

2017 051

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 135/64

URTEIL

Verkündet am

12. Juli 1965
Scheibl, Justiz-
obersekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der E-1 K O
vertreten durch den Kirchenvorstand, dieser vertreten
durch den leitenden Pfarrer Pastor Hans H und
den Postrat a.D. Erich F O, Pstraße,

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

die Ehefrau Annaliese W geb. Wi O
, An der T,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Juli 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bundesrichter Dr. Kreft, Gähtgens, Keßler und Dr. Reinhardt

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Oldenburg vom 19. Juni 1964 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsrechtszuges werden der Beklagten auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Am 28. Februar 1963 verstarb in O [REDACTED] der Kaufmann Hans Wi [REDACTED] (Erblasser). Er hinterließ ein am 23. Februar 1963 vor dem Notar B [REDACTED] errichtetes Testament, das im wesentlichen wie folgt lautet:

"Ich, der unterzeichnete Notar.....
begab mich heute in das Ev. Krankenhaus in O [REDACTED].
Dort traf ich im Zimmer Nr. 116 den mir persönlich
bekannten

Kaufmann Hans Wi [REDACTED].....

an.

Der Angetroffene erklärte, nicht schreiben zu können.
Es wurde daher als Schreibzeuge zugezogen

Herr Dr. med. Klaus T [REDACTED],

der von Person bekannt und während der ganzen Dauer
der Verhandlung zugegen war.

Eine angestellte Unterredung mit dem Angetroffenen
ergab, daß gegen seine Testierfähigkeit keine Bedenken
bestehen.

Herr Wi[REDACTED] bat mich um die Beurkundung einer Verfügung von Todes wegen und erklärte sodann mündlich seinen letzten Willen wie folgt:

Ich setze die ev.-luth. Kirchengemeinde in O[REDACTED] burg zu meiner alleinigen Erbin ein.

Den Wert meines gegenwärtigen Vermögens gebe ich mit 250.000.-- DM an.

Vorstehendes Protokoll ist dem Angetroffenen vorgelesen, von ihm genehmigt und von dem Zeugen wie folgt eigenhändig unterschrieben worden".

Es folgen die Unterschriften des Dr. Klaus T[REDACTED] und des Notars.

Die Klägerin, die zur Hälfte gesetzliche Erbin des Erblassers wäre, hält das Testament für nichtig, weil die Niederschrift von dem Erblasser nicht unterschrieben sei, aber auch nicht die Feststellung enthalte, daß der Notar sich von der Schreibunfähigkeit des Erblassers überzeugt habe (§ 2242 Abs. 3 BGB). Sie hat daher die Feststellung erbeten, daß das Testament nichtig sei.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen; sie ist der Meinung, der Notar habe seiner Überzeugung, daß der Erblasser nicht schreiben könne, in der Urkunde Ausdruck gegeben.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht die Nichtigkeit des Testaments festgestellt. Mit der Revision erbittet die Beklagte wiederum die Abweisung der Klage. Die Klägerin beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Niederschrift über ein öffentliches Testament muß vorgelesen, vom Erblasser genehmigt und von ihm eigen-



händig unterschrieben werden (§ 2242 Abs. 1 BGB).
Kann der Erblasser nach der Überzeugung des beurkundenden Richters oder Notars nicht schreiben, so wird die Unterschrift des Erblassers durch die Feststellung dieser Überzeugung in der Niederschrift ersetzt. In einem solchen Falle muß die Urkundsperson bei dem Vorlesen und der Genehmigung einen Zeugen zuziehen (§ 2242 Abs. 3 BGB).

Hierzu ist in BGHZ 28, 188, 189 und BGHZ 31, 136, 137 ausgeführt: Nach der früheren Fassung des § 2242 Abs. 2 BGB wurde die Unterschrift des Erblassers, wenn er erklärte, nicht schreiben zu können, durch die Feststellung dieser Erklärung in der Niederschrift ersetzt. Die jetzige Fassung beruht auf § 16 Abs. 3 Satz 1 des am 4. August 1938 in Kraft getretenen Testamentsgesetzes und wurde bei der Neufassung der erbrechtlichen Vorschriften im Jahre 1953 wörtlich in das Bürgerliche Gesetzbuch übernommen. Dies bedeutete eine Verschärfung der Formvorschriften; denn es genügte nun nicht mehr die Protokollierung der Erklärung des Erblassers über seine Schreibunfähigkeit, vielmehr muß jetzt der beurkundende Richter oder Notar sich von der Schreibunfähigkeit des Erblassers überzeugen und, wenn er diese Überzeugung gewonnen hat, sie in der Urkunde festhalten. Dem liegt die Erwägung zugrunde, daß die Unterschrift des Erblassers unter Umständen ein wichtiges Beweismittel hinsichtlich der Personengleichheit mit dem Erklärenden bildet. Es soll also tunlichst verhindert werden, daß ein Testator, der zur Unterschriftsleistung in der Lage ist, die Urkunde nicht unterzeichnet. Die Urkundsperson muss deshalb in eine sorgfältige Prüfung eintreten, wenn der Erblasser angeblich nicht schreiben kann. Demzufolge sind an die Feststellung der Überzeugung von der Schreibunfähigkeit in der Niederschrift strenge Anforderungen zu stellen. Hat die Urkundsperson ihre Überzeugung in der Niederschrift nicht ausdrücklich festgestellt, so kommt

es darauf an, ob sich die Feststellung der Überzeugung von der Schreibunfähigkeit dem gesamten Inhalt der Niederschrift zweifelsfrei entnehmen läßt. Umstände, die außerhalb der Urkunde liegen, sind insoweit unbeachtlich (vgl. BGHZ 17, 36, 38).

Diese Grundsätze macht der erkennende Senat sich zu eigen.

2.) Das Berufungsgericht hat nach dem Inhalt der Niederschrift vom 23. Februar 1963 nicht festzustellen vermocht, daß der Notar sich von der Schreibunfähigkeit des Erblassers überzeugt habe und diese Überzeugung in der Niederschrift habe feststellen wollen. Diese Auffassung bindet das Revisionsgericht nicht. Allerdings ist es grundsätzlich Tatfrage, was der Erblasser in einer letztwilligen Verfügung erklärt hat und hat erklären wollen, und die Revision kann die tatrichterliche Auslegung eines Testaments in dieser Richtung nur dann angreifen, wenn sie denkgesetzmäßig nicht möglich ist oder das Berufungsgericht gegen Auslegungsgrundsätze oder Verfahrensvorschriften verstoßen hat (LM zu BGB § 133 B Nr. 1). Hier aber geht es nicht um den Inhalt der letztwilligen Verfügung, sondern allein um die Frage, ob der vom Notar beurkundete Gang der Verhandlung den gesetzlichen Formvorschriften entspricht, d.h. es wird nicht eine Willenserklärung ausgelegt (BGHZ 17, 36, 39), sondern geprüft, ob die notarielle Niederschrift ordnungsmäßig ist (BGHZ 28, 188, 192). Bei der Prüfung dieser Frage ist das Revisionsgericht an die Auffassung des Berufungsgerichts nicht gebunden.

3.) Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

Aus der Tatsache, daß nur ein Zeuge zugezogen und dieser als "Schreibzeuge" bezeichnet worden sei, könne die Feststellung der Überzeugung des Notars von der Schreibunfähigkeit des Erblassers noch nicht entnommen werden. Dem gewählten Wortlaut nach sei der Schreibzeuge zugezogen worden, weil der Erblasser erklärt habe, er könne nicht schreiben; diese Auslegung sei nicht unwahrscheinlich und habe nicht weniger Wahrscheinlichkeit für sich als die Annahme, der Notar habe damit seine Überzeugung von der Schreibunfähigkeit des Erblassers festgestellt. Auch daraus, daß das Testament im Krankenhaus fünf Tage vor dem Tode des Erblassers errichtet, daß ein Arzt als Schreibzeuge hinzugezogen worden und während der ganzen Verhandlung zugegen gewesen sei, folge nicht, daß der Notar mit den in der Niederschrift gewählten Worten seine Überzeugung von der Schreibunfähigkeit des Erblassers festgestellt habe oder auch nur habe feststellen wollen.

Allenfalls könnte die Überzeugung des Notars von der Schreibunfähigkeit des Erblassers bei dem Wortlaut der Niederschrift noch als festgestellt gelten, wenn im übrigen genau nach der Vorschrift in § 2242 Abs. 3 BGB verfahren worden wäre. Das aber treffe nicht zu. Denn die Niederschrift halte fest, daß der Schreibzeuge während der ganzen Verhandlung zugegen gewesen sei, während der Zeuge nach § 2242 Abs. 3 BGB - anders als die nach §§ 2233, 2239 BGB zugezogenen Zeugen - nur bei dem Vorlesen und der Genehmigung der Niederschrift zuzuziehen sei. Das Testament sei daher, da es der gesetzlich vorgeschriebenen Form ermangele, nichtig.

II.

1.) Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß die Unterschrift des Erblassers unter der Urkunde

nur dadurch ersetzt werden kann, daß der Notar seine Überzeugung von der Schreibunfähigkeit in der Niederschrift feststellt. Dabei handelt es sich um eine zwingende Formvorschrift, deren Verletzung die Nichtigkeit des Testaments zur Folge hat (BGB RGRK 11. Aufl. zu § 2242 Anm. 15). Nach allgemeiner Rechtsüberzeugung (vgl. BGB RGRK aaO; Erman BGB 3. Aufl. § 2242 Anm. 6; Staudinger-Firsching BGB 10./11. Aufl. zu § 2242 Anm. 20) ist es jedoch nicht erforderlich, daß die Urkundsperson ihre Überzeugung ausdrücklich mit den Worten des Gesetzes feststellt; es genügt, wenn die Feststellung der Überzeugung aus dem sonstigen Inhalt der Niederschrift hervorgeht, wobei allerdings die Rechtsprechung - angesichts der geschichtlichen Entwicklung und der Bedeutung der Vorschrift - fordert, daß die Niederschrift "eindeutig" (vgl. BGHZ 17, 36, 40; 31, 136, 143) oder "zweifelsfrei" (vgl. BGB RGRK aaO mit Nachweisen; OLG Frankfurt HEZ 1, 34) oder "zwingend" (BGHZ 17, 36, 40) die Feststellung der Überzeugung des Notars ergeben müsse.

Das verkennt die Revision, indem sie darauf abstellen will, daß "genügend Anhaltspunkte" für die Überzeugung des Notars ausreichend seien. Diese Auffassung findet in der von der Revision angeführten Entscheidung in BGHZ 31, 136, 138 keine Stütze; es heißt dort vielmehr, daß die Urkundsperson in eine "besonders sorgfältige Prüfung" eintreten müsse und an die Feststellung der Überzeugung "strenge Anforderungen" zu stellen seien, und schließlich führt auch diese Entscheidung (aaO S. 143) aus, die Feststellung müsse sich "zwingend" und "eindeutig" aus der Niederschrift ergeben. Das Wort "Anhaltspunkt" erscheint aaO S. 144 erst in späterem Zusammenhang, ohne daß dadurch die grundsätzliche Linie abgeschwächt worden wäre. Der Revision kann nicht zugegeben werden, daß damit praktisch nur die ausdrückliche Feststellung als formwährend verbleibe. Freilich muß die Urkundsperson den Formerfordernissen eines öffent-

lichen Testaments Rechnung tragen und die Niederschrift danach einrichten, d.h. die Überzeugung der Urkundsperson von der Schreibunfähigkeit des Erblassers festhalten, wenn dieser nicht selbst unterschreibt. Das braucht nicht mit den Worten des Gesetzes zu geschehen und es sind viele Möglichkeiten denkbar, diese Überzeugung in der Niederschrift festzuhalten. Es kann aber nicht Aufgabe der Rechtsprechung, die ohnedies - wie es in BGHZ 17, 36, 39 heißt - in dieser Frage vielfach bis an "die äußerste Grenze einer weitherzigen Auslegung" und darüber hinaus gegangen ist, sein, die gesetzlichen Formvorschriften völlig aufzuweichen, um ein mögliches Versehen der Urkundsperson, das auch nach mehr als 25-jähriger Geltung der neuen Fassung möglich bleibt, zu decken.

2.) Allerdings sind Sinn und Bedeutung der Neufassung der Vorschrift in den ersten Jahren ihrer Geltung, auch in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, mißverstanden worden. Insoweit kann auf die grundsätzlichen Ausführungen in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 15. März 1955 (BGHZ 17, 36 ff) und die dortige Kritik der bisherigen Rechtsprechung Bezug genommen werden. Der Bundesgerichtshof hat seine Auffassung, daß die Wahrung von Formschriften Klarheit und Eindeutigkeit fordert und deshalb auch an die Einhaltung der Voraussetzungen des § 2242 BGB strenge Anforderungen zu stellen sind, in den Entscheidungen vom 3. Oktober 1958 (BGHZ 28, 188) und vom 30. Oktober 1959 (BGHZ 31, 136) vertieft und ausführlich darlegt. Dem ist die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte - mit einzelnen Ausnahmen (vgl. OLG Hamm JM Bl. NRW 1958, 102) - gefolgt (vergl. OLG Oldenburg Nieders.RPflege 1957, 245; OLG Saarbrücken JBl. Saar 1962, 120). Im Jahre 1963, als das hier fragliche Testament errichtet wurde, hatte sich diese Auffassung durchgesetzt und die Voraussetzungen der Errichtung des Testaments eines

schreibunfähigen Testators konnten einem gewissenhaften Notar nicht unklar sein.

3.) Dem wird die notarielle Niederschrift vom 23. Februar 1963 nicht gerecht.

Die in der Urkunde festgehaltenen Umstände, daß der Erblasser im Krankenhaus lag, daß er erklärte, nicht schreiben zu können, und daß daher ein Schreibzeuge zugezogen wurde, können für sich allein strengen Anforderungen an die Niederlegung der Überzeugung des Notars von der Schreibunfähigkeit des Testators im Protokoll nicht genügen. Denn - wie das Berufungsurteil zutreffend ausführt - wird hier nach dem Wortlaut der Niederschrift die Zuziehung eines Schreibzeugen nicht mit der Überzeugung des Notars von der Schreibunfähigkeit, sondern mit der Erklärung des Erblassers, er könne nicht schreiben, begründet. Die Revision möchte freilich den Vermerk der Niederschrift, der Erblasser sei dem Notar "persönlich bekannt" gewesen, dahin werten, die Persönlichkeit des Erblasser sei dem Notar vertraut gewesen, deshalb habe er seiner Erklärung ohne weiteres glauben können und geglaubt, zumal er ihn im Krankenhaus angetroffen habe und deshalb das Erscheinungsbild des Gesunden und des Kranken habe vergleichen können. Der Senat steht nicht an, der Revision zuzugeben, daß die Dinge sich so verhalten haben können; es vermag jedoch eine eindeutige und zweifelsfreie Festlegung dieser Umstände in der Niederschrift nicht zu sehen. Insbesondere ist nicht eindeutig, daß der Notar, indem er den Erblasser als ihm persönlich bekannt bezeichnete, mehr sagen wollte, als § 2241 a BGB zur Feststellung der Persönlichkeit vorschreibt. Ebenso wenig läßt sich aus dem festgehaltenen Umstand, daß ein Arzt als Schreibzeuge zugezogen wurde, der - wie die Revision meint - eindeutige Schluß ziehen, der Notar habe damit bewußt

seine Überzeugung von der Schreibunfähigkeit des Erblassers ausgedrückt. Es ist zwar - wie die Revision meint - durchaus möglich, daß der Notar die Frage der Schreibunfähigkeit mit dem Arzt erörtert und diesen gerade als Zeugen zugezogen hat, weil er sich durch die Unterhaltung von der Schreibunfähigkeit des Erblassers überzeugt hatte; die Niederschrift aber besagt darüber nichts, und der Schluß ist wohl möglich, aber nicht zwingend. Es verbleibt vielmehr die Möglichkeit, daß der Arzt die einzige als Zeuge greifbare Person war oder daß der Notar etwa seinen Beistand erbat, um für eine etwaige Unpäßlichkeit des Erblassers infolge von Aufregungen, die mit der notariellen Verhandlung verbunden sein konnten, gesichert zu sein.

Auch in ihrer Gesamtheit lassen die aus der Niederschrift ersichtlichen Umstände einen sicheren und zweifelsfreien Schluß auf die Überzeugung des Notars ^{nicht} zu. Allerdings spricht vieles dafür, daß der Notar die krankhafte Veränderung des Erblassers auch in ihren Auswirkungen erkannt und deshalb als sorgfältige Urkundsperson die Testierfähigkeit geprüft und festgestellt hat. Er hat jedoch seine Überzeugung von der Schreibunfähigkeit gerade nicht in der Urkunde festgehalten, obwohl dies angesichts der Feststellung der Testierfähigkeit besonders nahegelegen hätte. So läßt die Niederschrift zur Frage der Schreibunfähigkeit zwar Möglichkeiten und Vermutungen Raum, gibt aber keine Gewißheit.

Unter diesen Umständen reicht der Inhalt der Urkunde nicht aus, um - entgegen ihrem Wortlaut - zweifelsfrei den Schluß zu rechtfertigen, daß der Notar seine Überzeugung von der Schreibunfähigkeit des Erblassers festgestellt habe. Dem Berufungsgericht ist vielmehr darin zuzustimmen, daß das Testament nichtig ist.

Hiernach ist die Revision zurückzuweisen. Die Kosten des erfolglosen Rechtsmittels treffen gemäß § 97 ZPO die Beklagte.

Dr. Pagendarm

Dr. Kreft

Gähtge

Keßler

Dr. Reinhardt