

22. 1. Genügt bei der Errichtung eines öffentlichen Testaments als mündliche Erklärung des letzten Willens eine mündliche Bestätigung dessen, was in einem dem Erblasser vorgelesenen Protokollentwurfe vor der Hinzuziehung der Zeugen niedergeschrieben worden ist? Äußerungen des Erblassers durch Kopfnicken.

2. Lassen sich die mündliche Erklärung des letzten Willens und die Vorlesung und Genehmigung des Protokolls zu einem einzigen Verhandlungsvorgange zusammenziehen?

BGB. §§ 2238 Abs. 1, 2239, 2242, 2243.

ZPO. § 415.

IV. Zivilsenat. Ur. v. 28. Mai 1914 i. S. B. (Bekl.) und D. (Nebenintervenient) w. B. u. Gen. (Kl.). Rep. IV. 12/14.

I. Landgericht Hildesheim.

II. Oberlandesgericht Celle.

Am 8. Januar 1913 verstarb in Hildesheim, wo sie mit der Beklagten in häuslicher Gemeinschaft gelebt hatte, die unverheiratete Wilhelmine L. Sie hinterließ ein ebendasselbst am 4. Januar 1913 von dem Notar Justizrat D. aufgenommenes Testament. Wie das Protokoll über die Testamentserrichtung lautet, hat sie in Gegenwart der zugezogenen beiden Zeugen ihren letzten Willen dem Notar mündlich dahin erklärt, daß sie die Beklagte zu ihrer alleinigen Erbin ernenne, und daß, wenn die Beklagte etwa vor ihr versterben sollte, deren Sohn Christian A., sofern aber auch dieser vor ihr versterbe, die Tochter der Beklagten Marie K. geb. A. den ganzen Nachlaß als Erben erhalten sollten. Das Protokoll enthält ferner die Feststellung, daß die Erblasserin erklärt habe, nicht schreiben zu können und schließt mit den Worten ab:

„Das vorstehende Protokoll wurde den Erschienenen vorgelesen, von der Erblasserin genehmigt und von den Zeugen eigenhändig wie folgt unterschrieben“.

Es folgen die Unterschriften der beiden Zeugen und die des Notars.

Die Beklagte hat nach dem Tode der Erblasserin den Nachlaß in Besitz genommen; die Erbfolge wird ihr jedoch von den drei Klägerinnen streitig gemacht. Diese sind halbbürtige Schwestern der Erblasserin und als solche allein zur gesetzlichen Erbfolge berufen, wenn die in dem Testament enthaltenen letztwilligen Verfügungen der Rechtswirksamkeit entbehren. Sie behaupten, daß diese Voraussetzung zutrefte, weil bei der Errichtung des Testaments die gesetzlichen Vorschriften nicht gewahrt seien und weil die Erblasserin zur Zeit der Errichtung auch nicht mehr geschäftsfähig gewesen sei.

Ihrem Klageantrag entsprechend hat das Landgericht auf Feststellung der Nichtigkeit des Testaments erkannt und die Beklagte verurteilt, den Klägerinnen durch Einreichung eines Nachlassverzeichnisses über den Bestand der Erbschaft und über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände sowie darüber, welche erbchaftlichen Geschäfte sie geführt habe, Auskunft zu erteilen, auch den Klägerinnen wie in dem Urteilsfasse des näheren bestimmt wird, das Erlangte herauszugeben. Die Entscheidung beruht auf der Annahme, daß die Form-erfordernisse der Testamentserrichtung in der Tat nicht gewahrt seien; denn die Beweisaufnahme habe ergeben, daß die Erblasserin ihren letzten Willen dem Notar nicht in Gegenwart der zugezogenen beiden Zeugen erklärt habe.

Schon in erster Instanz war auf vorhergegangene Streitverkündung der Notar Justizrat D. der Beklagten als Nebenintervenant beigetreten. Der Nebenintervenant legte Berufung ein. Die Berufung und die demnächst von dem Nebenintervenant eingelegte Revision blieben ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

„Bei der Verlautbarung und bei der Beurkundung des letzten Willens der Erblasserin ist von dem Notar Justizrat D. am 4. Januar 1913 in folgender Weise verfahren worden. Zunächst hat sich der Notar in Gegenwart der Beklagten, ohne daß die Testamenten-zeugen zugegen waren, von der Erblasserin angeben lassen, wie sie letztwillig verfügen wolle. Sodann hat er sich nach dem unteren Stockwerke des Hauses begeben und dort das Protokoll entworfen. Darauf hat er die beiden Zeugen zugezogen und sich mit ihnen nach dem oberen Zimmer, in dem die Erblasserin zu Bett lag, zurückbegeben. Über den weiteren Verlauf trifft der Berufungsrichter auf Grund der eidlichen Aussagen der darüber vernommenen Testamenten-zeugen folgende Feststellungen. Der Notar habe das von ihm vorher niedergeschriebene Testament, ohne daß zunächst nochmals darüber eine Besprechung mit der Erblasserin stattgefunden habe, dieser nur vorgelesen. Allerdings sei die Vorlesung so langsam erfolgt, daß die Erblasserin nach jedem Absätze Gelegenheit zur Erklärung über die Nichtigkeit des Vorgelesenen gehabt habe. Sie habe denn auch tatsächlich ihr Einverständnis mit jedem ihr vorgelesenen Absatz entweder durch Kopfnicken oder dadurch erklärt, daß sie „Ja, ja“ sagte.

Außerdem habe sie, nachdem das ganze Testament vorgelesen war, auf die Frage des Notars, ob sie noch Wünsche habe und ob etwas geändert werden solle, erwidert: „Nein, so wolle sie es haben“. Der Notar habe sie alsdann aufgefordert, das Protokoll zu unterschreiben und sie habe darauf erklärt, nicht schreiben zu können. Hierauf seien, ohne daß eine zweite Vorlesung des Protokolls stattgefunden habe, der Notar und die Zeugen wieder in das untere Zimmer gegangen. Dort sei das Protokoll, in dem der Notar auch vermerkt habe, daß die Erblasserin nach ihrer Erklärung nicht schreiben könne, unterschrieben worden.

Bei der Prüfung, ob durch diese Vorgänge die gesetzlichen Formvorschriften der Testamentserrichtung erfüllt sind, scheidet der Berufungsrichter als unwesentlich zunächst das aus, was sich vor dem Erscheinen der Testamentszeugen abgespielt hat. Einen Formmangel der Testamentserrichtung erblickt er andererseits auch weder darin, daß, bevor die eigentliche Verhandlung in Gegenwart der Zeugen begann, der Notar den Protokollentwurf nach den Angaben der Erblasserin in deren Abwesenheit herstellte, noch auch darin, daß wiederum in Abwesenheit der Erblasserin hinterher das Protokoll von dem Notar und von den Zeugen unterschrieben wurde. Alles das entspricht der feststehenden Rechtsprechung des Reichsgerichts und unterliegt auch bei nochmaliger Prüfung keinem rechtlichen Bedenken. Für ungenügend hält jedoch der Berufungsrichter die Art und Weise, wie in Gegenwart der Testamentszeugen die Verhandlung mit der Erblasserin von dem Notar geführt wurde. Zwar verneint er nicht mit gleicher Entschiedenheit wie das Landgericht, daß in den festgestellten Vorgängen eine in Gegenwart der Zeugen abgegebene mündliche Erklärung zu erblicken sei, durch die dem Notar der Vorschrift des § 2238 BGB. entsprechend die Erblasserin ihren letzten Willen kundgegeben habe. Indessen bezeichnet er auch diese Annahme schon als äußerst zweifelhaft und hält es namentlich für bedenklich, daß die Erklärung zum Teil jedenfalls nicht mit Worten, sondern durch bloßes Kopfnicken abgegeben wurde. Wenn aber auch — was vielleicht nicht ganz abzulehnen sei — die Vorschrift des § 2238 als erfüllt zu gelten habe, so fehle es unter dieser Voraussetzung an dem weiteren gesetzlichen Erfordernisse, daß das über die Errichtung des Testaments aufgenommene Protokoll in Gegenwart der Zeugen vor-

gelesen und von der Erblasserin genehmigt wurde. Aus diesem Grunde sei das Testament nichtig und daraus ergebe sich die Aufrechterhaltung der landgerichtlichen Entscheidung.

Mit der Revision wird gerügt, daß die §§ 2238 und 2242 BGB. durch unrichtige Anwendung verletzt seien. Die Rüge ist nicht begründet.

Da die über die Errichtung des Testaments vom 4. Januar 1913 aufgenommene notarielle Urkunde nach § 415 Abs. 1 ZPO. den vollen Beweis der Tatsache begründet, daß in Gegenwart der zugezogenen Zeugen die Erblasserin nicht nur ihren letzten Willen dem Notar mündlich erklärt hat, sondern daß auch das darüber aufgenommene Protokoll vorgelesen und von der Erblasserin genehmigt worden ist, handelt es sich bei der Entscheidung um den nach § 415 Abs. 2 zulässigen Beweis, daß der Vorgang unrichtig beurkundet sei.

Was dabei zunächst die Frage nach der mündlichen Verlautbarung des letzten Willens anlangt, so enthalten insoweit die auf unbestimmte Endsätze auslaufenden Erwägungen des Berufungsrichters nicht die erforderlichen tatsächlichen Feststellungen einer nachgewiesenen Unrichtigkeit. Hat der beurkundende Beamte, bevor in Gegenwart der Zeugen mit der für die Formfrage allein maßgebenden Verhandlung (§ 2239 BGB.) begonnen wird, sich durch eine Rücksprache mit dem Erblasser über den zu beurkundenden letzten Willen unterrichtet und diesen Angaben entsprechend das Testamentsprotokoll im voraus entworfen, so ist es anerkanntes Rechts, daß die Vorschrift des § 2238 in genügender Weise dann als befolgt zu gelten hat, wenn er demnächst an der Hand des Entwurfs zu Anhör der Zeugen sich durch nochmalige Befragung des Erblassers die sachliche Richtigkeit des als letzter Wille Niedergeschriebenen im einzelnen mündlich bestätigen läßt (vgl. die Urteile des erkennenden Senats vom 3. November 1904 Rep. IV. 151/04, vom 13. April 1905 Seuff. Arch. Bd. 60 Nr. 237, vom 31. Mai 1905 Gruchots Beitr. Bd. 50 S. 115, vom 30. November 1905 Gruchots Beitr. Bd. 50 S. 1010, sowie vom 6. Februar 1913 Rep. IV. 495/12). Handelt es sich dabei um eine Mehrheit von letztwilligen Verfügungen, die — wie im gegebenen Falle die Erbeinsetzung, die Anordnung einer bevorrechtigten und die Anordnung einer ihr nachgestellten zweiten Erbschaftsfolge — in demselben Testamente getroffen werden sollen, so

wird entsprechend der bei freier Rede bestehenden Notwendigkeit, eine jede dieser Verfügungen für sich allein besonders zum Ausdruck zu bringen, eine solche Befragung sich gleichfalls auf die Einzelheiten erstrecken müssen und nicht bloß auf eine summarische Bestätigung der Gesamtheit aller schon niedergeschriebenen Einzelverfügungen hinauskommen dürfen. Indessen steht nach den Feststellungen des Berufungsrichters für den Streitfall keineswegs fest, daß die Befragung der Erblasserin und ihre bejahenden Antworten dieser Anforderung etwa nicht entsprochen hätten, auch wenn nicht ersichtlich ist, daß bei der absatzweisen Vorlesung und Bestätigung die sachliche Gliederung der letztwilligen Verordnungen eingehalten wurde. Denn das Schicksal des Testaments darf nicht davon abhängig gemacht werden, ob sich hinterher die Verhandlungs- und Beurkundungsvorgänge positiv in einer Weise aufklären lassen, daß auch der Einzelverlauf der geführten Reden und Gegenreden daraus mit Bestimmtheit erkennbar wird. Vielmehr besteht die öffentliche Beurkundung so lange zu Recht, bis durch die etwa mögliche Aufklärung dieses Einzelverlaufs ihre Unrichtigkeit in volle Gewißheit gesetzt wird. In dieser Weise schlägt es auch zugunsten der Aufrechterhaltung des Testaments aus, wenn nicht mehr festgestellt werden konnte, inwieweit die Erblasserin die Übereinstimmung ihres Willens mit dem Niedergeschriebenen durch bloßes Kopfnicken zu erkennen gegeben hat. An und für sich kann allerdings durch bloße Gebärden an Stelle des gesprochenen Wortes das Mündlichkeitsgebot des § 2238 nicht erfüllt werden. Das Gesetz hat im § 2243 für den Fall, daß nach der Überzeugung des Richters oder Notars der Erblasser stumm oder auch nur am Sprechen verhindert ist, das Verfahren der Testamenterrichtung in besonderer Weise, und zwar so geregelt, daß es die Anwendbarkeit des mündlichen Verlautbarungsverfahrens nach § 2238 alsdann überhaupt ausschließt, auch unter der Voraussetzung, daß der Erblasser trotz seines Gebrechens oder seiner Unfähigkeit zu reden sich mit dem Richter oder Notar durch Zeichen zu verständigen vermag. Die Vorschrift beruht auf der gesetzgeberischen Erwägung, daß bloße Zeichen als Ausdrucksmittel dem gesprochenen Worte nicht gleichwertig sind und daß sie bei der Ermittlung des letzten Willens der genügenden Zuverlässigkeit entbehren (Motive zum ersten Entw. Bd. 5 S. 251, 276). In demselben Maße unzuverlässig ist aber die

Willenskundgebung des Erblassers auch dann, wenn er zwar sprechen kann, gleichwohl aber sich nur durch lautlose Gebärden äußert. Es ist deshalb mit der Mehrheit der Schriftsteller einer Auslegung des § 2238 entgegenzutreten, wonach, wenn die Voraussetzungen des § 2243 nicht vorliegen, es als mündliche Erklärung des letzten Willens genügen soll, daß der Erblasser auf die Fragen des beurkundenden Beamten durch Zeichen anstatt durch Worte antwortet. Im gegebenen Falle aber hat die Erblasserin sich bald in der einen, bald in der anderen Weise geäußert. Die Möglichkeit, daß sie sich bei den einzelnen Erklärungen sowohl der Worte als auch des zustimmenden Kopfnickens bedient hat, erscheint nach den tatsächlichen Erwägungen des Berufungsrichters nicht gänzlich ausgeschlossen. Es steht auch namentlich nicht fest, daß sie bei der Vorlesung des Entwurfs gerade die Berufung der Klägerin zur Alleinerbfolge nur mit einem Kopfnicken bestätigt hat (§ 2085 BGB.). Schließlich ist allen ihren bisherigen bei der Vorlesung des Entwurfs abgegebenen Erklärungen auf die zusammenfassende Frage des Notars auch noch die mündliche Äußerung hinzugetreten, daß nichts geändert werden solle und daß sie es so haben wolle. Um so weniger läßt sich annehmen, daß nach dem Gesamtergebnis der vom Berufungsrichter getroffenen Feststellungen die in dem Testamentsprotokoll enthaltene öffentliche Beurkundung, wonach die Erblasserin ihren letzten Willen dem Notar mündlich erklärt hat, als widerlegt gelten darf.

Wird aber hieran festgehalten, so muß anderseits dem Berufungsrichter darin beigetreten werden, daß unter dieser Voraussetzung es an der durch § 2242 BGB. vorgeschriebenen Vorlesung des Protokolls gefehlt hat. Zwar ist auch die Erfüllung dieser Formvorschrift in dem Protokolle selbst fürs erste mit öffentlichem Glauben bezeugt. Hat aber, wie feststeht, der Notar den vor dem Beginn der Testamentsverhandlung niedergeschriebenen Entwurf der Erblasserin abschnittsweise vorgelesen, um auf diese Weise die mündliche Erklärung darüber zu erlangen, wie sie letztwillig verfügen wolle, so richtete er in dieser Gestalt Fragen an die Erblasserin, in die er die entsprechenden von ihm vorgelesenen Abschnitte des Entwurfs einflocht. Und zwar betrafen diese Fragen den sachlichen Inhalt des letzten Willens, dessen Erklärung jeweilig noch bevorstand. Sie hatten also mit Einschluß dessen, was darin durch wörtliche Vorhaltung des

Niedergeschriebenen einbezogen war, noch nicht die Bedeutung einer Vorlesung des Protokolls. Begriffsmäßig ist es ausgeschlossen, daß derselbe Vorgang die Bedeutung einer Frage nach dem Inhalt einer bevorstehenden Erklärung und daneben auch die einer mündlichen Feststellung der bereits geschenehen Erklärung haben könnte. Den Anforderungen der Logik und des geschriebenen Rechtes entspricht es ebensowenig, in der Antwort auf die sich an den Protokollentwurf anlehende Frage gleichzeitig die Erklärung des letzten Willens und die Genehmigung des Protokolls zu erblicken. Kommt durch einen derartigen Verhandlungsvorgang die nach § 2238 erforderliche mündliche Erklärung des letzten Willens zustande, so muß ihr immer noch eine besondere Vorlesung des Protokolls nachfolgen. Sie muß bei wortgetreuer Wiederholung des Niedergeschriebenen dem Erblasser und den Zeugen verständlich 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 Verhandelten vollkommen übereinstimmt. Umgekehrt würde es, wenn man in einem derartigen Verhandlungsvorgange die Vorlesung und Genehmigung des Protokolls über die Errichtung des Testaments erblicken wollte, im gegebenen Falle an der mündlichen in Gegenwart der Zeugen abgegebenen Erklärung des Erblassers fehlen, welches sein letzter Wille sei. Die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsrichters ergeben also eine Widerlegung der in dem Protokoll enthaltenen öffentlichen Beurkundung dessen, daß die Erblasserin sowohl (dem § 2238 BGB. entsprechend) in Gegenwart der Zeugen ihren letzten Willen dem Notar mündlich erklärt, als auch (dem § 2242 entsprechend) nach gescheneher Vorlesung des Protokolls das Protokoll genehmigt habe.

Darin, daß auf die Erfüllung beider Erfordernisse unbedingt entscheidendes Gewicht zu legen ist, kann eine über die Gesetzesvorschriften hinausgehende nutzlose Formenstrenge nicht erblickt werden. Das Gesetz hat mit gutem Grunde Vorsorge getroffen, daß bei der Errichtung des öffentlichen Testaments die sachliche Willenserklärung des Erblassers zweimal, und zwar jedesmal in anderer Art und in anderer Bedeutung zu Gehör gebracht wird: einmal durch unmittelbare mündliche Kundgebung von seiten des Erblassers und sodann von der anderen Seite durch die Vorlesung des Protokolls, vermöge



deren der Erblasser und die Zeugen erfahren, wie der beurkundende Beamte den Erblasser verstanden hat, und durch die der Erblasser übrigens gleichzeitig Gelegenheit erhält, nochmals zu überlegen, ob er an dem Erklärten festhalten will. Wollte man darin nachlassen, daß die beiden Einzelakte der mündlichen Erklärung des letzten Willens und der Vorlesung und Genehmigung des Protokolls voneinander getrennt zu halten und in zeitlicher Aufeinanderfolge ein jeder für sich besonders vorzunehmen sind, und wollte man sich insbesondere damit begnügen, daß die beiden Formbestandteile in unklarer Weise zu einem einzigen Verhandlungsakte zusammengezogen werden, so läge darin eine unzulässige Verringerung der Sicherungsmittel, auf denen nach der Absicht des Gesetzes die erstrebte unbedingte Zuverlässigkeit der öffentlichen Beurkundung letztwilliger Verfügungen beruhen soll.

Der Berufungsrichter hat dies um so mehr für unzulässig gehalten, als im gegebenen Falle, wie er bemerkt, schon die mündliche Erklärung des letzten Willens wenn überhaupt, so doch nur in der notdürftigsten Weise zustande gekommen sei, überdies die Klägerinnen behauptet hätten, daß, da die Erblasserin unzurechnungsfähig gewesen sei, ein Fall der Erbschleicherei vorliege und schließlich auch die tatsächliche Möglichkeit ihrer Beeinflussung durch die Beklagte bei der ersten mit dem Notar gepflogenen Rücksprache bestanden habe, hierbei sogar möglicherweise die Beklagte selbst für sie gehandelt haben könne. Von der Revision wird gerügt, daß damit unter Verletzung des § 286 Abs. 1 BPO. bestrittene Behauptungen als feststehende Tatsachen der Entscheidung zugrunde gelegt worden seien. Die Rüge geht gleichfalls fehl. Denn es handelt sich hierbei lediglich um rechtsgrundfällige Erwägungen, mit denen die Bedenklichkeit einer mildereren Beurteilung und einer nachlässigeren Handhabung der Formvorschriften ihre nähere Erläuterung dadurch gefunden hat, daß der Berufungsrichter im Hinblick auf die besondere, insoweit festgestellte Sachlage des weiteren bloße Möglichkeiten erörtert, ohne seine tatsächlichen Feststellungen darauf auszudehnen.“ . . .