforderlichenfalls ein fachärztliches Gutachten über den Geisteszustand der Erblasserin z. Z. ihrer Testierung beizuziehen. Außerdem hätte es nicht, wie geschehen, auf die mit Beschluß vom 6. Juni 1966 angeordnete Vernehmung des Notars verzichten dürfen. Eine außerhalb des Verfahrens m>t ihm geführte Unterredung zu einer Beweisfrage widerspricht allen Grundsätzen des Zivilverfahrens und ist daher nicht verwertbar.

Durch Vernehmung des Notars wird insbesondere aufzuklären sein, ob diesem bereits vor Eintritt in die Verhandlung mit der Erblasserin der Inhalt ihres An-

liegens bekannt war oder ob die Erblasserin persönlich und in vollem Umfange alle maßgeblichen Erklärungen abgegeben hat, sowie auf Grund welcher Tatsachen er seine Feststellung über die Testierfähigkeit der Erblasserin getroffen hat. Er wird sich auch dazu zu äußern haben, ob er die Erblasserin pflichtgemäß nach früher errichteten Testamenten befragt hat und wie dies von der Erblasserin beantwortet wurde. Aus der notariellen Niederschrift geht lediglich hervor, daß sie „an frühere Verfügungen von Todes wegen nicht gebunden“ sei, obwohl die Erblasserin unbestritten im Jahre 1955 zugunsten der Klägerin, mit der sie bis zuletzt im guten Einvernehmen gestanden haben soll, testiert hat. Diese unklare Formulierung beweist, daß der Notar unsorgfältig protokolliert hat.

Das Stadtbezirksgericht argumentiert, daß die Erblasserin, wie sich aus den Zeugenaussagen ergebe, zumindest lichte Augenblicke gehabt habe. Das stimme mit der Äußerung der behandelnden Ärztin überein, wonach sie infolge altersbedingter organischer Veränderungen ihrer Hirngefäße kaum noch in der Lage gewesen sei, die Dinge um sich herum richtig einzuschätzen. Gleichzeitig räume die Ärztin aber ein, daß gerade bei einem solchen Leiden das Denkvermögen je nach dem Allgemeinbefinden wechseln und auch die Erblasserin zeitweilig imstande gewesen sein könne, ihre Umwelt richtig zu beurteilen. Schließlich habe sich der Notar davon überzeugt, daß sie voll testierfähig war. Mithin sei ihre Testierfähigkeit z. Z. der Willenserklärung erwiesen.

Damit unterstellt das Stadtbezirksgericht, daß die Erblasserin gerade z. Z. der Testamentserrichtung einen lichten Augenblick gehabt haben müsse. Eine solche Beweisführung ist jedoch fehlerhaft. Abgesehen davon, daß der Geisteszustand der Erblasserin, wie bereits ausgeführt, der gründlicheren Prüfung bedarf, hat selbst das Instanzgericht die Überzeugung erlangt, daß das Gefäßleiden der Erblasserin zu so schweren Veränderungen ihrer Geistestätigkeit geführt hat, daß sie nur noch zeitweilig imstande gewesen sein kann, ihre Umwelt richtig zu beurteilen. Schon das stellt die Möglichkeiten der freien Willensbestimmung durch die Erblasserin ganz erheblich in Frage. Bestätigt sich zudem in der erneuten Verhandlung das Vorliegen eines Gefäßleidens bei der Erblasserin mit den genannten Folgen, so würde sich der Sachverständige auch darüber auszusprechen haben, ob es bei derartigen Zuständen sog. lichte Momente gibt und ob der Betroffene innerhalb dieser verhältnismäßig kurzen Zeiträume fähig sein kann, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln (§ 2 Abs. 2 TestG). Bejaht der Sachverständige dies, so ist er zu befragen, ob es Kriterien für eine solche Annahme gibt, ggf. welche. In diesem Falle hat die Verklagte zu beweisen, daß zur Zeit der Testamentserrichtung bei der Erblasserin ein „lichter Moment“ bestand, während dessen sie testierfähig war. Erbringt sie den Beweis nicht, so ist dem Klageantrag gemäß auf Nichtigkeit des angefochtenen Testaments wegen Testierunfähigkeit der Erblasserin zu erkennen.

Abschließend sei zu der bereits beanstandeten Arbeitsweise des mitwirkenden Notars noch folgendes bemerkt:

Gemäß § 10 Ziff. 6 TestG soll als Zeuge bei der Errichtung eines Testaments nicht mitwirken, wer im Dienste des beurkundenden Notars steht. Das gilt auch für die Mitarbeiter beim Staatlichen Notariat, insbesondere weil der Notar ihnen gegenüber weisungsbefugt ist. Wenn auch die Nichtbeachtung dieser Bestimmung nicht zur Unwirksamkeit des Testaments führt, so rechtfertigt das nicht ihre Negierung. Es ent-