

119. 1. Mängel einer öffentlichen Urkunde.

2. Über die Erfordernisse eines durch Übergabe einer Schrift errichteten öffentlichen Testaments nach §§ 2238, 2242, 2243 BGB., insbesondere über den Begriff der Mündlichkeit der Erklärung?

IV. Zivilsenat. Ur. v. 25. September 1924 i. S. B. (Rl.) w. G. (Wekl.)
IV 25/24.

I. Landgericht Arnberg. — II. Oberlandesgericht Hamm.

Der am 15. Dezember 1921 auf seinem Gute A. gestorbene Gutsbesitzer Josef Sch. hat ein laut notariellem Protokoll vom 9. Dezember 1921 durch Übergabe einer offenen Schrift errichtetes Testament hinterlassen. In diesem hat er die damals seinem Haushalt vorstehende Beklagte, eine Seitenverwandte, als Alleinerbin eingesetzt. Alleintige gesetzliche Erbin würde eine andere, nähere Seitenverwandte sein. Diese hat alle Ansprüche, die ihr als Erbin auf den Nachlaß zustehen, an den Kläger in notarieller Urkunde abgetreten. Der Kläger macht geltend, daß das Testament wegen Verstoßes gegen die §§ 2238 ff. BGB. nichtig sei. Das Landgericht gab der hierauf gegründeten Klage statt; das Oberlandesgericht wies sie ab.

Die Revision des Klägers hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Revision wirft dem Berufungsurteil, in dem die Formgültigkeit des Testaments bejaht ist, vor, daß es 1. die §§ 415, 419 BPD., 2. die §§ 2238, 2243 BGB. und 3. den § 2242 BGB. verlege.

1. Das über die Testamentserrichtung aufgenommene, von „A. bei F., den 9. Dezember 1921“ datierte Protokoll hat den folgenden Wortlaut:

„Auf Ersuchen hatte ich, der Notar P. W. zu F., mich nach A. in die Wohnung des Gutsbesitzers Josef Sch. begeben, um mir eine Verfügung von Todes wegen übergeben zu lassen. Es wurden von mir zu der Verhandlung als Zeugen zugezogen: 1. Fräulein Th. S. in A., 2. der praktische Arzt Dr. med. P. G. in F. In der vorbezeichneten Wohnung traf ich an: den Gutsbesitzer Josef Sch. in A., mir von Person bekannt.

Derselbe übergab hierauf mir, dem Notar, eine offene Schrift und erklärte mündlich, daß diese Schrift seinen letzten Willen enthalte. Ich, der Notar, habe die Schrift angenommen und stelle die erfolgte Übergabe hiermit fest. Herr Sch. erklärte ferner, daß er nicht schreiben könne.

Vorstehendes Protokoll wurde den Erschienenen vorgelesen, von dem Erblasser genehmigt und von den Zeugen eigenhändig unterschrieben.“
Darauf folgten die Unterschriften der beiden Zeugen und des Notars.

Diese notarielle Urkunde begründet nach den §§ 415, 418 BPD. vollen Beweis der darin beurkundeten, die Formerfordernisse der §§ 2238 ff. BGB. erfüllenden Vorgänge; es fragt sich daher nur, ob der Kläger den in § 415 Abs. 2, § 418 Abs. 2 BPD. zugelassenen Gegenbeweis geführt hat, daß ein Vorgang unrichtig beurkundet sei. Die Revision will diesen Satz um deswillen nicht gelten lassen, weil die notarielle Urkunde an einem inneren Mangel leide, der den in § 419 BPD. angeführten äußeren Mängeln gleichzustellen sei. Der § 419 betrifft die Beeinträchtigung der Beweiskraft einer Urkunde durch Durchstreichungen, Radierungen, Einschaltungen oder sonstige äußere Mängel. Er setzt für solche Fälle die durch die Ausnahmebestimmungen der §§ 415—418 eingeschränkte allgemeine Vorschrift des § 286 Abs. 1 BPD., die Regel der freien Beweiswürdigung, wieder in Kraft. Es kann dahingestellt bleiben, ob es innere Mängel, denen dieselbe Bedeutung wie jenen äußeren Mängeln zukommt, überhaupt gibt. Das, was die Revision als inneren Mangel angesehen wissen will, kommt jedenfalls nur als eine Beweisanzeige für unrichtige Beurkundung in Betracht. Die Revision weist nämlich darauf hin, daß der Notar zunächst in einem Protokollentwurf seine Überzeugung davon niedergeschrieben habe, daß der Erblasser am Sprechen verhindert sei, dann aber, als sich die Verwendung dieses (auf die Testamentsform des § 2243 BGB. abgestellten) Protokollentwurfs als unmöglich herausgestellt habe, weil der rechtsseitig gelähmte Erblasser auch mit der linken Hand nicht habe schreiben können, in dem endgültigen Protokoll die Fähigkeit des Erblassers, zur Übergabe der Testamentschrift eine mündliche Erklärung abzugeben, also das Gegenteil des vorher Niedergeschriebenen bezeugt habe. Diese Umstände haben im Berufungsurteil unter dem zutreffenden Gesichtspunkt ihrer etwaigen Geeignetheit zur Erbringung eines Gegenbeweises gegen die vorliegende Urkunde eine rechtlich einwandfreie Beurteilung gefunden.

2. Im Gegensatz zum Landgericht, das für erwiesen erachtet hat, daß der Erblasser zur Zeit der Testamentserrichtung nicht mehr habe sprechen können, sieht das Berufungsgericht diesen Beweis, auf Grund einer abweichenden Würdigung der im zweiten Rechtszug ergänzten Beweisaufnahme, nicht als geführt an. Es geht dabei mit Recht davon aus, daß die Umstände, unter denen die bei der Testamentserrichtung übergebene Schrift zustande gekommen ist, für die hier in Rede stehende Frage der Wahrung der Testamentsform des § 2238 BGB. nicht unmittelbar rechtserheblich, aber wegen des zeitlichen Zusammenhangs der Aufsetzung jener Schrift mit der Testamentsaufnahme allerdings als eine Beweisanzeige von Bedeutung sind. Für die von der Revision gewollte Nachprüfung, ob der Erblasser in

der Schrift alles habe zum Ausdruck bringen können, was er letztwillig zu bestimmen beabsichtigt habe, ist nach dem Gesetze kein Raum. Wenn ein Erblasser, der Geschriebenes zu lesen vermag (§ 2238 Abs. 2), zur Testamentsverhandlung eine Schrift mit der mündlichen Erklärung übergibt, daß sie seinen letzten Willen enthalte, so gilt das in der Schrift Enthaltene ebenso als maßgebender und mithin auch vollständiger Ausdruck des letzten Willens, wie wenn es bei der Testamentserrichtung mündlich erklärt worden wäre (§ 2238 Abs. 1). Daß der Erblasser überhaupt lesenkundig war und auch zur Zeit der Testamentserrichtung trotz seiner teilweisen Lähmung noch Geschriebenes zu lesen vermochte, ist . . . nicht zu bezweifeln. . . .

Sinsichtlich des Sprechvermögens stellt das Berufungsgericht fest: Bei der Aufsetzung des letzten Willens durch den Notar habe der Erblasser sich infolge des wenige Stunden vorher erlittenen Schlaganfalls nicht in zusammenhängender Rede äußern können. Die Befähigung mit ihm sei hierbei darauf beschränkt gewesen, daß er ihm vorgelegte Fragen mit Ja oder Nein oder durch Kopfnicken oder Kopfschütteln oder durch sein Nienenspiel oder durch Ja oder Nein in Verbindung mit Kopfnicken oder Kopfschütteln oder Nienenspiel beantwortet habe. Nur auf diese Weise habe sein in den vier Bestimmungen der Testamentschrift niedergelegter Wille ermittelt werden können. Der Notar, der der Meinung gewesen sei, daß der Erblasser den Satz: „Das ist mein Testament“ oder einen ähnlichen Satz bei der Testamentsverhandlung entweder sprechen, oder, wenn er daran verhindert sei, schreiben müsse, habe zunächst den zweiten Weg für sicherer gehalten, um einer späteren Anfechtung des Testaments vorzubeugen. Als die Bemühungen des Erblassers, einen solchen Satz mit der linken Hand zu Papier zu bringen, vergeblich gewesen seien, habe der Notar ihm die Worte „Das ist mein Testament“ einzeln vorgesprochen und der Erblasser habe sie nachgesprochen. Er habe hierbei Laute, und zwar Vokale und Konsonanten, herausgebracht, die allerdings die Worte, die er habe aussprechen wollen, nicht mit solcher Deutlichkeit zur Darstellung gebracht hätten, wie dies einem Menschen möglich sei, der sich im unge störten Besitze seines Sprechorgans befinde. Seine Laute seien aber verständlich gewesen und von dem Testamentszeugen Dr. E. und dem Notar verstanden worden. Eine Auserung, die die Testamentszeugin L. gleich nach der Übergabeerklärung gemacht habe, lege die Annahme nahe, daß auch sie die Laute des Sch. verstanden, in ihnen die nachzusprechenden Worte wiedererkannt und mit Rücksicht hierauf das Protokoll unterschrieben habe. Die nach der Übergabeerklärung an den Erblasser gerichtete Frage, ob er nicht schreiben könne, habe er mit „Nein“, die spätere Frage, ob das Protokoll richtig sei, mit „Ja“ beantwortet. Er möge

zur weiteren Verdeutlichung das Nein mit einem Kopfschütteln, das Ja mit einem Kopfnicken begleitet haben. Selbst wenn seine Worte „Ja“ und „Nein“, so wird im Anschluß hieran ermogen, nur deshalb, weil er sie mit einem Kopfnicken und Kopfschütteln begleitete, als Ja und Nein erkannt worden sein sollten, würde dies der Annahme, daß er mündliche Erklärungen abgegeben habe, nicht entgegenstehen. Durch bloße Gebärden, durch bloße Zeichen könne allerdings das Mündlichkeitsgebot des § 2238 BGB. nicht erfüllt werden. Ich habe aber seinen Willen zum mindesten durch Laute in Verbindung mit Gebärden und Zeichen zum Ausdruck gebracht, und zwar durch differenzierte Laute.

Die Revision nimmt den zuletzt wiedergegebenen Satz zum Ausgangspunkt für ihren Angriff, daß das Berufungsgericht den Begriff der mündlichen Erklärung im Sinne des § 2238 BGB. verkannt habe. Jener Satz enthält aber nur eine Hilferwägung, von der mit Rücksicht auf die vorher wiedergegebenen Beweisannahmen des Berufungsgerichts ganz abgesehen werden kann. Dies zeigt die folgende Betrachtung:

Die in § 2238 vorgesehene mündliche Erklärung des Erblassers, daß die von ihm übergebene Schrift seinen letzten Willen enthalte, erfordert eine durch Sprechen, also durch lautliche Wortbildung abgegebene Erklärung. Das erhellt schon aus dieser Vorschrift selbst und wird durch den § 2243 bestätigt, der für eine am Sprechen verhinderte Person eine besondere Form der Testamenterrichtung aufstellt. Das Aussprechen gerade der im Geleß gebrauchten Worte oder überhaupt eines Satzes ist aber nicht erforderlich. Die mündliche Erklärung kann vielmehr auch in der Weise geschehen, daß der Erblasser die Frage des Testamentsbeamten, ob die übergebene Schrift seinen letzten Willen enthalte, mit „Ja“ beantwortet (vgl. RG. bei Gruchot Bd. 50 S. 119 und 1013, Bd. 65 S. 99; RGZ. Bd. 63 S. 87). Das ist die einfachste, aber nicht die einzige Art, auf die die mündliche Erklärung des Erblassers durch das Mittel von Rede und Gegenrede, Frage und Antwort zwischen dem mit der Ausnahme des Testaments betrauten Beamten und dem Erblasser zustande kommen kann. Das Mittel von Rede und Gegenrede kann auch in der Weise angewendet werden, daß der Testamentsbeamte dem Erblasser etwa erklärt, wenn er wolle, daß die Schrift als sein Testament gelten solle, so müsse er ihm die Worte „Das ist mein Testament“ nachsprechen, und daß der Erblasser darauf die vier ihm einzeln vorgesprochenen Worte einzeln nachspricht. Die Selbstständigkeit der vom Erblasser abzugebenden mündlichen Erklärung wird durch ein derartiges, von dem Notar im vorliegenden Falle eingeschlagenes Verfahren nicht beeinträchtigt. Auch durch das Nachsprechen der Worte wird, wie durch die Antwort „Ja“ auf eine entsprechende Frage, ein auf eigenem Willensentschluß be-

ruhenbes Bekenntnis zum Inhalt der Schrift als letztem Willen kundgegeben. Die nachgesprochenen Worte müssen allerdings als Worte des bestimmten Inhalts von dem Notar und den beiden gemäß §§ 2233, 2239 BGB. zugezogenen Zeugen verstanden werden können. Es würde nicht genügen, daß der Notar und der eine Testamentszeuge, Dr. E., die sich schon vor Beginn der förmlichen Testamentsverhandlung längere Zeit mit dem Erblasser bei der Ermittlung seines letzten Willens und der Aufsetzung der von ihm später als Testament übergebenen Schrift beschäftigt und dabei die Art seiner Lautbildung kennen gelernt hatten, seine Laute als die in Rede stehenden Worte verstanden haben. Vielmehr müssen diese Laute so beschaffen gewesen sein, daß sie auch von der erst seit Beginn der förmlichen Verhandlung anwesenden Testamentszeugin L. bei gehöriger Aufmerksamkeit als die Worte „Das ist mein Testament“ verstanden werden konnten. Das folgt aus der Aufgabe der Testamentszeugen, die Vorgänge bei der Testamentserrichtung zu überwachen, also auch darüber zu wachen, daß eine als mündlich abgegeben beurkundete Erklärung auch wirklich mündlich abgegeben ist (vgl. Not. zu dem den §§ 2233, 2239 des Gesetzes entsprechenden § 1915 des 1. Entwurfs, Bd. 5 S. 263 und RG. a. a. O. sowie bei Gruchot Bd. 50 S. 117). Nach der tatsächlichen Feststellung des Berufungsgerichts hat der Erblasser nicht nur irgendwelche „differenzierten Laute“, sondern durch Selbst- und Mitlaute (Vokale und Konsonanten) Worte hervorgebracht, die als solche verständlich gewesen und von dem Notar und Dr. E. verstanden worden sind. Daß auch die Zeugin L. die Worte verstanden habe, wird im Berufungsurteil zwar nicht festgestellt, aber doch als naheliegend angesehen. Es wird nicht als erwiesen angesehen, daß diese Zeugin die Worte nicht habe verstehen können. Diese Annahmen des Laienrichters sind für das Revisionsgericht maßgebend. Ihnen zufolge ist dem Kläger der von ihm gegen das notarielle Protokoll angetretene Beweis, daß der Erblasser die darin beurkundete mündliche Erklärung nicht abgegeben habe, mißlungen. Es kommt hierbei gar nicht darauf an, ob etwa auch in dem „Ja“, mit dem der Erblasser laut der Feststellung des Berufungsgerichts die Frage nach der Richtigkeit des Protokolls beantwortet hat, neben der von § 2242 erforderlichen Genehmigung des Protokolls zugleich die Übergabeerklärung des § 2238 gefunden werden könnte (vgl. einerseits das Urteil des III. Zivilsenats RGZ. Bd. 92 S. 27 = JW. 1918 S. 386 Nr. 7, andererseits die Urteile des IV. Zivilsenats RGZ. Bd. 85 S. 121, JW. 1920 S. 641 Nr. 7, Gruchot Bd. 65 S. 99 sowie Herzfelder, JW. 1918 S. 368 zu Nr. 7, 1920 S. 641 zu Nr. 7).

Die Revision erhebt in diesem Zusammenhang auch die Rüge der Verletzung des § 2243 BGB. Sie vertritt die Meinung: nachdem

sich herausgestellt habe, daß der Notar in dem oben (unter Nr. 1) erwähnten Protokollentwurf seine Überzeugung von der Verhinderung des Erblassers am Sprechen kundgegeben habe, habe das Berufungsgericht die Möglichkeit einer anderen Testamentsform als derjenigen des § 2243 überhaupt nicht mehr erwägen dürfen. Hierfür wird die Bem. 1 zu § 2243 im Komm. v. RGR. angeführt, daß darüber, wer am Sprechen verhindert sei, lediglich die pflichtmäßige, nach freier Prüfung gewonnene Überzeugung des beurkundenden Beamten entscheide. Diese Bemerkung trifft zu, paßt aber nicht hierher. Würde der Notar das Testament in der Form des § 2243 aufgenommen und demgemäß im Protokoll seine Überzeugung davon festgestellt haben, daß der Erblasser am Sprechen verhindert sei, so hätte das Testament nicht mit der Behauptung angefochten werden können, daß der Erblasser habe sprechen können. Das Testament hätte höchstens durch den gemäß § 418 Abs. 2 BPD. zulässigen Beweis entkräftet werden können, daß der Notar jene Überzeugung nicht gehabt habe. Darum handelt es sich hier aber nicht. Folgt man dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt, so hätte sich der Notar, beeinflusst von der unzutreffenden Rechtsansicht, daß die Testamentsform des § 2238 das Aussprechen eines Satzes erfordere, auf Grund seiner Erfahrungen bei der Aufsetzung der den letzten Willen enthaltenden Schrift zunächst die Überzeugung gebildet, daß der Erblasser in jenem Sinne am Sprechen verhindert sei. Er hat später aber die Erfahrung gemacht, daß der Erblasser die ihm vorgesprochenen Worte des mehrerwähnten Satzes doch hat herausbringen können. Seine zunächst gewonnene, in dem unvollendet gebliebenen Protokollentwurf niedergelegte Überzeugung war dadurch bedeutungslos geworden.

3. Die Revisionsrüge einer Verletzung des § 2242 BGB. knüpft sich an die vom Berufungsgericht auf Grund der Beweisaufnahme getroffene Feststellung, daß die Vorlesung des Protokolls in zwei Abschnitten stattgefunden hat, von denen der erste nur die einleitenden Angaben (in der obigen Wiedergabe den ersten Absatz), der zweite den Rest des Protokolls umfaßte, und daß erst zwischen der Vorlesung des ersten und des zweiten Teils die Übergabe der Testamentschrift und die dazu vom Erblasser abgegebene mündliche Erklärung (sowie seine die Schreibfähigkeit verneinende Erklärung) erfolgt und im Protokoll festgestellt sind. Die Revision macht geltend, daß danach das Protokoll im Sinne des § 2242, nämlich ein den Erfordernissen des § 2241 entsprechendes Protokoll, nach der Errichtung des Testaments nicht vorgelesen worden sei, deshalb vom Erblasser auch gar nicht habe genehmigt werden können. Daran ist richtig, daß nach dem Vorgange, den der § 2238 als Errichtung des Testaments bezeichnet, nämlich nach der Übergabe der Schrift und der dazu gehörigen münd-

lichen Erklärung des Erblassers, nur eine solche Vorlesung stattgefunden hat, welche für sich allein dem Gesetz nicht genügen würde. Wie sich aus dem Zusammenhang des § 2242 Abs. 1 mit dem § 2241 ergibt, muß sich die Vorlesung auf alle nach dem § 2241 Nr. 1—3 wesentlichen Bestandteile des Protokolls erstrecken, also nicht nur auf die Angaben über den nach § 2238 erforderlichen Errichtungsvorgang, sondern auch auf die Angaben über Ort und Tag der Verhandlung und auf die Bezeichnung des Erblassers und der bei der Verhandlung mitwirkenden Personen (RÖZ. Bd. 50 S. 215; JW. 1911 S. 804 Nr. 5). Im vorliegenden Fall aber ist nach dem Errichtungsvorgang der den Ort und den Tag der Verhandlung und die Bezeichnung des Erblassers und der mitwirkenden Personen enthaltende erste Teil des Protokolls nicht mehr vorgelesen worden. Das ist indessen unschädlich, da jener erste Teil bereits vorher vorgelesen worden war. Eine solche Gliederung der Vorlesung in zwei Abschnitte, die zusammen das Protokoll mit allen seinen nach § 2241 wesentlichen Bestandteilen umfassen, widerspricht unter den gegebenen Umständen weder dem Wortlaute noch dem Sinne des Gesetzes. Die Vorlesung ist dazu bestimmt, dem Erblasser und den Zeugen verständlich zu machen, was als bereits geschehen beurkundet werden soll, und muß sie in den Stand setzen, sich davon zu überzeugen, daß die Beurkundung mit dem unmittelbar vorher Geschehenen vollkommen übereinstimmt (RÖZ. Bd. 62 S. 5, Bd. 85 S. 127). Dieser Zweck der Vorlesung wird auch dann erreicht, wenn so verfahren wird, wie es hier geschehen ist. Denn sowohl der einleitende Vorgang, daß sich der Notar an dem bestimmten Tage an den bestimmten Ort begeben hat, um sich von dem namhaft gemachten Erblasser eine Verfügung von Todes wegen übergeben zu lassen, daß er den Erblasser dort angetroffen und die benannten beiden Personen als Zeugen zugezogen hat, als auch der eigentliche Errichtungsvorgang kommt klar und leicht verständlich zu Gehör, wenn beides nacheinander, getrennt durch den Errichtungsvorgang selbst, aus dem in fortschreitender Vollenbung begriffenen Protokoll vorgelesen wird. Die Genehmigung des ganzen Protokolls ist, gemäß der Feststellung des Berufungsgerichts, dadurch erfolgt, daß der Erblasser die nach der Vorlesung auch des zweiten Teils des Protokolls an ihn gerichtete Frage nach der Richtigkeit des Protokolls bejaht hat. Ob dieses „Ja“ für sich allein oder nur infolge seiner etwaigen Verbindung mit einem Kopfnicken verständlich gewesen ist, ist unerheblich. Denn für diese Erklärung ist im Gesetz, § 2242 Abs. 1, Mündlichkeit ebensowenig vorgeschrieben, wie in dem § 2242 Abs. 2 für die Verneinung der Schreibfähigkeit. Beide Erklärungen hätten daher auch stillschweigend durch bloßes Kopfnicken oder Kopfschütteln erfolgen können und konnten demgemäß erst recht durch einen auf Ja oder Nein hindeutenden Laut

in Verbindung mit einer solchen Kopfbewegung erfolgen (vgl. gegen die abweichende beiläufige Bemerkung in RGH. Bd. 92 S. 29 Romm. v. RGH., 5. Aufl., Erl. 1 und 4a zu § 2242 BGB.; Pland, BGB. 3. Aufl., § 2242, Erl. 2b). Die notarielle Beurkundung, daß „das vorstehende Protokoll“ den Erschienenen vorgelesen und von dem Erblasser genehmigt worden sei, ist demnach durch die vom Berufungsgericht angenommenen Ergebnisse der Beweisaufnahme nicht nur nicht widerlegt, sondern bestätigt. . . .