

Gutachten des Deutschen Notarinstituts

Abruf-Nr.: **149145**

letzte Aktualisierung: **1. August 2016**

BeurkG §§ 44, 34

Nachträgliche Heftung eines in die amtliche Verwahrung gegebenen Testaments; Austausch von einzelnen Seiten; Nachtragsvermerk

I. Sachverhalt

Nach jeweils ordnungsgemäßer Beurkundung eines Testamente und der Beurkundung eines Erbscheinsantrags mit jeweils unterschiedlichen Beteiligten im Jahre 2013 wurden die beiden Urkunden falsch geheftet: Die letzte Seite der Urkunden mit den Unterschriften wurde vertauscht. Das Testament wurde mit der letzten Seite des Erbscheinsantrags, der Erbscheinsantrag mit der letzten Seite des Testaments verbunden. Das falsch geheftete Testament wurde im Umschlag verschlossen und in der Form in die amtliche Verwahrung beim Amtsgericht gebracht. Der Fehler trat nun nach der Eröffnung des Testaments und dem Tod des Erblassers zu Tage. Die in den Handakten/Urkundensammlung befindlichen beglaubigten Abschriften und gefertigten Scans der Urkunden sind richtig.

II. Fragen

1. Ist es zulässig, die letzte Seite des sich in der Urkundensammlung des Notars befindlichen Erbscheinsantrags, enthaltend die Original-Unterschrift des Erblassers, von dem Erbscheinsantrag zu trennen und mit den ersten zwei (ggf. neu ausgedruckten oder von der beglaubigten Abschrift kopierten) Seiten des Testaments zu verbinden?
2. Entsteht dadurch eine Urschrift des Testaments oder ist die falsche Urkunde, die im verschlossenen Umschlag beim Amtsgericht eingereicht wurde, die Urschrift?

III. Zur Rechtslage

1. Wirksamkeit der Urkunden

Nach dem mitgeteilten Sachverhalt wurde das Testament vom Notar verlesen und von ihm sowie den Beteiligten unterzeichnet. Es ist daher formell wirksam errichtet. Dass die Niederschrift nicht ordnungsgemäß gem. § 44 BeurkG geheftet wurde, ändert an der Wirksamkeit des Testaments nichts. § 44 BeurkG ist nur eine „Soll“-Vorschrift. Die **Niederschrift** ist trotz falscher Heftung **wirksam** errichtet (vgl. BGH DStR 1997, 1997, 1980, 1982; Preuß, in: Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG/DONot, 7. Aufl. 2015, § 44 BeurkG Rn. 6; Staudinger/Hertel, BGB, Neubearb. 2012, Vor §§ 127a und 128 (BeurkG) Rn. 631; Weingärtner, in: Weingärtner/Gassen DONot, 12. Aufl. 2013, § 30 Rn. 2; Winkler, BeurkG, 17 Aufl. 2013, § 44 Rn. 11). Allerdings können Verstöße gegen § 44 BeurkG zu einer **Beeinträchtigung**

des **Beweiswerts** der Urkunde führen (BGH DNotZ 2011, 544 Tz. 11; Preuß, a. a. O.; Gutachten DNotI-Report 2005, 129; Gutachten DNotI-Report 2014, 27 f.; Eylmann/Vaasen/Limmer, BNotO/BeurkG, 3. Aufl. 2011, § 44 BeurkG Rn. 1; Staudinger/Hertel, a. a. O.).

2. Pflicht zur Korrektur der falschen Heftung

Der Notar hat grundsätzlich die Pflicht, die falsche Heftung nachträglich zu korrigieren und die Seiten der Urschrift richtig zu heften (BeckOGK/Regler, Std.: 10.10.2015, § 44 BeurkG Rn. 21; Preuß, § 44 BeurkG Rn. 6; Winkler, § 44 Rn. 11). Eine Korrektur ist freilich nur möglich, wenn sich der Notar sicher ist, um welche Niederschriften es sich handelt und dass diese vollständig verlesen wurden (vgl. Winkler, a. a. O.). Im vorliegenden Fall dürfte mit hinreichender Sicherheit feststehen, dass die Niederschrift ordnungsgemäß errichtet und die Blätter lediglich versehentlich vertauscht wurden. Der Notar ist in diesem Fall verpflichtet, Schnur und Siegel zu lösen und die **Blätter auszutauschen** (vgl. BeckOGK/Regler, a. a. O.; Winkler, a. a. O.; Weingärtner, § 30 Rn. 2; Eickelberg, in: Armbrüster/Preuß/Renner, § 30 DONot Rn. 8). Ob der Notar den Austausch der Blätter auf der **Urschrift vermerken** muss oder dies bloß unter Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten geboten sein kann, ist umstritten (für Ersteres Winkler, § 44 Rn. 12; für Letzteres Heinemann, in: Grziwotz/Heinemann, BeurkG, 2. Aufl. 2015, § 44 Rn. 15).

3. Besonderheiten bei Niederschrift in amtlicher Verwahrung

Da sich das Testament in der amtlichen Verwahrung befindet, erscheint jedoch zweifelhaft, ob ein nachträgliches Heften der Seite mit der Unterschrift an das Testament noch in Betracht kommt. Denn der Notar selbst kann nach Abgabe eines Testaments bzw. Erbvertrags in die amtliche Verwahrung dessen Rückgabe nicht mehr verlangen, da er keinerlei Rechte an der Urkunde hat (Staudinger/Baumann, BGB, Neubearb. 2012, § 2256 BGB Rn. 12; Winkler, § 44 Rn. 13). Eine Rückgabe wäre nur auf Verlangen des Erblassers nach § 2256 BGB möglich; dies würde aber als Aufhebung bzw. Widerruf der Verfügungen von Todes wegen wirken. Davon abgesehen scheidet im vorliegenden Fall eine Rückgabe ohnehin aus, da der Erblasser mittlerweile verstorben ist.

Die Literatur hat sich mit der Problematik, wie in der vorliegenden Fallkonstellation zu verfahren ist, nur vereinzelt beschäftigt. Sie bezieht sich dabei auf den **Fall**, dass das **Testament** in die amtliche Verwahrung gegeben, aber **noch nicht eröffnet** wurde.

Teilweise schlägt die Literatur vor, dass der Notar „zumindest“ **vollständige Ausfertigungen** des Testaments mit den **richtigen Seiten** erstellt und eine Ausfertigung beim Nachlassgericht einreicht. Auch sei es sinnvoll, die Beteiligten über den geminderten Beweiswert des Testaments hinzuweisen, sodass ggf. auch eine Neubeurkundung erwogen werden könne (Winkler, § 44 Rn. 13).

Ein anderer Lösungsvorschlag sieht vor, dass die **Neuheftung** der vertauschten Seiten im **Beisein einer Urkundsperson des Nachlassgerichts** vorgenommen wird. Diese soll über den Austausch der Seiten einen Vermerk aufnehmen (Heinemann, § 44 Rn. 16, § 34 Rn. 20). Diese Auffassung beruft sich darauf, dass die **Beteiligten ein eigenes Recht zur Einsichtnahme** hätten und den Notar insoweit hinzuziehen könnten.

4. Stellungnahme

a) Nachträgliche Übersendung des Blattes nebst vollständiger Ausfertigung an das Nachlassgericht

Unseres Erachtens kann der Notar zumindest die versehentlich nicht zur **Urschrift geheftete Seite** dem Nachlassgericht **nachträglich noch zur Verwahrung einreichen**. Mit der nachgereichten Seite der Urschrift kann er eine amtliche Feststellung verbinden, die er als **Vermerk** i. S. d. §§ 39 ff. BeurkG auch siegeln kann. Dies ist zwar kein Fall des § 44a Abs. 2 BeurkG. Denn am Inhalt der Urkunde wird nichts nach Abschluss der Beurkundungsverhandlung geändert, sondern es wird lediglich eine Feststellung über die versehentlich unterlassene Mitheftung getroffen (bzw. bei Auflösung der ursprünglichen Heftung und Neuheftung diese nachgeholt, sofern die Urschrift sich noch in der Verwahrung des Notars befindet). Ein derartiger Vermerk ist aber nach allgemeinen Grundsätzen der §§ 39 ff. BeurkG möglich. Denn es handelt sich dabei um **eine amtliche Wahrnehmung** des Notars, für deren Feststellung ein einfacher Vermerk mit Siegel genügt. Es dürfte sich empfehlen, den Vermerk möglichst genau zu fassen, um den nachträglichen Austausch der Seiten plausibel zu erklären und den Beweiswert der öffentlichen Urkunde zu stärken. Ggf. kann sich auch anbieten, zusätzlich eine beglaubigte Abschrift der im Notariat noch vorhandenen beglaubigten Abschrift des Testaments zu fertigen und an das Nachlassgericht zu übersenden.

Außerdem wird der Notar eine nunmehr richtig unter Einschluss der fehlenden Seite erstellte **Ausfertigung** einreichen können (Winkler, § 44 Rn. 11). Hiergegen spricht zwar, dass der Notar nur über eine beglaubigte Abschrift in seiner Urkundensammlung verfügt und ihm keine Urschrift mehr vorliegt, anhand der er die Ausfertigung erteilen kann (so Heinemann, § 44 Rn. 16). Allerdings kann der Notar ggf. auch keine vollständige beglaubigte Abschrift mehr erteilen, wenn auch die beglaubigte Abschrift falsch ist. Dann käme eine nachträgliche Korrektur nicht mehr in Betracht. Für die Erteilung einer Ausfertigung genügt es u. E., dass der Notar sicher bestätigen kann, dass die Ausfertigung mit der Urschrift übereinstimmt (vgl. § 49 Abs. 2 S. 1 BeurkG). Maßgebliche Niederschrift und Urschrift sind die **gemeinsam verlesenen Blätter** der Niederschrift. Dass sie nachträglich vertauscht wurden, ändert am Bestand der Niederschrift nichts (so auch Winkler, § 44 Rn. 11).

Die Seite der Urschrift kann der Notar u. E. mit dem angesiegelten Vermerk sowie der neuen vollständigen richtigen Ausfertigung zusammen dem Nachlassgericht zur besonderen amtlichen Verwahrung nach §§ 34 Abs. 2 BeurkG geben. Bisher hat der Notar seiner Ablieferungspflicht nämlich noch nicht (vollständig) Genüge getan.

Sinnvollerweise sollte der Notar dabei das Amtsgericht bitten, die ursprünglich überstande unvollständige Urschrift und den nachübersandten fehlenden Teil (samt der berechtigten Ausfertigung) gemeinsam zu verwahren (natürlich beide jeweils in verschlossenem Umschlag). Ggf. kann der Notar dieses doch etwas ungewöhnliche Vorgehen auch vorab mit dem zuständigen Nachlassgericht besprechen.

Unseres Erachtens ist dieses Vorgehen auch möglich, wenn es – so wie im vorliegenden Fall – bereits zur Eröffnung des Testaments gekommen ist.

b) Ersetzung der Urschrift

Eine Ersetzung der Urschrift des Testaments nach § 46 BeurkG dürfte nicht möglich sein, da sich die Urschrift in der amtlichen Verwahrung des Nachlassgerichts befindet und der Notar nicht mehr die Kompetenz haben dürfte, die sich im Zuständigkeitsbereich des Nachlassgerichts befindende Urschrift zu ersetzen.

c) Einsichtnahme beim Nachlassgericht und Vertauschung der Seiten

Der Erblasser hat die Möglichkeit, in das in Verwahrung gegebene Testament Einsicht zu nehmen und kann hierzu auch einen Dritten bevollmächtigen (Soergel/J. Mayer, BGB, 13. Aufl. 2003, § 2264 Rn. 12; Keidel/Zimmermann, FamFG, 18. Aufl. 2014, § 346 Rn. 20). Die Einsichtnahme gilt nicht als Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung i. S. v. § 2256 BGB (vgl. Keidel/Zimmermann, a. a. O.). Im vorliegenden Fall ist der Erblasser jedoch verstorben. Der Notar ist nicht Beteiligter des Eröffnungsverfahrens i. S. v. § 345 Abs. 3 FamFG und könnte daher nur auf entsprechende Bevollmächtigung eines Beteiligten hinzugezogen werden.

Ob der Notar nicht nur Einsicht nehmen, sondern auch die beim Nachlassgericht Seiten des Testaments unter Brechung des Siegels austauschen kann, ist aus unserer Sicht sehr zweifelhaft. Denn damit würde der Notar in die **Körperlichkeit** der Urkunde, die sich in der Verwahrung des Nachlassgerichts befindet, eingreifen. Dies würde aber die Verwahrung der eingereichten Urkunde berühren und über die Befugnisse des den Notar bevollmächtigenden Vollmachtgebers hinausgehen. Der Notar ist in seiner Eigenschaft als öffentlicher Amtsträger nicht mehr dafür zuständig, ein in der amtlichen Verwahrung des Nachlassgerichts befindliches Dokument in seiner Zusammensetzung zu beeinträchtigen. Außerdem ist zu beachten, dass der Austausch der Seiten in den Nachlassakten möglichst vollständig und lückenlos dokumentiert sein sollte. Um den Beweiswert der Urkunden beurteilen zu können, sollte die beim Nachlassgericht eingereichte Urschrift mit der vermeintlich falschen Seite bei diesem verbleiben. Es kommt hinzu, dass die Verfügung mit der falschen Seite im vorliegenden Fall bereits eröffnet wurde. Das eröffnete Dokument kann aber nicht herausgegeben werden (Keidel/Zimmermann, § 348 Rn. 73 f.).

Sollte sich das Nachlassgericht auf ein entsprechendes Verfahren einlassen, dürfte dies jedoch die Wirksamkeit der Urkunde nicht gefährden und auch nicht als Rücknahme aus der Verwahrung anzusehen sein (Heinemann, § 44 Rn. 16; evtl. anders Winkler, § 44 Rn. 13).

d) Testamentseröffnung

Reicht der Notar nunmehr die richtige Ausfertigung beim Nachlassgericht ein, ist die Ausfertigung in die einfache amtliche Verwahrung zu nehmen. Die Ausfertigung wird in die Nachlassakte eingehetzt (Keidel/Zimmermann, § 346 Rn. 4). Nach § 348 Abs. 1 FamFG werden auch Verfügungen eröffnet, die sich in der einfachen amtlichen Verwahrung des Nachlassgerichts befanden (Keidel/Zimmermann, § 348 Rn. 10). Es besteht auch die Möglichkeit, eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des Originals zu eröffnen, wenn das Original nicht mehr beschaffbar ist (Keidel/Zimmermann, § 348 Rn. 15).

e) Erbscheinsantrag

Abschließend ist zu klären, wie der Notar im Hinblick auf den Erbscheinsantrag verfahren sollte. Nach der hier vertretenen Auffassung ist es nicht möglich, dass der Notar die letzte Seite des Erbscheinsantrags aus dem in amtlicher Verwahrung befindlichen Testament entfernen kann. Das hat zur Folge, dass die Seite des in der Verwahrung des Notars befindlichen Erbscheinsantrags fehlt. Unseres Erachtens ist es jedoch möglich, nach § 46 BeurkG die nicht vollständige Urschrift aufgrund einer beglaubigten Abschrift zu ersetzen. Die Urschrift ist zwar noch existent, da die letzte Seite des Erbscheinsantrags noch besteht. Sie befindet sich jedoch dauerhaft in der amtlichen Verwahrung des Nachlassgerichts und kann nicht mehr in die Urkundensammlung des Notars gelangen. Für ein Abhandenkommen i. S. v. § 46 BeurkG genügt es jedoch, dass die Urschrift nicht mehr bei der für die Erteilung der Ausfertigung zuständigen Stelle verfügbar ist. Demzufolge dürfte im Hinblick auf die beim Notar verwahrte Urschrift des Erbscheinsantrags ein Fall des § 46 BeurkG vorliegen.