

**36. 1. Kann ein gesetzlicher Miterbe gegen den Nachlassverwalter auf Feststellung der Richtigkeit eines Testaments und auf Herausgabe des Nachlasses an alle Erben klagen?**

**2. Zum Begriff der Übergabe einer Schrift nach § 2238 BGB.**

BGB. §§ 2039, 2238, 2239. RPÖ. § 280.

IV. Zivilsenat. Urf. v. 3. Februar 1936 i. S. 1. B. als Verwalter des Nachlasses v. U. (Bekl.), 2. v. De. (NebInt.) w. Fräulein Sch. (kl.). IV 139/35.

I. Landgericht Roswd.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Die am 28. Mai 1933 verstorbene verwitwete Frau U. v. U. hat als gesetzliche Erben sechs Geschwister (darunter die Klägerin) sowie Kinder und Enkel von zwei weiteren Geschwistern hinterlassen. Sie hat vor dem Notar Dr. v. De., der in dem gegenwärtigen Rechtsstreit dem Beklagten als Nebenintervenient beigetreten ist, gemäß § 2238 BGB. durch Übergabe einer Schrift ein Testament errichtet, worin sie ohne Berücksichtigung der Klägerin über den Nachlaß verfügte. Auf Antrag einer Gläubigerin wurde die Nachlassverwaltung

angeordnet und der Beklagte zum Nachlassverwalter bestellt. Mit der Klage beantragte die Klägerin, festzustellen, daß das Testament nichtig sei, und den Beklagten zu verurteilen, den Nachlaß an die gesetzlichen Erben auszukehren.

Während das Landgericht die Klage abwies, erkannte das Berufungsgericht nach den Anträgen der Klägerin. Es folgerte die Nichtigkeit des Testaments daraus, daß eine Übergabe der den letzten Willen enthaltenden Schrift nicht stattgefunden habe. Die von dem Nebenintervenienten eingelegte Revision führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

#### Gründe:

Daß gegen den Nachlassverwalter der Anspruch auf Herausgabe des Nachlasses erhoben worden ist, begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Richtig ist, daß er nicht Vertreter der Erben ist, sondern amtliches Organ für die Durchführung der Zwecke der Verwaltung mit eigener Parteistellung. Den Umfang seiner Tätigkeit bestimmt das Gesetz dahin, daß er den Nachlaß zu verwalten und die Nachlassverbindlichkeiten aus dem Nachlaß zu berichtigen hat (§ 1985 Abs. 1 BGB.). Nach Beendigung dieser Aufgaben hat er den Nachlaß an die Erben auszuantworten (vgl. § 1986 das.). Der hierauf gerichtete Anspruch der Erben ist Gegenstand des Rechtsstreits. Im vorliegenden Falle fordert einer der gesetzlichen Erben die Leistung an alle Erben. Auch daraus sind Bedenken nicht herzuleiten. Allerdings kann § 2039 BGB. nicht unmittelbare Anwendung finden, da der geltend gemachte Anspruch nicht zum Nachlasse gehört. Die Zweckmäßigkeitserwägungen, die zur Aufnahme des § 2039 in das Gesetz geführt haben und die den Sinn der Bestimmung erkennen lassen, müssen aber zu einer entsprechenden Anwendung führen.

Bei dem weiteren Antrag, die Nichtigkeit des Testaments der Erblasserin vom 27. Mai 1933 festzustellen, handelt es sich um eine Zwischenfeststellungsklage im Sinne des § 280 RPO. Durch die Ernennung des Nachlassverwalters ist ein Rechtsverhältnis zwischen diesem und den Erben begründet worden. Die Parteien streiten darüber, ob es angesichts des von der Erblasserin errichteten Testaments, das die Klägerin als ungültig, der Beklagte dagegen als gültig ansieht, zwischen dem Beklagten und den gesetzlichen Erben entstanden ist. Die Entscheidung darüber bildet eine Voraussetzung des eingeklagten Leistungsanspruchs. Ihre Bedeutung erschöpft sich nicht

mit dem erhobenen Leistungsanspruch, sondern ist auch für weitere Ansprüche gegen den Nachlassverwalter zu bejahen (vgl. RÖZ. Bd. 126 S. 234). Daß das Rechtsverhältnis schon vor Erhebung der Klage streitig war und daß der Feststellungsantrag schon in die Klage aufgenommen ist, steht der Annahme einer Zwischenfeststellungsklage nicht entgegen (RÖZ. Bd. 113 S. 410). Ein besonderes Feststellungsinteresse wie im Falle des § 256 BPO. ist daneben nicht erforderlich.

Die weitere Frage, ob das Testament nützlich und deshalb die gesetzliche Erbfolge eingetreten ist, hat das Berufungsgericht bejaht. Es hat die Nützlichkeits gemäß § 2238 BGB. vor dem Notar v. De. errichteten Testaments um deswillen angenommen, weil es an der Übergabe der Schrift fehle. Hierbei ist erwogen, der Notar habe zwar unmittelbar neben dem Bett der Erblasserin gesessen und die den letzten Willen enthaltende Schrift vor sich auf seinen Knien in einer Weise liegen gehabt, daß der Verfügenden die Möglichkeit gegeben gewesen sei, die Schrift an sich zu nehmen. Diese sei dabei aber stets im Besitze des Notars geblieben, der die Schrift selbst angefertigt und sich des Besitzes in keinem Augenblick entäußert habe. Wenn das Gesetz die Übergabe fordere, so setze es voraus, daß, sofern die Übergabe nicht von Hand zu Hand erfolge, wenigstens die Schrift sich nicht im Besitze eines der Beteiligten befinde, sondern dem unmittelbaren Zugriff des Verfügenden ohne den Besitz eines Dritten unterliege. Das Berufungsgericht verweist auf die Urteile des erkennenden Senats in RÖZ. Bd. 81 S. 36 und WarnRspr. 1914 Nr. 88.

Diese Ausführungen sind nicht frei von durchgreifenden Bedenken. Es fragt sich, ob die Erblasserin dem Notar eine Schrift mit der mündlichen Erklärung übergeben hat, daß die Schrift ihren letzten Willen enthalte. Das Wesentliche dieser in § 2239 BGB. geregelten Errichtungsform ist die sichere Übermittlung des letzten Willens durch den Verfügenden an die Urkundsperson. Es muß Sicherheit bestehen, daß die Schrift mit dem Willen des Verfügenden in die Hand des Notars gelangt und daß dies den zugezogenen Zeugen erkennbar geworden ist. Unter diesen Gesichtspunkten ist zu prüfen, ob davon gesprochen werden kann, daß die Schrift dem Notar übergeben worden sei. Es handelt sich dabei nicht um Fragen des Besitzrechts, sondern um solche des Rechts der Testamentserrichtung. Es ist in der Recht-

sprechung denn auch bereits anerkannt, daß es keiner Übergabe von Hand zu Hand bedarf. Ob der zur Erörterung stehenden Vorschrift genügt ist, kann sich stets nur nach der besonderen Lage des Falles entscheiden. Seine Gestaltung ergibt sich hier aus der Aussage des Notars, die das Berufungsgericht nach Inhalt der Urteilsgründe als maßgebend angesehen hat. Dieser hatte nach Rücksprache mit der Erblasserin einen Testamentsentwurf angefertigt und zunächst beabsichtigt, als Testamentsform die mündliche Erklärung des letzten Willens zu wählen. Mit Rücksicht darauf, daß die Erblasserin wegen eines ärztlichen Eingriffs (am rechten Arm) nicht imstande war zu schreiben, ging er zur Errichtung durch Übergabe einer Schrift über. Er las ihr den Entwurf vor und ließ ihn nach Einfügung der Änderungen, die sich aus der mündlichen Rücksprache ergaben, durch die Erblasserin bestätigen. Dabei saß er neben dem Bett, in dem die Verfugende lag, und legte die fertige Schrift auf einen auf seinen Knien liegenden Aktendekel, und zwar so, daß die Erblasserin in der Lage war, die Schrift (mit der linken Hand) an sich zu nehmen. Er beurkundete und verlas die Erklärung der Erblasserin, daß in dem Umschlage, in den die Schrift gelegt war, sich ihr Testament befinde, sowie auch die Tatsache, daß der die Schrift enthaltende Umschlag ihm von der Erblasserin übergeben sei. Die Verhandlung ging so vor sich, daß die Erblasserin die vom Notar an sie gestellten Fragen mit ja oder nein beantwortete. Daraus, daß sie die Frage, ob sie die ihr Testament enthaltende Schrift dem Notar übergebe, bejahte, folgt ohne weiteres, daß sie sich wenigstens jetzt als Besitzerin der Schrift betrachtete und sich gleichzeitig dieses Besitzes wieder äußerte. An der Verhandlung nahmen die beiden zugezogenen Zeugen teil. Auch ihnen wurde die fertiggestellte Schrift mit dem Bemerkten vorgezeigt, daß sie dem Notar von der Erblasserin übergeben worden sei. Auch für sie konnte daher kein Zweifel bestehen, daß die vorgezeigte Schrift den letzten Willen der Erblasserin enthalte und daß sie mit deren Willen in den Besitz des Notars gelangt sei.

Aus alledem ergibt sich, daß die Nichtigkeit des Testaments nicht damit begründet werden kann, daß es an einer Übergabe der Schrift fehle.