

68. 1. Kann bei der Errichtung eines öffentlichen Testaments durch mündliche Erklärung, wenn die Urkundsperson dabei einen vorher fertiggestellten Testamentsentwurf benutzt, die mündliche Erklärung des letzten Willens durch den Erblasser mit der Verlesung und Genehmigung der Testamentsniederschrift in einen Verhandlungsvorgang zusammengefaßt werden?

2. Muß bei einer solchen Testamentserrichtung in der Niederschrift ausdrücklich festgestellt werden, daß der letzte Wille mündlich erklärt worden ist?

BGB. §§ 2238, 2241.

IV. Zivilsenat. Ur. v. 16. Oktober 1939 i. S. K. u. a. (Weil.) und M. (Streith.) w. P. (Kl.). IV 10/39.

I. Landgericht Königsberg.

II. Oberlandesgericht bafelbst.

Am 13. Juli 1937 verstarb in K. der Landwirt Hermann P.; er hatte am 25. März 1937 im Krankenhaus ein Testament in notariſcher Form durch mündliche Erklärung errichtet, das von dem amtlich bestellten Vertreter des Streithelfers der Beklagten aufgenommen wurde und in dem der Erblasser den Kläger P. (seinen Bruder), die Beklagte K. (eine Enkelin seiner Stieffchwester) und die Beklagte B. (seine Haushälterin) als Erben zu je  $\frac{1}{3}$  eingesetzt und weiter der Beklagten B. eine Lebensversicherungssumme vorausvermacht hat. In der Testamentsniederschrift ist zunächst gesagt, daß der Notarvertreter im Krankenhause die zur Errichtung zugezogenen Zeugen sowie den Erblasser antraf, der erklärte, ein Testament errichten zu wollen, und durch eine bekannte Person vorgestellt wurde. Alsdann heißt es: „Nach näherer Besprechung der Einzelheiten gab der Besizer Hermann P. seinen letzten Willen, wie folgt, kund“. Es folgen die einzelnen letztwilligen Bestimmungen, die Angabe des Nachlasswertes sowie der Schlußvermerk über die Vorlesung, Genehmigung und Unterzeichnung der Niederschrift nebst den Unterschriften des Erblassers, der Zeugen und des Notarvertreters.

Der Kläger, der den Erblasser bei gesetzlicher Erbfolge zu  $\frac{3}{4}$  beerben würde, macht geltend, das Testament sei nichtig, und hat

zur Begründung u. a. vorgebracht, die Formvorschriften seien insofern nicht gewahrt, als die bereits vorher fertiggestellte Testamentsurkunde entgegen ihrem Inhalte nach Huziehung der Zeugen nur durch Einfügung der Namen der Zeugen und des Nachlasswerts ergänzt und sodann vorgelesen worden sei, ohne daß der Erblasser dazu etwas gesagt habe. Er hat mit der Klage die Feststellung begehrt, daß das Testament ungültig sei. Den Beklagten hat sich der Urkundsnotar als Streithelfer angeschlossen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat auf Berufung des Klägers nach dem Klageantrag erkannt. Die Revision der Beklagten und des Streithelfers führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückweisung der Berufung.

#### Gründe:

Das Berufungsgericht hält das Testament für nichtig, weil bei seiner Errichtung die gesetzlichen Formvorschriften nicht beachtet worden seien. Wie es auf Grund eingehender Würdigung des Ergebnisses der umfangreichen Beweisaufnahme feststellt, sind die Vorgänge bei der Testamentserrichtung in der notariischen Niederschrift insofern unrichtig wiedergegeben, als der Notarvertreter bei seiner Ankunft im Krankenhause die Testamentzeugen keineswegs schon vorfand, auch der Erblasser nicht in ihrer Gegenwart erklärte, ein Testament errichten zu wollen, und vor der „Auskunft“ des letzten Willens dessen Einzelheiten mit ihm nicht besprochen wurden. Vielmehr verhandelte der Notarvertreter zunächst mit dem Erblasser allein; nach Huziehung der Zeugen und Einfügung ihrer Namen in den bereits fertig vorliegenden Entwurf der Testamentsurkunde las er diesen dem Erblasser nur Satz für Satz vor und vergewisserte sich nach jedem Absatz und schließlich nochmals am Schluß durch die Frage, ob das so richtig sei, des Einverständnisses des Erblassers, das dieser teilweise durch Worte, teilweise durch Gebärden zu erkennen gab. Alsdann unterzeichnete der Erblasser, lediglich an Arm und Hand unterstützt, die Niederschrift mit seinem Namen.

Im Anschluß an die bisherige Rechtsprechung des erkennenden Senats (vgl. insbes. R. Z. Bd. 85 S. 120 flg.), die auch der herrschenden Ansicht in der Rechtslehre entspricht, legt das Berufungsgericht dar, daß Gesetz unterscheidet ausdrücklich zwischen der mündlichen Erklärung des letzten Willens des Erblassers gegenüber der Urkund-

person (§ 2238 Abs. 1 BGB.), die allerdings auch durch bloße Bejahung der von der Urkundsperson an Hand eines vorbereiteten Testamentsentwurfs gestellten Fragen geschehen könne, und der Vorlesung und Genehmigung der von der Urkundsperson hierüber aufgenommenen Niederschrift (§ 2242 Abs. 1 BGB.). Beide Erfordernisse seien bei der Errichtung eines öffentlichen Testaments durch mündliche Erklärung klar voneinander zu trennen; sie bei dem Errichtungsakt zu einem einheitlichen Vorgange zusammenzuziehen, sei unzulässig. Daß hier in Gegenwart der Testamentszeugen, die nach § 2239 BGB. während der ganzen Verhandlung zugegen sein müßten, nur die Testamentsurkunde vorgelesen und von dem Erblasser bestätigt worden sei, habe den gesetzlichen Formerfordernissen nicht entsprochen.

Der Revision ist zuzugeben, daß diese Rechtsauffassung mit den heutigen Anschauungen über die Bedeutung der Formvorschriften nicht mehr im Einklange steht. Wenn, wie hier, bei der Testamentsaufnahme zulässigerweise ein vorher fertiggestellter Entwurf benutzt und dem Erblasser zur Feststellung seines Willens Satz für Satz vorgelesen wird und wenn dann der Erblasser auf die jedesmalige Frage der Urkundsperson in einer die Form der mündlichen Erklärung erfüllenden Weise sein uneingeschränktes Einverständnis äußert, also nicht bloß bestätigt, daß die Niederschrift sachlich seinen letzten Willen richtig wiedergibt, sondern auch der Fassung überall zustimmt, wäre es ein übertriebenes Hängen am Wortlaut des Gesetzes, wollte man verlangen, daß der Entwurf noch einmal abgeschrieben oder auch nur noch ein zweites Mal vorgelesen und nochmals die Genehmigung des Erblassers eingeholt werde. Das Gesetz fordert keineswegs, daß der Erblasser seinen Willen zweimal erklärt, sondern nur, daß er außer der mündlichen Erklärung der letztwilligen Bestimmungen auch die Richtigkeit der Niederschrift nach deren Vorlesung anerkennt. Das kann aber, wenn bereits ein fertiger Entwurf vorliegt, recht wohl in einer Äußerung zugleich mit der Erklärung des letzten Willens selbst durch Bejahung entsprechender, mit Bezug auf die vorgelesenen Sätze des Entwurfs gestellter Fragen geschehen. Der alleinige oder doch hauptsächlichste Zweck der Formvorschriften für die Testamentserrichtung, die Sicherung einer zuverlässigen Wiedergabe des Willens des Erblassers, wird bei einem solchen Verfahren ausreichend gewährleistet. Es wird sich freilich, namentlich bei umfangreichen Testa-

menten empfehlen, daß die Niederschrift auch dann, wenn sie vom Erblasser nach Inhalt und Form durchweg gebilligt wird, zum Schluß noch einmal im Zusammenhange vorgelesen und die Zustimmung des Erblassers zum Ganzen eingeholt wird; unbedingt notwendig ist das aber nicht, wenn nur sonst das Einverständnis des Erblassers mit Inhalt und Form der Niederschrift zweifelsfrei festgestellt ist. Soweit in der erwähnten reichsgerichtlichen Rechtsprechung die gegenteilige Meinung ausgesprochen ist, kann daran nicht festgehalten werden.

Voraussetzung für die Gültigkeit der Testamenterrichtung in einem Falle wie dem vorliegenden ist natürlich, daß die Billigung des von der Urkundsperson vorgelesenen Testamententwurfs durch den Erblasser den Erfordernissen sowohl der mündlichen Erklärung des letzten Willens wie der Vorlesung und Genehmigung der Niederschrift genügt. Welche Anforderungen insbesondere an die mündliche Erklärung des letzten Willens durch den Erblasser zu stellen und ob sie hier beachtet worden sind, brauchte das Berufungsgericht von seinem Rechtsstandpunkt aus nicht zu erörtern. Der von ihm festgestellte Sachverhalt ermöglicht jedoch den Schluß, daß bei der Testamenterrichtung auch insoweit die Form als gewahrt anzusehen ist. Wesentlich ist hierbei, daß der Inhalt der Testamentniederschrift den dafür gegebenen Vorschriften entspricht. Nach § 2241 Ziff. 3 BGB. muß das Protokoll die nach § 2238 erforderlichen Erklärungen des Erblassers enthalten. Eine ausdrückliche Feststellung, daß der Erblasser den aufgenommenen letzten Willen „mündlich erklärt“ hat, ist jedoch nicht erforderlich, da der Gebrauch bestimmter Worte in der Niederschrift nicht vorgeschrieben ist und ein rechtsgeschäftlicher Wille, der nicht schriftlich erklärt wird, in aller Regel mündlich kundgegeben zu werden pflegt. Deshalb ist die Angabe in der Niederschrift, daß der Erblasser dem Notar seinen letzten Willen „erklärte“ oder „kundgab“, ohne weiteres im Sinn einer mündlichen Erklärung zu verstehen, besonders wenn, wie hier, noch festgestellt ist, daß es „nach näherer Besprechung der Einzelheiten“ geschah (Madtler-Fechner Nachlaßwesen 2. Aufl. S. 125; Kammergericht in OLG. Bd. 10 S. 309).

Da es sich bei der notariischen Niederschrift um eine öffentliche Urkunde im Sinne des § 415 ZPO. handelt, durch die der volle Beweis der darin beurkundeten ordnungsmäßigen Testamenterrichtung

begründet wird, muß demgegenüber der Kläger, wenn er die Nichteinhaltung der Formvorschriften behauptet, den nach § 415 Abs. 2 zugelassenen Nachweis der Unrichtigkeit führen. Es kommt somit darauf an, ob durch das vom Berufungsgericht festgestellte Beweisergebnis dargetan ist, daß entgegen dem Inhalte der Niederschrift der Erblasser seinen letzten Willen dem Notar nicht mündlich erklärt hat. An einem solchen Nachweise fehlt es.

Daß die mündliche Erklärung des letzten Willens auch in Form von Frage und Antwort zwischen der Urkundsperson und dem Erblasser geschehen und dabei eine bereits vorbereitete Niederschrift benutzt werden kann, ist anerkannt. Es genügt also, wenn der Notar den fertigen Entwurf in seinen einzelnen Bestimmungen dem Erblasser vorliest und dieser die jedesmalige Frage, ob das richtig sei, zustimmend beantwortet. Nach fester bisheriger Rechtsprechung erfordert aber der Begriff der „mündlichen Erklärung“ im § 2238 BGB., daß der Erblasser den letzten Willen durch gesprochene, den mitwirkenden Personen verständlich Worte kundgibt; bloße Zeichen oder Gebärden, wie Kopfnicken oder -schütteln, reichen dazu nicht aus. Danach würde hier eine mündliche Erklärung nicht vorliegen, soweit der Erblasser die Fragen des Notars nach der Richtigkeit des Vorgelesenen nur durch Gebärden beantwortet hat. Gegen diese enge Auslegung des Begriffs der mündlichen Erklärung können, wie nicht verkannt werden soll, Bedenken in der Richtung erhoben werden, ob nicht das Erfordernis der mündlichen Erklärung als Form der Testamentserrichtung vom Gesetzgeber möglicherweise nur als Gegensatz zu der Testamentserrichtung durch Übergabe einer Schrift gemeint ist und deshalb eine „mündliche“ Erklärung in diesem Sinn unter Umständen auch dann angenommen werden muß, wenn der Erblasser seine Zustimmung zu dem ihm vorgelesenen Entwurf nicht mit einem vernehmlichen „Ja“, sondern aus irgendeinem Grunde nur durch Kopfnicken oder eine sonstige Gebärde in einer für die mitwirkenden Personen klaren, unmißverständlichen Weise zu erkennen gegeben hat — ausgenommen selbstverständlich der Fall, daß er stumm oder sonst am Sprechen verhindert war, also der Sonderfallbestand des § 2243 BGB. vorlag. Ob diese Bedenken ein Abgehen von dem bisher eingenommenen Standpunkte rechtfertigen, braucht jedoch nicht entschieden zu werden, weil hier der dem Kläger obliegende Beweis, daß eine mündliche Erklärung im Sinne des § 2238 BGB.

nicht stattgefunden hätte, in keinem Falle geführt ist. Auch wenn man im Einklange mit der bisherigen Rechtsprechung zu der mündlichen Erklärung den Gebrauch von Worten für notwendig erachtet, würde es doch genügen, daß der Erblasser nach vollständiger Verlesung der einzelnen Bestimmungen des Testamentsentwurfs auf die Frage des Notars nach der Richtigkeit des Vorgelesenen sein Einverständnis mit Worten zu erkennen gegeben hat, auch wenn er dazwischen nur durch Gebärden, etwa durch Kopfnicken, zugestimmt hätte; denn durch die Bestätigung am Schlusse werden Form und Inhalt der ganzen Verhandlung gedeckt. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Beweisaufnahme ergeben, daß der Erblasser die Fragen des Notarvertreters nach der Richtigkeit der einzelnen vorgelesenen Sätze und am Schlusse teilweise durch Worte, teilweise durch Gebärden bejaht hat. Nicht geklärt ist danach, ob er sich am Schlusse mit Worten oder durch Gebärden geäußert hat. Die Beweiskraft der Testamentsurkunde, in der eine ordnungsmäßige Erklärung des letzten Willens ausreichend beurkundet ist, wird hiernach durch das Beweisergebnis keinesfalls erschüttert.

Da auch die sonstigen Angriffe des Klägers gegen den Bestand des Testaments nach den insoweit rechtlich bedenkenfreien Ausführungen des Berufungsgerichts hinfällig sind, ist das streitige Testament als gültig anzusehen und das Feststellungsverlangen des Klägers demgemäß unbegründet.