

24

Für das Nachschlagewerk !

Gesetz: § 11 Abs 1 TestG.

Rechtssatz: Der Erblasser kann seinen letzten Willen mündlich nur mit Mitteln der Lautsprache - durch das verständlich gesprochene Wort-, nicht durch Kopfnicken, Gebärden oder sonstige Zeichen erklären. Insoweit ist mit dem Obersten Gerichtshof für die Britische Zone (OGHZ 2,45; 3,383) trotz der in RGZ 161, 378 geäußerten Bedenken an der älteren Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ 85, 125; 108, 400) festzuhalten.

Aktenzeichen: IV ZR 11/50

Urteil vom 21.Mai 1951

OLG Celle

IV ZR 11/50

Verkündet

am 21. Mai 1951
gez. Klett, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle.

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

der Ehefrau Hedwig H. geb. H., I.
, Haus Nr. ,

Beklagten, Berufungs- und Revisionsklägerin
-Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen die Ehefrau Lina R. geb. H., I.
, B. str. ,

Klägerin, Berufungs- und Revisionsbeklagte
- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf
die mündliche Verhandlung vom 7. Mai 1951 unter Mit-
wirkung der Bundesrichter Dr. Lersch, Ascher,
Dr. Hartz, Johannsen und Dr. Kregel
für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil
des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Celle vom 14. Oktober 1949 - 2 U 327/49 - wird
auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Der Oberingenieur i.R. Heinrich H. errichtete am 17. Januar 1945 in seinem Haus in Lorbach vor dem Notar J. aus Osterode zu Nr 13 der Urkundenrolle für 1945 ein Testament (Bl 7 der Akten IV 6/45 des Amtsgerichts Osterode/Harz). In diesem setzte er die Beklagte, mit der er seit dem 5. Oktober 1944 in zweiter Ehe verheiratet war, als Vorerbin, seine beiden Töchter erster Ehe Lina und Margarete, einen unehelichen Sohn seiner Tochter Margarete und die beiden Töchter seiner zweiten Frau aus deren erster Ehe als Nacherben ein. In dem Testament vermerkte der Notar, dass der Erblasser wegen Schlaganfalls nicht schreiben zu können erkläre und zu Bett liege. Er, der Notar, habe daher zwei Testamentszeugen und die Ärztin Dr. med. L. hinzugezogen; letztere habe bekundet, dass der Erblasser geschäfts- und willensfähig sei.

Heinrich H. ist am 19. Januar 1945 gestorben.

Die Klägerin, eine der beiden Töchter erster Ehe des Erblassers, hat behauptet, der Erblasser habe in den letzten Tagen vor der Testamentserrichtung 3 Schlaganfälle gehabt, er sei am 17. Januar 1945 völlig teilnahmslos, geistig nicht klar und nicht mehr in der Lage gewesen, sich mit anderen Personen zu verständigen und zu sprechen. Sie hat im ersten Rechtszuge beantragt,

zu erkennen, dass das Testament nichtig sei.
Die Beklagte hat gebeten, die Klage abzuweisen.



Das Landgericht hat festgestellt, dass das Testament nichtig sei und hierzu ausgeführt: Die Beweisaufnahme habe ergeben, dass der Erblasser während der Testamentserrichtung nicht mehr habe sprechen können und sein Einverständnis mit den Bestimmungen des Testaments nur durch Kopfnicken und Zeichensprache gegeben habe. Er habe sich hiernach nicht mündlich geäußert und somit die zwingende Formvorschrift des § 11 TestG nicht eingehalten.

Die Beklagte hat Berufung eingelegt und vorgetragen, der Erblasser habe dem Notar schon am 6. Januar 1945 in groben Zügen den Inhalt seines Testaments mitgeteilt; er habe der Beklagten am 10. Januar 1945 einen Testamentsentwurf diktiert, der im wesentlichen mit dem Testament vom 17. Januar 1945 übereinstimme; er habe also zweifelsfrei den Willen gehabt, ein Testament mit dem Inhalt des Testaments vom 17. Januar 1945 zu errichten. Diesen Willen habe er auch mündlich erklärt, wobei diese Erklärung am 6. Januar 1945 begonnen habe und am 17. Januar 1945 nach Verlesung der Niederschrift durch Jasagen abgeschlossen worden sei. Im letztgenannten Zeitpunkt habe er seine Zustimmung mindestens durch Gebärden oder Kopfnicken unmissverständlich ausgedrückt. Dies müsse einem gesprochenen "Ja" gleichgeachtet werden.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung nach erneuter Beweisaufnahme im wesentlichen aus den Gründen des landgerichtlichen Urteils zurückgewiesen. Die Beklagte hat Revision eingelegt. Sie rügt Verletzung des § 11. TestG und bittet unter Änderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen, hilfsweise die Sache zur

anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Die Klägerin beantragt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist zulässig, jedoch unbegründet.

Nach den mit der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Oberlandesgerichts hat der Erblasser bei der Errichtung des Testaments am 17. Januar 1945 kein Wort gesprochen, sondern allenfalls bei der Erörterung der einzelnen Bestimmungen und möglicherweise auch, nachdem der Notar die Niederschrift verlesen hatte, mit dem Kopfe genickt sowie während der Verhandlung einige Male unverständlich gelallt. Bei dieser Sachlage sind die Voraussetzungen des § 11 Abs 1 TestG, wie Landgericht und Oberlandesgericht zutreffend ausgeführt haben, nicht erfüllt, da der Erblasser seinen letzten Willen nicht mündlich, d.h. nicht in der Lautsprache erklärt hat.

Das Erfordernis der mündlichen Erklärung ist schon in § 2238 BGB aufgestellt und in § 11 TestG beibehalten worden.

Nach der älteren Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ 85, 125 f; 108, 400) kann diese mündliche Erklärung nur durch lautliche Bildung von Worten abgegeben werden. Daran ist festzuhalten. Die Revision hat demgegenüber auf die Zweifel hingewiesen, die das Reichsgericht in einer Entscheidung vom 16. Oktober 1939 (RGZ 161, 378 [382]) erhoben hat. In dieser Entscheidung ist ausgeführt, nach fester bisheriger Recht-

sprechung erfordere der Begriff der "mündlichen Erklärung" in § 2238 BGB, dass der Erblasser den letzten Willen durch gesprochene, den mitwirkenden Personen verständliche Worte kundgebe; blosse Zeichen oder Gebärden wie Kopfnicken oder Schütteln reichten dazu nicht aus. Es sei zu erwägen, ob das Erfordernis der mündlichen Erklärung möglicherweise als Form der Testamentserrichtung vom Gesetzgeber nur als Gegensatz zur Testamentserrichtung durch Übergabe einer Schrift gemeint sei; vielleicht müsse deshalb eine mündliche Erklärung in diesem Sinne unter Umständen auch dann angenommen werden, 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 habe.

Das Reichsgericht hat die von ihm aufgeworfene Frage jedoch für seinen Fall nicht abschliessend zu entscheiden brauchen. Bei näherer Prüfung ist sie zu verneinen. Das folgt schon aus dem Wortlaut der streitigen Bestimmung. Würde § 11 TestG verlangen, dass der Erblasser seinen letzten Willen "durch Sprechen" erklärt, dann würde die Frage, ob in diesem Zusammenhange die Zeichensprache der Lautsprache gleichgesetzt werden kann, vielleicht näher liegen, wenngleich auch unter "sprechen"

gemeinhin der Gebrauch der Lautsprache, nicht jedoch das Verwenden von Gebärden und Zeichen verstanden wird. Der Wortlaut des § 11 TestG erfordert jedoch eine mündliche Erklärung, also eindeutig eine Mitteilung mit dem Munde. Diesem Wortlaut würde Gewalt angetan, wenn man annehmen wollte, der Erblasser, der seine Zustimmung durch Kopfnicken, Gebärden oder sonstige Zeichen zu erkennen gebe, habe damit seinen letzten Willen "mündlich" erklärt. Auch die Entstehungsgeschichte des § 11 spricht gegen eine zu weitherzige Auslegung. Angesichts der feststehenden Rechtsprechung hätte es nahegelegen, das 1938 erlassene TestG in seiner Fassung gegenüber dem § 2238 BGB zu ändern, wenn der Gesetzgeber eine Erklärung durch Zeichen oder Gebärden als eine zuverlässige Kundgabe des letzten Willens hätte ansehen wollen. Der an den Vorarbeiten zum TestG wesentlich beteiligte Erbrechtsausschuss (ERA) der Akademie für deutsches Recht wollte die Formvorschriften für die Testamentserrichtung dem FGG anpassen, das an die Art der Erklärung der Beteiligten keine besonderen Anforderungen stellt; er wollte sich - wie das Schweizer Recht (Schw ZGB Art 500) - mit der "Mitteilung" des letzten Willens begnügen. Der ERA erklärte ausdrücklich, es sei eine untergeordnete Frage, in welcher Form sich beim offen errichteten Testament die Verständigung zwischen dem Beurkundenden und dem Erblasser vollziehe; er lege kein entscheidendes Gewicht darauf, dass die Verständigung gerade

mündlich erfolge (vgl. Arbeitsberichte der AkDR Heft Nr 4, Das Recht des Testaments, 1. Denkschrift des ERA der AKDR, S 36, 64, 65, 69/70). Der Gesetzgeber hat es jedoch aus Sorge um eine eindeutige Übermittlung des letzten Willens an den Beurkundenden abgelehnt, diesen Vorschlägen zu folgen (Lange in ZAkDR 1938, 579 Ziff II 4). Aus diesen Erwägungen des Gesetzgebers ergibt sich jedenfalls, dass nur die engere, an dem Wortlaut festhaltende Auslegung dem Gesetz gerecht wird. Sie allein genügt aber auch bei allem Bemühen, die Testamentserrichtung zu erleichtern, mit Rücksicht auf die einschneidende Bedeutung, die das Testament für die Rechtsbeziehungen aller Beteiligten hat, der nach wie vor gegebenen Notwendigkeit, ein bestimmtes Mindestmass an Formen einzuhalten, wenn auch nicht alle Gründe, die den Gesetzgeber von 1938 von der weiteren Lockerung der Formenstrenge abgehalten haben, heute noch Bedeutung haben. Wenn die Rechtsprechung im Rahmen des § 11 TestG die

- Verwendung eines nach Angaben dritter Personen gefertigten Entwurfs für zulässig und es für genügend erklärt hat, dass der Erblasser zu einem ihm verlesenen Testamentsentwurf "Ja" sagt (RGZ 161, 378; OGHZ 2, 45 [48/49]), dann ist damit die Grenze dessen erreicht, was aus Gründen der Klarheit und Sicherheit im Rechtsleben in Kauf genommen werden kann. Gebärden und Zeichen, auch ein Kopfnicken, können ein klares "Ja" nicht ersetzen. Sie können nicht so deutlich wahrgenommen werden wie das gesprochene Wort. 722

Das hat sich gerade im vorliegenden Falle gezeigt. Die beiden Testamentszeugen, die Zeugen A und L haben bekunden müssen, sie wüssten nicht, ob der Erblasser, nachdem der Testamentsentwurf vorgelesen worden sei, seine Zustimmung irgendwie, insbesondere durch Kopfnicken, ausgedrückt habe. Gebärden und Zeichen sind, auch soweit sie von den Anwesenden wahrgenommen werden, ein unzuverlässiges Verständigungsmittel. Sie lassen einen viel breiteren Raum für Missverständnisse als das gesprochene Wort. Sie erschweren der Urkundsperson die Nachprüfung, ob der Beteiligte dem Beurkundungsvorgang überhaupt gefolgt ist, und noch mehr die Feststellung, ob die Beurkundung seinem Willen entspricht. So kann ein Kopfnicken ein rein mechanischer, vom Willen des Beteiligten völlig gelöster Vorgang sein. Das kann besonders dann der Fall sein, wenn ein Testament -wie hier- kurz vor dem Tode des Erblassers beurkundet wird. Ein Kopfnicken kann unter solchen Umständen auch nur eine Geste der Ermüdung oder ein Zeichen des Verstehens sein, ohne gleichzeitig noch eine Zustimmung zu den vorgelesenen Verfügungen auszudrücken, während selbst ein einsilbiges Ja wenigstens eine Willensäußerung erkennen lassen wird, der der Erblasser durch ein kurzes Aber eine wenigstens andeutende Einschränkung folgen lassen könnte.

Mit Zeichen lässt sich der Wille zu Einschränkungen mit hinreichender Deutlichkeit nicht zum Ausdruck bringen.

Entgegen den Ausführungen der Revision hat übrigens auch der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone den Standpunkt der älteren Rechtsprechung des Reichsgerichts geteilt. Wenn die Revision meint, die vom Oberlandesgericht zitierte Entscheidung vom 12. Mai 1949 (OGHZ 2, 45) stelle entscheidend darauf ab, ob die vom Erblasser gegebene Erklärung verständlich gewesen, nicht darauf, ob sie mit Mitteln der Lautsprache abgegeben worden sei, so trifft das schon nach dem Wortlaut dieser Entscheidung nicht zu. Denn der Oberste Gerichtshof spricht an einer Stelle eindeutig von dem "Mindestanfordernis des Jasagens" (aaO S 50). Nach eindeutiger ergibt sich diese Auffassung des Obersten Gerichtshofs (für § 2238 BGB) aus seiner Entscheidung vom 11. Mai 1950 (OGHZ 3, 383 [387/388_7]). Auch nach dieser ist für die geforderte mündliche Erklärung unerlässlich, dass der Erblasser sprechen kann und sich durch Sprechen verständigt (ebenso Kipp, Erbrecht (8. Aufl.), S. 53; Vogels-Seybold, 4. Aufl., Anm 4 zu § 11 TestG; Palandt, 9. Aufl., Anm 3 zu § 11 TestG). In der ausführlichen Stellungnahme zu RGZ 161, 378 im RGR-Komm Anm 3 zu § 11 TestG ist zutreffend erwogen, dass es ein widersinniges Ergebnis wäre, den Erblasser, der nicht sprechen kann, auf die Möglichkeit zu beschränken, sein Testament durch Übergabe einer Schrift

zu errichten (§ 17 TestG) und ihm die Erklärung durch
Gebärden zu verwehren, sie demjenigen aber, der nicht
sprechen will, zu gestatten. Ist der Erblasser durch
die Todesnähe schon so geschwächt, dass er nicht mehr
sprechen kann, so hat § 17 unmittelbar Anwendung zu fin-
den. Will er aber nicht mehr sprechen, so kann auch da
die Zeichengebung eben aus dem Grunde der erforderlichen
Unmissverständlichkeit der Testierung nicht anders ge-
wertet werden als in den Fällen des § 17, in denen sie
das Gesetz für ungenügend zur Testamentserrichtung
abgelehnt hat.

Unbehelflich ist schliesslich die Meinung der
Revisionsklägerin, der Erblasser habe seinen Willen da-
durch mündlich erklärt, dass die Erklärung am 6. Januar
begonnen und am 17. Januar abgeschlossen worden sei.
Sie behauptet nicht, dass die Zeugen schon an den Vor-
tagen zugegen gewesen seien, was nach § 12 TestG er-
forderlich gewesen wäre. Es kann sich also deshalb
nur um Vorbesprechungen ohne verbindliche Kraft gehan-
delt haben.

Die Revision war daher mit der Kostenfolge aus
§ 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Lersch

Ascher

Dr. Hartz

Johannsen

Kregel