

Auf Antrag des Verklagten hat das Staatliche Notariat zwei Erbscheine des Inhalts erteilt, daß der Verklagte auf Grund des gemeinschaftlichen Testaments vom 13. November 1958 testamentarischer Erbe der Anni H. mit dem infolge Wiederverheiratung des Vorerben Willi H. am 20. April 1963 eingetretenen Nacherbfall und zugleich alleiniger testamentarischer Erbe des Willi H. ist.

Die Klägerin hat beantragt, festzustellen, daß

1. das am 13. November 1958 von den Eheleuten Willi H. und Anni H. errichtete gemeinschaftliche Testament rechtswirksam ist, soweit es die Erbeinsetzung nach dem überlebenden Ehegatten Willi H. betrifft,

2. das am 20. Januar 1981 von den Eheleuten Willi H. und Gisela H. (Klägerin) errichtete gemeinschaftliche Testament rechtswirksam ist.

Der Verklagte hat Klageabweisung beantragt.

Das Kreisgericht hat die Klage abgewiesen.

Die gegen dieses Urteil eingelegte Berufung der Klägerin hat das Bezirksgericht als unbegründet abgewiesen.

Gegen dieses Urteil richtet sich der Kassationsantrag des Präsidenten des Obersten Gerichts, der Erfolg hatte.

#### Aus der Begründung:

Gemäß § 8 EGZGB bestimmt sich die Wirksamkeit eines Testaments nach dem vor Inkrafttreten des ZGB am 1. Januar 1976 geltenden Recht, wenn es vor diesem Zeitpunkt errichtet wurde. Das gilt auch für eine im Testament angeordnete Vor- und Nacherbfolge. Da mit der Klage das gemeinschaftliche Testament des Erblassers mit seiner ersten Ehefrau vom

13. November 1958, soweit es die Erbeinsetzung nach dem überlebenden Ehegatten betrifft, angefochten wird, hätte die behauptete Teilnichtigkeit dieses nach § 2269 BGB errichteten gemeinschaftlichen Testaments auf der Grundlage von § 2078 ff. BGB beurteilt werden müssen. Soweit die Gerichte festgestellt haben, daß eine Nichtigkeit oder Teilnichtigkeit dieses Testaments nicht vorliegt, so ist das zwar richtig. Davon hängt jedoch die Beurteilung der Rechtslage nicht ab. Das ergibt sich aus folgendem:

Die Klägerin hat beim Staatlichen Notariat die Erteilung eines Erbscheins beantragt, wonach sie auf Grund des gemeinschaftlichen Testaments vom 20. Januar 1981 alleinige Erbin ihres am 27. März 1986 verstorbenen Ehemannes Willi H. ist. Demgegenüber hat der Verklagte beantragt, ihm auf Grund des Testaments vom 13. November 1958 Erbscheine zu erteilen, wonach er infolge Wiederverheiratung des Erblassers am 20. April 1963 Nacherbe der zuerst verstorbenen Anni H. und Alleinerbe des zuletzt verstorbenen Willi H. ist. Diesem Antrag hat das Staatliche Notariat entsprochen. Dabei ist es der Auffassung des Verklagten gefolgt, daß das Testament des Erblassers mit seiner zweiten Ehefrau, der Klägerin, unwirksam ist, weil der Erblasser im Testament von 1958 den Verklagten auch als seinen Erben eingesetzt habe und keine dem widersprechende Verfügung hätte treffen können. Aus dieser Rechtsauffassung, die von den Gerichten übernommen wurde, resultiert die Anfechtungsklage. Diese Rechtsauffassung ist jedoch unrichtig.

Völlige Klarheit besteht zunächst bei allen Beteiligten darüber, daß der Verklagte auf Grund des Testaments von 1958 Nacherbe nach der am 24. Februar 1962 verstorbenen Anni H. geworden ist, und zwar im Zeitpunkt der Wiederverheiratung des Vorerben am 20. April 1963. Der darauf gestützte Erbschein entspricht somit der Sach- und Rechtslage. Gemäß § 8 EGZGB i. V. m. § 2139 BGB fiel im genannten Zeitpunkt die Erbschaft nach Anni H. dem Verklagten als Nacherben an. Der noch vorhandene Nachlaß der ersten Ehefrau war daher vom Vorerben an den Verklagten herauszugeben. Mit diesem Nacherbfall waren alle diejenigen Ereignisse eingetreten, an die die in diesem Testament getroffenen Verfügungen zugunsten des Verklagten geknüpft waren.

Das Testament enthält dagegen keine Regelung des Inhalts, daß der Verklagte außerdem auch Erbe des zuletzt versterbenden Ehegatten werden soll. Mit dem vorliegenden Testament wurde den Wechselfällen des Lebens dadurch Rechnung getragen, daß der Nacherbfall bereits im Falle der Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten eintreten sollte und keine letztwillige Verfügung hinsichtlich des Eigentums des zuletzt Versterbenden getroffen wurde. Dieser

konnte über sein persönliches Eigentum jederzeit frei verfügen und auch testieren. Eine Bindung des Erblassers an das Testament von 1958 — wie vom Bezirksgericht angenommen — bestand daher hinsichtlich des nicht von der Vorerbschaft umfaßten weiteren Eigentums seit dem Tode seiner ersten Ehefrau nicht.

An dieser Rechtslage vermag auch die — übrigens unzutreffende — Behauptung des Verklagten im Kassationsverfahren, daß es sich hierbei um eine anderweite Auslegung des Testaments handle, nichts zu ändern. Das Testament vom 13. November 1958 ist in seinem Wortlaut eindeutig. Ein Fall des § 372 ZGB ist daher überhaupt nicht gegeben. Zu den unrichtigen Entscheidungen der Instanzgerichte konnte es nur kommen, weil sie zusätzlich in das Testament hineininterpretiert haben, daß der Verklagte auch als Alleinerbe des zuletzt Versterbenden (Schlußerbe) eingesetzt wäre. Eine derartige Erklärung ist im Testament jedoch zweifelsfrei nicht enthalten. Es enthält Verfügungen nur hinsichtlich des Nachlasses des zuerst Versterbenden. Der Verklagte hätte daher Nacherbe nach Willi H. nur dann sein können, wenn dieser zuerst verstorben wäre. Wer Erbe des zuletzt Versterbenden werden soll, ist dagegen in diesem Testament überhaupt nicht geregelt worden. Der vom Staatlichen Notariat und von den Instanzgerichten vorgenommenen ergänzenden Interpretation des Testaments im Hinblick auf die Erbfolge nach dem zuletzt Versterbenden fehlt es somit an einer auslegungsfähigen Grundlage. Sie verletzt daher das Recht.

Aus dem Vorstehenden folgt erstens, daß das Testament von 1958 voll wirksam ist, jedoch keine Rechtsgrundlage für den dem Verklagten als testamentarischen Alleinerben des Erblassers Willi H. erteilten Erbschein bildet. Dieser Erbschein ist unrichtig. Für eine teilweise Anfechtung des Testaments von 1958 bestand in Wirklichkeit keine Veranlassung.

Aus der dargelegten Rechtslage folgt zweitens, daß das gemeinschaftliche Testament des Erblassers mit seiner zweiten Ehefrau, der Klägerin, vom 20. Januar 1981 wirksam ist. Er konnte über sein persönliches Eigentum testamentarisch frei verfügen. Ansprüche standen dem Verklagten nur an dem Nachlaß von Anni H. zu, die erkennbar im Jahre 1968 erfüllt worden sind.

Soweit der Verklagte auf das Testament der Großeltern vom 12. Dezember 1944 verwiesen hat, ist noch auf folgendes hinzuweisen: (*Wird ausgeführt.*)

Danach ist der Verklagte mit dem Ableben des Vorerben Willi H. testamentarischer Nacherbe der am 22. Februar 1962 verstorbenen Martha H. geworden. Dieser Teil des Nachlasses stellt ein vom sonstigen Eigentum des Erblassers abzugrenztes Sondervermögen dar, das — soweit bei Eintritt des Nacherbfalles noch vorhanden — auf den Verklagten übergegangen ist. (*Wird ausgeführt.*)

Aus diesen Gründen war auf den Kassationsantrag das Urteil des Bezirksgerichts gemäß § 162 Abs. 1 ZPO wegen Verletzung von §§ EGZGB i. V. m. §§ 2078 ff., 2139 BGB; §§ 372, 373, 390 ZGB aufzuheben und, da der vorliegende Sachverhalt lediglich rechtlich anders zu beurteilen war, im Wege der Selbstentscheidung festzustellen, daß das gemeinschaftliche Testament vom 20. Januar 1981 rechtswirksam ist, und im übrigen die Klage abzuweisen.

#### §§ 3 Abs. 1 und 2, 37 Abs. 3, 66 Abs. 1 ZPO.

**Die ordnungsgemäße Ladung zum Verhandlungstermin ist eine aus dem Recht der Prozeßparteien, am Verfahren teilzunehmen und gehört zu werden, abgeleitete Konsequenz. Sie ist vom Gericht unabdingbar zu gewährleisten.**

**Erscheint der Kläger nicht zum Verhandlungstermin und ist er nicht vertreten, darf in seiner Abwesenheit die Verhandlung nur durchgeführt und eine Entscheidung getroffen werden, wenn er unter Einhaltung der Ladungsfrist geladen wurde.**

#### OG, Urteil vom 2. August 1988 — 1 OZK 7/88.

Der Kläger hat vom Verklagten einen Pkw-Anhänger gekauft. Mit seiner Klage beantragte er, den Verklagten zur Rückzahlung eines Teilbetrags des Kaufpreises zu verurteilen. Der Verklagte beantragte Klageabweisung.