

6. Kann die mündliche Erklärung, daß die übergebene Schrift den letzten Willen enthalte, durch mündliche Genehmigung des Protokolls erfolgen? Kann die Genehmigung des Protokolls ohne ausdrückliche Feststellung als mündlich erfolgt und als so erfolgt beurkundet angesehen werden?

BGB. §§ 2238, 2241.

III. Zivilsenat. Urtr. v. 11. Januar 1918 i. S. Notar K. (Bekl.) w. B. (Kl.). Rep. III. 368/17.

- I. Landgericht I Berlin.
- II. Kammergericht dajeselbst.

Die Kläger fordern Schadensersatz, weil das von den Eheleuten J. und W. Sch. am 5. November 1910 in ihrer Wohnung vor dem Beklagten als Notar durch Übergabe einer Schrift errichtete, alle früheren letztwilligen Bestimmungen aufhebende Testament ungültig sei. Die Eheleute Sch. sind am 7. Juli 1912 und 7. Juni 1915 verstorben. Das Nachlaßgericht hat einen Erbschein gemäß dem Testamente vom 5. November 1910 als einem ungültigen abgelehnt, weil die mündliche Erklärung der Erblasser, daß die übergebene Schrift ihren letzten Willen enthalte, im Protokolle fehle, und hat am 15. Januar 1916 einen Erbschein erteilt auf Grund des von den Eheleuten Sch. am 11. Mai 1894 gemeinschaftlich errichteten, in gerichtlichem Verwahrsam verbliebenen Testaments. Hiernach erhalten die Kläger weniger

aus der Erbschaft, als sie nach dem Testamente vom 5. November 1910 erhalten würden. Die bezifferte Differenz beanspruchen sie vom Beklagten, da er bei Errichtung des Testaments die ihm obliegende Amtspflicht durch Nichtwahrung der gesetzlichen Testamentsform fahrlässig verletzt habe.

Das vom Beklagten über die Testamentserrichtung aufgenommene Protokoll stellt fest, daß sich der Beklagte in die Wohnung der Eheleute Sch. auf deren Ersuchen begeben hatte, daß diese ihm persönlich bekannten Eheleute dort vor ihm als Notar erschienen, und daß zu dieser Verhandlung zwei durchweg beiwohnende Zeugen zugezogen wurden. Sodann fährt es fort:

„Die Eheleute Sch. überreichten anliegenden, mit einem Privatstempel versehenen Umschlag mit der Aufschrift »Unser Testament. J. L. Sch. W. Sch. geb. Sch.« Dieses Protokoll ist vorgelesen, von den Erschienenen genehmigt und von ihnen, den Zeugen und dem Notar eigenhändig unterschrieben worden.“ Hierauf folgen die Unterschriften der Eheleute Sch., der Zeugen und des Beklagten.

Das Landgericht erklärte den Klagenanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt; die Berufung des Beklagten wurde zurückgewiesen. Die Instanzen nehmen übereinstimmend an, die mündliche Erklärung der Eheleute Sch., daß die übergebene Schrift ihren letzten Willen enthalte, fehle im Protokolle; darum sei das Testament nichtig. Die Revision des Beklagten hatte Erfolg.

#### Gründe:

„Der Beklagte führt zur Begründung der Revision insbesondere folgendes an. Es werde bei der streitigen Testamentserrichtung so zugegangen sein wie gewöhnlich, daß nämlich der amtierende Richter oder Notar beim Empfange der übergebenen Schrift fragt »Ist dieses Ihr Testament?« und der Erblasser auf diese Frage mit »Ja« antwortet; jedenfalls sei die Genehmigung des vorgelesenen, die Übergabe des mit einem Privatstempel versehenen Umschlags mit der unterschriebenen Aufschrift »Unser Testament« enthaltenden Protokolls eine mündliche Erklärung der Eheleute Sch. und zwar die mündliche Erklärung, daß dies ihr letzter Wille sei. Demgegenüber betont der klägerische Prozeßbevollmächtigte, es handle sich um eine unzweideutig vorgeschriebene feierliche Erklärung. Mit dem Wortlaute des Protokolls sei es vereinbar, daß die Eheleute Sch. kein Wort geredet haben;

wenn sie sich aber mündlich erklärt hätten, so sei dies jedenfalls nicht beurkundet.

Der Berufungsrichter meint, in der Genehmigung der Überreichung des Umschlags mit der Aufschrift „Unser Testament“ sei die Erklärung, daß der Umschlag den letzten Willen enthalte, nicht zu finden. Das Gesetz verlange nun einmal die ausdrückliche Aufnahme einer solchen Erklärung in das Protokoll. Dem kann nicht beigespflichtet werden. Daß in der Genehmigung des eine Erklärung enthaltenden Protokolls diese Erklärung selbst liegen kann, hat der IV. Zivilsenat des Reichsgerichts in betreff der Erklärung des Erblassers, daß er nicht schreiben könne, und daß er der deutschen Sprache nicht mächtig sei (§§ 2242 Abs. 2, 2244 Abs. 1 BGB.), in ständiger Rechtsprechung anerkannt (RGZ. Bd. 56 S. 368/369, Bd. 69 S. 83, Bd. 75 S. 374 flg.). Auch diese Erklärungen sind vom Gesetz als mündliche Erklärungen gemeint und auch für sie ist „Feststellung der Erklärung im Protokolle“ vorgeschrieben, §§ 2242, 2244 Abs. 3 („Das Protokoll muß die Erklärung . . . enthalten“). Trotzdem ist ferner anerkannt, daß schon in der objektiven Feststellung der Schreibfähigkeit bzw. der Sprachunkunde des Erblassers im Protokolle die Feststellung der nunmehrigen oder der schon vorgängigen Erklärung, nicht schreiben zu können, der deutschen Sprache nicht mächtig zu sein, gefunden werden könne (RGZ. Bd. 65 S. 375; Jur. Wochenschr. 1903 Beilage S. 30), und zwar wurde dies anerkannt bei beliebiger Form der Genehmigung, also auch wenn sich über die wirklich beobachtete Form der zum Protokoll erteilten Genehmigung aus dem Wortlaute des Protokolls nichts ergab. Vgl. RGZ. Bd. 69 S. 83 (Genehmigung durch Handzeichen).

Zur Stütze dieser ständigen Auffassung wird darauf hingewiesen, daß die Feststellung dieser Erklärungen im Protokolle der Vorlesung und Genehmigung nicht bedürfe (RGZ. Bd. 63 S. 31, Bd. 75 S. 375, Bd. 79 S. 368, Bd. 86 S. 391), und zwar auch darum nicht, weil sie mit den rechtsgeschäftlichen Erklärungen (§§ 2238, 2241 Nr. 3) nicht in eine Linie zu stellen seien (RGZ. Bd. 63 S. 37). Dieser Hinweis war erst möglich, nachdem der IV. Zivilsenat des Reichsgerichts seine frühere, noch im Urteile vom 11. Juli 1905 (Jur. Wochenschr. 1905 S. 541 Nr. 33) festgehaltene Ansicht, es gebe nur

ein einheitliches, in seiner Ganzheit den Erfordernissen der Verlesung, Genehmigung und Unterzeichnung unterliegendes Protokoll, aufgegeben hatte und statt dessen unter Protokoll nicht die fertige, sondern die in der fortschreitenden Vollendung begriffene Urkunde versteht, also eine wechselnde Bedeutung des Wortes „Protokoll“ offen läßt (RGZ. Bd. 75 S. 374/377). Und dieser besondere Grund soll nicht besagen und kann nicht bewirken, daß positiv erst um feinetwillen und nur im Bereiche der von ihm umfaßten Erklärungen (nicht schreiben zu können, der deutschen Sprache nicht mächtig zu sein) die Genehmigung des vorgelesenen Protokolls eine Erklärung des Protokollinhalts ist, geschweige, daß nur darum und nur insoweit der nur objektiv feststellende Inhalt kraft der Genehmigung als eine nummehrige oder als eine bereits vor der Aufnahme des Protokolls geschehene Erklärung deutbar ist. Der Hinweis soll vielmehr nur ein Hindernis gegen die Auffassung der Protokollgenehmigung als einer genügenden Erklärung beseitigen. Die Entscheidung RGZ. Bd. 85 S. 127 führt nämlich aus, für die mündliche Erklärung des letzten Willens (§ 2238 erster Fall) sei eine vorgängige mündliche Erklärung und eine nachfolgende Protokollvorlesung und -genehmigung, also eine zweimalige Kundgebung der sachlichen Willenserklärung des Erblassers erforderlich, ein und derselbe Vorgang aber (die Vorlesung und Genehmigung des Protokolls, der allein die Zeugen beigewohnt hatten) könne begriffsmäßig nicht zugleich die Abgabe der Erklärung und die Genehmigung einer bereits abgegebenen Erklärung bedeuten (vgl. RGZ. Bd. 86 S. 391). Auf diesen besonderen Grund der Entbehrlichkeit der Vorlesung und Genehmigung kam auch bei einem Teile der bezeichneten Entscheidungen, betreffend die Erklärungen, nicht schreiben zu können und der deutschen Sprache nicht mächtig zu sein, nichts an; nach ihrem Tatbestande waren die Zeugen von Beginn des Aktes an zugegen, und die Entscheidungen gehen nicht dahin, daß die Protokollgenehmigung selbst die erstmalige und einzige Erklärung gewesen sei, sondern sie folgern aus der Genehmigung, daß die Erklärung schon vorher abgegeben war und dies im Protokolle zureichend festgestellt sei (RGZ. Bd. 65 S. 375, Bd. 69 S. 83; Jur. Wochenschr. 1903 Beilage S. 30).

Im vorliegenden Falle handelt es sich nicht um die mündliche Erklärung des letzten Willens, sondern um die mündliche Erklärung,

daß die übergebene Schrift den letzten Willen enthalte. Für keine dieser mündlichen Erklärungen ist eine sakramentale feierliche Form vorgeschrieben (Motive zum Entw. eines BGB. Bd. 5 S. 272; RGZ. Bd. 85 S. 124/126). Die Eheleute Sch. hatten ihren letzten Willen schriftlich niedergelegt, das Schriftstück in einen Umschlag getan, den Umschlag versiegelt und mit der von ihnen unterschriebenen Aufschrift „Unser Testament“ versehen; darauf hatten sie den Beklagten als Notar in ihre Wohnung rufen lassen und ihm in Gegenwart der beiden zugezogenen Zeugen dieses so überschriebene Schriftstück überreicht. Dies alles geht aus dem vorgelesenen, genehmigten und unterzeichneten Protokolle hervor. Aus dem Protokoll erhellt weiter, daß die dem Notar persönlich bekannten Erblasser nicht stumm und nicht am Sprechen verhindert waren; diesfalls wäre die Form des § 2243 gewahrt worden. Daraus ergibt sich als im höchsten Grade unwahrscheinlich, daß die Erblasser bei Überreichung des durch ihre eigenhändige Unterschrift unter der Aufschrift „Unser Testament“ als ihr Testament endgültig bestätigten (Motive a. a. D. S. 273; RGZ. Bd. 86 S. 387) Umschlags völlig geschwiegen haben. Als mündliche Erklärung, dieser Umschlag enthalte ihren letzten Willen, genügte eben wegen der Aufschrift und im Rahmen des von den Erblassern zum Zwecke der Testamenterrichtung herbeigeführten notariellen Aktes das die Überreichung begleitende Wort „Hier“ oder die Antwort „Ja“ auf die Frage des Notars, ob dies ihr letzter Wille sei. Der Sprache mächtige Personen bedienen sich, wie schon im gesellschaftlichen Verkehr, so mehr noch im Rechtsverkehr unwillkürlich zunächst der Sprache als des natürlich gegebenen, sich von selbst ausdrängenden Mittels zum Ausdruck der Meinung und des Willens. Sich bei diesem hochwichtigen Rechtsakte vor dem von ihnen herbeigerufenen Notar und vor den zugezogenen Zeugen auf die Überreichung des Umschlags als auf ein genügendes Zeichen dessen, daß dies ihr letzter Wille sei, zu beschränken, konnte für die Erblasser ein Anlaß gar nicht vorliegen.

Jedoch kann dahin stehen, ob aus dem Wortlaute des Protokolls und aus den mit der Testamenterrichtung in innerem Zusammenhang stehenden Umständen (RGZ. Bd. 86 S. 390) zu folgern ist, daß die Erblasser schon vor der Vorlesung und Genehmigung des Protokolls mündlich erklärt haben, der Umschlag enthalte ihren

letzten Willen. Denn jedenfalls ist durch das Protokoll genügend festgestellt, daß die Erblasser das vorgelesene, die Überreichung des Umschlags als ihres Testaments beurkundende Protokoll durch irgendeine mündliche Erklärung genehmigt haben. Es muß nach der Erfahrung des Lebens als schlechthin ausgeschlossen erachtet werden, daß die Erblasser, falls sie je schon allein die Überreichung des Umschlags wegen der Aufschrift für eine genügende Hindeutung auf den Inhalt des Umschlags als ihres letzten Willens erachtet und darum bei Beginn des Aktes, bei der Überreichung geschwiegen hatten, nun auch bei Beendigung des Aktes völlig schwiegen und die von ihnen jetzt verlangte und laut des Protokolls auch wirklich abgegebene bestimmte Willenserklärung der Protokollgenehmigung nur in stummer Gebärden- oder Zeichensprache abgaben. Nach der Erfahrung des Lebens und nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge ist sicher, daß die Erblasser zum wenigsten ihre Protokollgenehmigung mit dem Munde (RÖB. Bd. 31 S. 227) erklärt haben. Falls sie — was der klägerische Prozeßbevollmächtigte nach dem Protokolle für möglich hält — während des ganzen Aktes schwiegen, dann hätte wegen dieses ungewöhnlichen und befremdenden Verhaltens dem Notar das Bedenken aufsteigen müssen, ob sie nicht am Sprechen verhindert seien. Das Protokoll ergibt aber, daß die tatsächlich nicht stummen und nicht am Sprechen verhinderten, als dem Notar persönlich bekannt bezeichneten Erblasser zu einem solchen Bedenken keinen Anlaß gegeben haben. Also ist durch das Protokoll genügend festgestellt, daß die Erblasser zum wenigsten die im Protokoll als von ihnen abgegeben ausdrücklich beurkundete Willenserklärung, nämlich die Protokollgenehmigung, in der natürlichen, regelmäßigen Weise, nämlich mündlich abgaben.

Die in der mündlich erklärten Genehmigung des vorgelesenen Protokolls liegende mündliche Erklärung der Erblasser, daß der von ihnen überreichte Umschlag ihren letzten Willen enthalte, genügt, um die Form der §§ 2238, 2247 Nr. 3 zu wahren. Die in RÖB. Bd. 85 S. 125/128 für die mündliche Erklärung des letzten Willens selbst gegebene Darlegung trifft für die Erklärung, daß die übergebene Schrift den letzten Willen enthalte, nicht zu. Dort wird auf die Sicherung der sachlichen Willenserklärung des Erblassers abgestellt und darum im Gesetze gefunden, daß die Erklärung zweimal

in zeitlicher Aufeinanderfolge zu Gehör zu bringen sei, einmal durch unmittelbare mündliche Kundgebung von Seiten des Erblassers und sodann auch, um dem Erblasser Gelegenheit zu nochmaliger Überlegung zu geben, von der anderen Seite durch die Vorlesung des Protokolls. Hier aber ist der sachliche Wille des Erblassers schon in einer fertigen Urkunde niedergeschrieben und diese Schrift wird dem Testamentsbeamten, vor dem der Erblasser behufs Testamentserrichtung erscheint, übergeben. Es kann sich also um eine besondere Sicherung gegen Undeutlichkeit und Unsicherheit der allerdings durchaus rechtsgeschäftlichen, aber kurzen und den vom Erblasser gewollten Testamentserrichtungsakt der Vollenbung zuführenden Erklärung „diese übergebene Schrift enthält den letzten Willen“ nicht handeln. Hier muß eine einmalige, klare und unzweideutige Erklärung genügen, und sie erfolgt am klarsten und unzweideutigsten durch mündliche Genehmigung des die übergebene Schrift als den letzten Willen bezeichnenden Protokolls.

Das Protokoll dient überhaupt dazu, das gesprochene Wort in klarer Fassung urkundlich niederzulegen und für die Zukunft festzuhalten. Auch für die mündliche Erklärung des letzten Willens selbst scheint die Genehmigung des vorgelesenen Protokolls weniger auf eine zeitlich nachfolgende Wiederholung der mündlichen Erklärung als auf deren endgültige Klarstellung abzielen. Wenn z. B. ein umfangreicher und verwickelter, viele Einzelheiten enthaltender letzter Wille dem Erblasser von dem Testamentsbeamten abgefragt wird (RGZ. Bd. 86 S. 124/126), so besteht trotz einer summarischen Endbestätigung keine Gewähr dafür, daß der etwa rechtsunkundige oder geistig unbeholfene Erblasser sich des Inhalts und der Bedeutung seiner mündlichen Erklärungen auch wirklich bewußt geworden ist. Dem wird abgeholfen durch die urkundliche Niederlegung im Protokoll und dessen Vorlesung: gerade dadurch erst und durch die Genehmigung des Protokolls wird der mündlich erklärte Wille als ein wirklich gewollter und wirklich erklärter außer Zweifel gesetzt.

Diese Erwägung trifft jedenfalls zu für die mündliche Erklärung, daß die übergebene Schrift den letzten Willen enthalte. Steht diese Erklärung als eine abgegebene im Protokoll oder steht, wie vorliegend, im Protokolle, daß die übergebene Schrift den letzten Willen enthalte, und wird dieses vorgelesene Protokoll mündlich ge-

nehmigt, so hat der Erblasser schon allein durch diese Genehmigung mündlich erklärt, daß die übergebene Schrift seinen letzten Willen enthalte.

Das Testament der Eheleute Sch. vom 5. November 1910 ist darum ein rechtsgültiges.“