

## II. ERBRECHT

## DROIT DES SUCCESSIONS

42. Urteil der II. Zivilabteilung vom 18. Oktober 1951  
i. S. Senn und Mitbeteiligte gegen Hasler und Mitbeteiligte.

*Mündliche letztwillige Verfügung* (Art. 506 ZGB). Voraussetzungen.  
Nahe Todesgefahr?

*Testament oral* (art. 506 CC). Conditions. Danger de mort imminent?

*Testamento orale* (art. 506 CC). Condizioni. Pericolo di morte imminente?

A. — Jakob Hasler, Gärtnermeister in Zürich, der schon seit längerer Zeit an Leberkrebs litt und mindestens seit dem 12. September 1944 bettlägerig war, ersuchte am Samstag, dem 16. September 1944 seine Haushälterin Luise Zuber (nunmehr Frau Senn), seinem Anwalte Dr. X. zu telephonieren, weil er sein Testament machen wolle. Nachdem Hasler am 17. September Blut gebrochen hatte und am 18. September eine neue Blutung eingetreten war, rief Luise Zuber an diesem Tage kurz vor 12 Uhr das Büro von Dr. X. an. Dieser war bereits weggegangen. Die Sekretärin, die das Telephon abnahm, konnte ihn zunächst nicht erreichen. Ungefähr um 13 Uhr 45 kam er dann aufs Büro. Mit einem Mietauto fuhren er und die Sekretärin zur Wohnung Haslers, wo sie kurz vor 14 Uhr eintrafen. Dr. X. stellte nach seiner Ankunft fest, dass Hasler zitterte, eine schwache Hand hatte, sich nur mit Mühe und nur für kurze Zeit im Bett aufzurichten vermochte, sich ausserstande erklärte, das Testament zu schreiben, und von Zeit zu Zeit aus dem Munde blutete. Man schritt daher zur Aufnahme eines mündlichen Testaments. Der Erblasser machte vor Dr. X. und der Sekretärin genaue Angaben über die Höhe und Zusammensetzung seines Vermögens und erklärte hierauf, wie er darüber verfüge. Mehrere Verfügungen (insbesondere diejenigen, mit denen er seine Schwester auf den

Pflichtteil setzte und ihr als « Zahlung » dafür eine Liegenschaft zum Anrechnungswerte von Fr. 30,000.— zuwies) traf er erst nach einlässlicher Besprechung mit Dr. X. Schliesslich bestellte er Dr. X. zum Testamentsvollstrecker und setzte fest, wo er zu bestatten sei und wer die Todesanzeige unterschreiben solle. Die Sekretärin zeichnete seine Angaben und Anordnungen stenographisch auf, übertrug dann das Stenogramm in Kurrentschrift und las ihm das Geschriebene langsam vor. Dr. X. fragte ihn nach jedem Satze, ob er verstanden habe und ob die Aufzeichnung richtig sei, was Hasler jedesmal bejahte. Um 16 Uhr 15 war diese Handlung abgeschlossen. Dr. X. und die Sekretärin begaben sich hierauf unverzüglich zum Bezirksgericht und überreichten die von ihnen unterzeichnete vierseitige Testamentsurkunde dem beim Einzelrichteramt für nichtstreitige Rechtssachen wirkenden Substituten. Laut Protokoll erklärten sie dabei, die Urkunde enthalte den ihnen mündlich mitgeteilten letzten Willen des Erblassers, und verwiesen auf Ziffer I der Urkunde, wo es u.a. heisst, der an Leberkrebs schwer erkrankte Erblasser habe die ganze Nacht aus dem Munde geblutet; der Arzt Dr. M. habe erklärt, er könne jede Stunde sterben; für ein ordentliches Testament sei keine Zeit vorhanden gewesen.

B. — Der Erblasser starb am 23. September 1944, ohne inzwischen eine andere letztwillige Verfügung getroffen zu haben. Als gesetzliche Erben hinterliess er eine Schwester und zwei Nichten (Töchter einer vorverstorbenen Schwester). Diese drei Erben fochten die ihnen nachteilige mündliche Verfügung als ungültig an, indem sie geltend machten, die Voraussetzungen des Art. 506 Abs. 1 ZGB für die Errichtung einer solchen Verfügung seien nicht vorhanden gewesen, es fehle zudem an einer mündlichen « Erklärung » des letzten Willens im Sinne von Art. 506 Abs. 2 und an der in Art. 507 Abs. 1 vorgeschriebenen Erklärung der Zeugen über die Verfügungsfähigkeit des Erblassers, der Substitut sei nach der zürch. ZPO zur Entgegennahme der Verfügung und der Zeugenerklärungen nicht zuständig

und der Erblasser zur Zeit der Testamenterrichtung nicht verfügungsfähig gewesen. In Übereinstimmung mit dem Bezirksgerichte Zürich hat das Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 6. Februar 1951 die Verfügung vom 18. September 1944 für ungültig erklärt, weil die Voraussetzungen für die Errichtung einer mündlichen Verfügung nicht verwirklicht gewesen seien.

C. — Dieses Urteil haben sieben von den zehn testamentarisch Bedachten, gegen welche die Klage sich gerichtet hatte, mit der vorliegenden Berufung an das Bundesgericht weitergezogen. Die Kläger beantragen Bestätigung des angefochtenen Urteils.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Nach Art. 506 Abs. 1 ZGB ist der Erblasser befugt, eine mündliche letztwillige Verfügung zu errichten, wenn er infolge ausserordentlicher Umstände, wie nahe Todesgefahr, Verkehrssperre, Epidemien oder Kriegsereignisse, verhindert ist, sich einer der andern Errichtungsformen zu bedienen. Ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, so darf der Erblasser nicht mündlich testieren. Tut er es gleichwohl, so wird die Verfügung auf erhobene Klage wegen Formmangels für ungültig erklärt (Art. 520 ZGB). Für die Tatsachen, aus denen sich ergeben soll, dass der Erblasser befugterweise eine mündliche Verfügung errichtet hat, sind die Personen beweispflichtig, die aus ihr Rechte ableiten (BGE 44 II 350, 48 II 34), hier also die Beklagten.

2. — Während die Vorentwürfe von 1900 und 1903 (Art. 325) und der bundesrätliche Entwurf von 1904 (Art. 511) bei der Umschreibung der Voraussetzungen für die Errichtung einer mündlichen Verfügung die Fälle von naher Todesgefahr, Krankheit, Verkehrssperre, Kriegsereignissen und dergleichen genannt hatten, macht Art. 506 Abs. 1 ZGB, dessen endgültige Fassung in diesem Punkte auf einen Antrag der nationalrätlichen Kommission zurückgeht (Sten.Bull. 1905 S. 1376, 1379), die Zulässigkeit dieser

Verfügungsform davon abhängig, dass ausserordentliche Umstände vorliegen, und nennt den Fall der Krankheit nicht als Beispiel. Daraus ist jedoch nicht zu schliessen, dass die Anwendung von Art. 506 überhaupt nicht durch eine Krankheit des Erblassers gerechtfertigt werden könne. Eine solche Krankheit kann vielmehr die Errichtung eines mündlichen Testaments erlauben, wenn sie eine nahe Todesgefahr oder — was mit gleichem Rechte als ausserordentlicher Umstand im Sinne von Art. 506 gewürdigt zu werden verdient — die nahe Gefahr des Verlustes der Fähigkeit begründet, rechtsgültig zu testieren. Dieser Auffassung waren unverkennbar auch die beiden Referenten im Nationalrat (Huber und Rossel) ; denn nur damit lässt sich widerspruchlos erklären, dass sie die Krankheit als Anwendungsfall des mündlichen Testaments erwähnten (Sten.Bull. 1905 S. 1382, 1384), obwohl die aus den Beratungen der Kommission hervorgegangene, von ihnen gebilligte Fassung des Gesetzes den Fall der Krankheit nicht mehr erwähnt. Ob die nahe Todesgefahr infolge einer akuten Erkrankung oder einer plötzlichen Verschlimmerung des Krankheitszustandes oder aber infolge allmählicher Schwächung durch eine langsam fortschreitende Krankheit eintritt, spielt keine Rolle. Eine solche Unterscheidung zu treffen, verbietet sich um so eher, als der Nationalrat einen Antrag (von Brosi) abgelehnt hat, der darauf abzielte, die infolge langer Krankheit entstandene Todesgefahr als unbeachtlich zu erklären (Sten.Bull. 1905 S. 1390 f.).

Dem Falle, dass der Erblasser infolge naher Todesgefahr usw. verhindert ist, sich einer andern Errichtungsform zu bedienen, hatte der Vorentwurf von 1900 den Fall gleichgestellt, dass ihm dies ausserordentlich erschwert ist. Auf Antrag von Planta beschloss die Expertenkommission, diesen Zusatz zu streichen (Prot. Exp.komm., Originalausgabe Bd. II S. 156, Ausgabe Kümmerly & Frey Bd. I-II S. 600). Planta befürchtete, bei der Anwendung dieses Requisites, dessen Vorliegen schwer zu konstatieren sei, könnte sich eine sehr divergierende kantonale Praxis ent-

wickeln, und nahm an, durch die Beibehaltung der Exemplifikation werde der Begriff (gemeint: der Begriff der Verhinderung) vor allzu enger Auslegung geschützt. Der Referent (Huber) hielt die von Planta beantragte Abänderung « nicht für weittragend, da man so wie so die Verhinderung relativ interpretieren müsse ». In der Tat darf als Voraussetzung für die Errichtung eines mündlichen Testaments nicht eine absolute Verhinderung in dem Sinne gefordert werden, dass sich selbst nachträglich, auf Grund der dem Richter bei Beurteilung einer Ungültigkeitsklage bekannten Verhältnisse, keine Möglichkeit für die Benutzung einer andern Testamentsform erkennen lässt. Vielmehr muss auf die Verhältnisse abgestellt werden, wie sie sich dem Erblasser und seiner Umgebung zur Zeit der Testamenterrichtung darboten. Dies gilt namentlich für die Beantwortung der Frage, ob eine nahe Todesgefahr oder die nahe Gefahr des Verlustes der Verfügungsfähigkeit den Erblasser daran gehindert habe, in einer andern Form als mündlich zu testieren. Es kann nicht darauf ankommen, ob die Befürchtung, die zur Errichtung des mündlichen Testaments Anlass gab, durch die nachfolgende Entwicklung der Dinge gerechtfertigt wird, d.h. ob der Erblasser kurz darauf wirklich stirbt oder verfügungsunfähig wird, oder ob das nicht der Fall ist und hinterher (auf Grund später bekannt gewordener Umstände) festgestellt werden kann, dass der Erblasser zur Zeit der Testamenterrichtung noch die Möglichkeit gehabt hätte, in anderer Form zu verfügen. Der Erblasser könnte sich sonst kaum je zuverlässig Rechenschaft davon geben, ob eine Gefahr vorliege, die ihm die Errichtung einer mündlichen Verfügung erlaubt. Dass Art. 506 nicht eine Gefahr verlangt, die sich alsbald verwirklicht, ergibt sich zudem aus Art. 508, wo der Fall vorgesehen ist, dass es dem Erblasser nachträglich möglich wird, sich einer andern Verfügungsform zu bedienen, und bestimmt wird, dass die mündliche Verfügung (erst) nach 14 Tagen, von diesem Zeitpunkt an gerechnet, ihre Gültigkeit verliert. Andererseits kann aber

auch nicht angenommen werden, es genüge für die Anwendung von Art. 506, dass der Erblasser oder andere Personen zur Zeit der Testamenterrichtung glauben, er sei infolge naher Todesgefahr oder eines andern nach dieser Bestimmung beachtlichen Umstands verhindert, anders als mündlich zu testieren. Eine solche Auslegung liesse sich mit dem Gesetzestext, der schlechtweg von Verhinderung spricht, nicht vereinbaren. Die Anwendung der mündlichen Verfügung, die nach dem klaren Willen des Gesetzgebers nur ausnahmsweise zulässig sein soll, würde zudem bei solcher Auslegung praktisch weitgehend dem Gutfinden der Beteiligten anheimgestellt. Es darf daher weder eine rein objektive noch eine rein subjektive Bewertung der Lage als massgebend angesehen werden. Dass der Erblasser infolge naher Gefahr des Todes oder des Verlustes der Verfügungsfähigkeit verhindert gewesen sei, anders als mündlich zu verfügen, ist dann zu bejahen, wenn die beteiligten Personen auf Grund der Umstände, die ihnen zur Zeit der Testamenterrichtung bekannt waren, nach der Lebenserfahrung guten Grund zur Annahme hatten, dass eine solche Gefahr bestehe und dem Erblasser die Errichtung eines ordentlichen Testamentes verunmögliche. Bei der Prüfung der Frage, ob genügender Grund zu dieser Annahme vorgelegen habe, wird der Richter eine gewisse Strenge walten lassen müssen, um dem mündlichen Testament den Charakter eines ausserordentlichen Behelfs zu wahren.

Ob die Gefahr als eine « nahe » anzusprechen sei, ist nicht nach einem absoluten Masstab zu beurteilen, sondern es kommt darauf an, ob im Zeitpunkte der Testamenterrichtung mit gutem Grunde angenommen werden durfte, der Tod oder die Verfügungsunfähigkeit werde so rasch eintreten und die Errichtung eines ordentlichen Testaments so viel Zeit beanspruchen, dass der Erblasser seine Verfügung nicht mehr anders als in mündlicher Form errichten könne. — Ob er schon in einem frühern Zeitpunkte, da die Benutzung einer andern Form noch mög-

lich gewesen wäre, zur Errichtung seines Testaments Anlass gehabt hätte, ist unerheblich.

Verhindert, « sich einer der andern Errichtungsformen zu bedienen », ist der Erblasser nur dann, wenn er weder eine öffentliche Verfügung (mit oder ohne Lesen und Unterschrift des Erblassers) noch eine eigenhändige Verfügung errichten kann (BGE 44 II 350, 45 II 370, 48 II 34, 50 II 48/49). Das Hindernis braucht nicht mit Bezug auf alle diese Formen das gleiche zu sein. Kann z. B. der in Todesgefahr schwebende Erblasser infolge eines Gebrechens, das unabhängig von den Ursachen dieser Gefahr besteht, nicht schreiben, so darf er mündlich testieren, wenn die Gefahr der Errichtung eines öffentlichen Testaments im Wege steht.

3. — Nach diesen Grundsätzen lässt sich die Anwendbarkeit von Art. 506 Abs. 1 im vorliegenden Falle nicht deswegen verneinen, weil der Erblasser trotz seiner schweren Krankheit mit der Errichtung seines Testamentes zuwartete, bis am 18. September 1944 um 14 Uhr sein Anwalt bei ihm erschien. War er in diesem Zeitpunkt infolge naher Todesgefahr verhindert, ein ordentliches Testament zu errichten, so durfte er mündlich testieren, auch wenn ein Mangel an Vorsorge schuld daran war, dass er sich dieses Notbehelfs bedienen musste. Es kommt also nicht darauf an, ob er gut daran getan hätte, statt seines Anwalts eine für die Errichtung eines öffentlichen Testaments zuständige Urkundsperson, d. h. einen Notar (§ 436 der zürch.ZPO), rufen zu lassen. Ebensowenig ist von Belang, ob sein Anwalt, nachdem ihm die Sekretärin die telephonische Meldung von Luise Zuber ausgerichtet hatte, unverzüglich einen Notar in die Wohnung des Erblassers hätte kommen lassen sollen, wie die Vorinstanz annimmt.

Auf Grund ihrer Feststellungen über den Zustand, in dem sich der Erblasser bei der Ankunft des Anwalts befand, hat die Vorinstanz mit Recht angenommen, dass er damals nicht mehr imstande gewesen sei, ein eigenhändiges Testament zu errichten. Näherer Prüfung bedarf nur

die Frage, ob er auch an der Errichtung eines öffentlichen Testaments, namentlich eines solchen im Sinne von Art. 502 ZGB (ohne Lesen und Unterschrift des Erblassers) verhindert gewesen sei.

Nach den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz ist nicht bewiesen, dass der behandelnde Arzt der Haushälterin bei einem Besuch am Vormittag des 18. September 1944 erklärt habe, der Zustand des Erblassers habe sich verschlimmert, und es müsse jeden Moment mit seinem Ableben gerechnet werden, sondern kann nur als bewiesen betrachtet werden, dass der Arzt zwei Tage später den Erblasser auf die Verschlimmerung seines Zustands aufmerksam machte und ihm riet, seine Angelegenheiten zu ordnen. Die Beweiswürdigung, auf der diese Feststellungen beruhen, kann vom Bundesgericht als Berufungsinstanz nicht überprüft werden. Wenn die Vorinstanz den Antrag der Beklagten abgelehnt hat, gewisse Zeugen nochmals zu verhören, so geschah dies teils aus Gründen des kantonalen Prozessrechts, teils auf Grund einer Vorauswürdigung der nach Ansicht der Beklagten bei einem neuen Verhör zu erwartenden Aussagen, gegen die von Bundesrechts wegen nichts einzuwenden ist.

Gab nicht (wie es im Falle BGE 65 II 49 ff. zutraf) eine ärztliche Feststellung zur Befürchtung Anlass, dass der Tod des Erblassers nahe bevorstehe, so kann sich nur noch fragen, ob den Beteiligten ihre eigenen Beobachtungen und ihre Kenntnis von der Natur der Krankheit des Erblassers genügenden Grund zu dieser Befürchtung gaben. Die Situation, die der Anwalt und dessen Sekretärin bei ihrem Erscheinen antrafen, war beunruhigend. Blutungen erfolgten aber immerhin nur von Zeit zu Zeit und offenbar ohne Heftigkeit. Der Erblasser zeigte sich nach den Feststellungen der Vorinstanz noch kräftig genug, um bei der Testamentserrichtung mit einer gewissen Umständlichkeit vorzugehen. Er gab über sein Vermögen viel einlässlicher Auskunft, als dies nötig war. Er war ferner in der Lage, die zu treffenden Anordnungen zuerst, zum Teil ausführ-

lich, mit seinem Anwalte zu besprechen und auch nebensächliche Punkte zu ordnen wie z. B. die Frage, welche Behörde die Aufsicht über die zu errichtende Stiftung ausüben und wer die Todesanzeige unterschreiben solle. Ein Notar hätte, wie die Vorinstanz weiter feststellt, telefonisch sehr rasch herbeigerufen werden können. An dieser Möglichkeit zu zweifeln, hatten der Erblasser und die Zeugen keinen Anlass, da die kritischen Vorgänge sich während der gewöhnlichen Geschäftszeit in einer Stadt abspielten, wo zahlreiche Transportmittel zur Verfügung standen. Die für die Errichtung eines öffentlichen Testaments erforderlichen Zeugen waren in der Person des Anwalts und der Sekretärin zur Stelle. Die Besprechungen zwischen dem Erblasser und dem Anwalte, die der Kundgabe des letzten Willens vorausgingen, hätten auch der Errichtung eines öffentlichen Testamentes gedient. Unter diesen Umständen konnte die Vorinstanz ohne Bundesrechtsverletzung annehmen, es habe kein genügender Grund zur Befürchtung bestanden, dass der Erblasser vor Ablauf der für die Errichtung eines öffentlichen Testaments nötigen Zeit sterben oder die Verfügungsfähigkeit verlieren werde. An dieser Schlussfolgerung ändert sich auch nichts, wenn man berücksichtigt, dass die Errichtung eines öffentlichen Testaments den Erblasser deswegen etwas länger in Anspruch genommen hätte als die Errichtung eines mündlichen, weil bei der Errichtung eines öffentlichen Testaments das Vorlesen der Urkunde und die Erklärung des Erblassers, dass sie seinen Willen enthalte, zum Errichtungsakt gehören (Art. 502), wogegen die in Art. 507 vorgeschriebene Beurkundung der mündlichen Verfügung nicht notwendig zu Lebzeiten des Erblassers erfolgen muss. Die streitige Verfügung ist somit ungültig.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 6. Februar 1951 bestätigt.

**43. Urteil der II. Zivilabteilung vom 22. Oktober 1951  
i. S. W. gegen W. und Konsorten.**

*Bäuerliches Erbrecht*, Art. 620 ff. ZGB. Verneinung der Eignung zum Selbstbetrieb wegen moralischer Schwächen.

*Droit successoral paysan*. Art. 620 et suiv. CC. Négation de l'aptitude à se charger de l'exploitation du domaine pour cause de faiblesse morale.

*Diritto successorio rurale*. Art. 620 e seg. CC. Idoneità ad assumere l'esercizio negata per debolezze morali del richiedente.

A. — In der Erbschaft des Otto W. befindet sich ein landwirtschaftliches Heimwesen mit einer Bodenfläche von etwas mehr als  $7\frac{1}{2}$  ha. Die Erben sind darüber einig, dass die Liegenschaft zum Ertragswert von Fr. 79,800.— einem Erben zugewiesen werden soll. Zwei von ihnen erheben Anspruch darauf: der Sohn Gustav und die verheiratete Tochter Mathilde. Die übrigen vier Miterben unterstützen das Begehren der Tochter. Die kantonalen Gerichte haben ihr die Liegenschaft zugewiesen und das Widerklagebegehren des Sohnes abgelehnt. Dem Urteil des Obergerichtes vom 22. Juni 1951 ist zu entnehmen:

Es ist anerkannt, dass Frau Mathilde X und deren Ehemann zur Führung eines landwirtschaftlichen Betriebes fähig sind. Gustav W. macht jedoch sein Vorrecht als Sohn nach Art. 621 ZGB geltend. Die — von den Klägern bestrittene — berufliche Eignung ist ihm auf Grund des Zeugenbeweises gleichfalls zuzuerkennen. Um seiner persönlichen Eigenschaften willen bietet er aber doch nicht genügende Gewähr für eine gute Betriebsführung. Er wurde im Jahre 1949 der wiederholten widernatürlichen Unzucht (mit einem Minderjährigen und in Ausnützung des Dienstverhältnisses mit Volljährigen) schuldig erklärt und mit vier Monaten Gefängnis bestraft (unter Anrechnung der Untersuchungshaft und mit bedingtem Aufschub des Restes). Nach dem damals eingeholten psychiatrischen Gutachten besteht eine angeborene Perversion. Der Beklagte ist ein schizoider, weichlicher, infantiler Psychopath, der