

# Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

## BGB § 2231; BeurkG § 30

### Beurkundung eines Testaments oder Erbvertrags durch Übergabe einer offenen Schrift; Beurkundungsverfahren; notwendige Unterzeichnung des Erblassers

#### I. Sachverhalt

Der Notar soll in einem Pflegeheim vor Ort das Testament eines betagten Heimbewohners beurkunden. Es besteht beim Erblasser der Verdacht auf eine Infektion mit dem Corona-Virus. Die Beurkundung des Testaments soll durch Übergabe einer offenen Schrift erfolgen. Dem liegt ein notarieller Entwurf zugrunde, den der Notar im Vorfeld mit dem Heimbewohner ausführlich telefonisch erörtert hat.

#### II. Frage

Was hat der Notar verfahrensrechtlich bei der Beurkundung des Testaments zu beachten? Speziell: Handelt es sich bei der vom Notar anzufertigenden Urkunde um eine Tatsachenbescheinigung oder um eine Niederschrift i. S. d. §§ 8 ff. BeurkG, die auch vom Erblasser zu unterzeichnen ist?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Errichtung eines öffentlichen Testaments/Erbvertrags durch Übergabe einer Schrift

Ein öffentliches Testament kann grundsätzlich nur durch den Notar errichtet werden. Üblicherweise geschieht dies durch mündliche Erklärung gegenüber dem Notar und Anfertigung einer Niederschrift hierüber (§ 2232 S. 1 Alt. 1 BGB). Als alternative Errichtungsform sieht § 2232 S. 1 Alt. 2 BGB die Übergabe einer Schrift des Erblassers mit der Erklärung vor, dass diese seinen letzten Willen enthalte. Dabei kann die Schrift nach § 2232 S. 2 BGB **offen** oder **verschlossen** übergeben werden. § 2232 BGB gilt über den Verweis in § 2276 Abs. 1 S. 2 BGB gleichermaßen für die Errichtung eines Erbvertrags. Beim Erbvertrag ist es sogar möglich, dass nur die Willenserklärung des einen Teils durch Übergabe einer Schrift erfolgt, während der andere Vertragsteil seine Willenserklärung mündlich gegenüber dem Notar abgibt (BeckOGK-BGB/Röhl, Std.: 1.3.2020, § 2276 Rn. 4; Staudinger/Kanzleiter, BGB, 2019, § 2276 Rn. 5).

Die **Schrift** braucht vom Erblasser nicht selbst (eigentlich oder sonst) geschrieben oder unterschrieben sein

(vgl. § 2232 S. 2 Hs. 2 BGB). Sie muss auch nicht mit Orts- oder Datumsangabe versehen sein. Die Schrift kann auch von einem Dritten, beispielsweise dem Urkundsnotar, entworfen sein (vgl. Palandt/Weidlich, BGB, 79. Aufl. 2020, § 2232 Rn. 3 m. w. N.). Die Schrift kann ferner in Maschinen-, Kurz-, oder Blindenschrift oder in fremden Schriftzeichen in jeder lebenden oder toten Sprache verfasst sein, sofern nur der Erblasser die Schrift kennt und entziffern kann (Keim, in: Beck'sches Formularbuch Erbrecht, 4. Aufl. 2019, B II 3 Anm. 5; Palandt/Weidlich, § 2232 Rn. 3). Keine „Schrift“ liegt dagegen vor, wenn der Wille in einem anderen Speichermedium, wie z. B. gesprochen auf einem Tonträger oder gespeichert auf einem elektronischen Datenträger (USB-Stick, CD-Rom, usw.) enthalten ist (Burandt/Rojahn/Egerland, Erbrecht, 3. Aufl. 2019, § 30 BeurkG Rn. 8; BeckOK-BGB/Litzenburger, Std.: 1.2.2020, § 2232 Rn. 13).

Bislang hat die Beurkundung eines öffentlichen Testaments durch Übergabe einer Schrift **in der Praxis keine bedeutende Rolle** erlangt (vgl. nur BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, Std.: 1.1.2020, § 30 Rn. 1). Dieses Beurkundungsverfahren kann sich aber beispielsweise anbieten, wenn die Verfügung von Todes wegen von einem anderen Berater als dem Notar verfasst wurde, sie sehr umfangreich ist oder der Testator schwerkrank (aber noch testierfähig) ist, und er sich einer Vertrauensperson bedient, die die Schrift entweder selbst verfasst hat oder ihm dabei behilflich war (Keim, B II 3 Anm. 1). In Frage kommt diese Beurkundungsform auch bei sprachunkundigen Ausländern oder in Fällen, in denen etwa die als Zeuge hinzugezogene Person vom Inhalt der Verfügung von Todes wegen keine Kenntnis erhalten soll (Keim, B II 3 Anm. 1; BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, § 30 Rn. 1, 12). Dies ergibt sich daraus, dass bei dieser Beurkundungsform eine Verlesung der vom Erblasser offen übergebenen Schrift nicht erforderlich ist (vgl. § 30 Abs. 5 Hs. 2 BeurkG).

Auch im Zusammenhang mit der aktuellen Corona-Krise wird von Seiten der Notarkammern z. T. wegen des Infektionsrisikos auf die Möglichkeit der Beurkundung von Testamenten durch Übergabe einer offenen Schrift hingewiesen, die der Notar formuliert und dem Beteiligten vorab (z. B. elektronisch) übermittelt haben kann. Hierdurch könnte ggf. eine Verkürzung des Kontakts des Notars mit dem Beteiligten während der anschließenden Beurkundung und die Gefahr einer Ansteckung des Notars verringert werden.

##### 2. Beurkundungsverfahren

Das Beurkundungsverfahren regelt § 30 BeurkG (i. V. m. den allgemeinen Vorschriften).

Bei der offen übergebenen Schrift soll der Notar vom Inhalt Kenntnis nehmen, sofern er der Sprache, in der die Schrift verfasst ist, hinreichend kundig ist (§ 30 S. 4 BeurkG). Aus der dort enthaltenen Verweisung auf § 17 BeurkG folgt ferner, dass der Notar die ihm offen übergebene Schrift nicht nur lesen soll, sondern er diese auch auf ihre **Rechtswirksamkeit prüfen** und wie bei einer selbst verfassten Verfügung **belehren** muss (BGH DNotZ 1974, 296, 297; Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 30 Rn. 8; Keim, B II 3 Anm. 4; BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, § 30 Rn. 6, 10). Damit bestehen bei der Errichtung eines Testaments durch eine offene Schrift, abgesehen von der Formulierungspflicht des Notars, die **gleichen Pflichten des Notars wie bei der Testamentserrichtung durch Erklärung** (BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, § 30 Rn. 6; anders wäre dies nur beim Verfahren der Testamentserrichtung durch Übergabe einer verschlossenen Schrift, bei der der Notar keine Prüfungs- und Belehrungspflicht hinsichtlich des Inhalts trifft, die fehlende sachkundige Betreuung durch den Notar aber wiederum auch zahlreiche Risiken birgt).

Bei Errichtung des öffentlichen Testaments durch Übergabe einer offenen Schrift bedarf es – wie oben bereits erwähnt – keiner Verlesung der Schrift (§ 30 S. 5 BeurkG). Insoweit unterscheidet sich diese Form der Errichtung eines öffentlichen Testaments von der Beurkundung durch Niederschrift einer mündlichen Erklärung (BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, § 30 Rn. 12), wo der Testamentsinhalt selbst beurkundet wird. Wird die offen übergebene Schrift gleichwohl verlesen (was im Hinblick auf die erforderliche Kenntnisnahme des Notars vom Inhalt und seine Belehrungspflicht zweckmäßig sein kann), ist dies jedoch unschädlich (BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, § 30 Rn. 12, der darauf hinweist, dass der Erblasser die Verlesung jedoch untersagen kann).

Bei Übergabe einer Schrift durch den Erblasser soll diese der **Niederschrift beigelegt** werden mit einer **Kennzeichnung**, die eine Verwechslung ausschließt. Die Art und Weise der Kennzeichnung steht im pflichtgemäßen Ermessen des Notars (BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, § 30 Rn. 16; MünchKommBGB/Sticherling, 8. Aufl. 2020, § 30 BeurkG Rn. 14). Eine Kennzeichnung kann handschriftlich, maschinenschriftlich oder mittels eines Stempels erfolgen (BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, § 30 Rn. 16). Die Kennzeichnung kann beispielsweise dadurch erfolgen, dass die übergebene Schrift genau beschrieben oder ihr Inhalt ganz oder teilweise wiedergegeben wird (vgl. Keim, B II 3: „Der Erschienene übergab eine offene Schrift, die mit den Worten ... beginnt und mit den Worten ... endet.“).

Eine Verwechslungsgefahr dürfte jedoch am weitestgehenden vermieden sein, wenn man die Kennzeichnung – wie bei Anlagen zu Urkunden – mithilfe der Urkundsnummer des konkreten Urkundsvorgangs vornimmt (vgl. Winkler, Rn. 7 Fn. 13 m. w. N.: „Zur UR-Nr. ... übergebene Schrift“; Burandt/Rojahn/Egerland, § 30 BeurkG Rn. 9; BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, § 30 Rn. 16 mit Formulierungsvorschlag in Rn. 18.1: „Die offen übergebene Schrift wurde von mir durch folgenden Vermerk gekennzeichnet: „Offen übergebene Schrift zu URNr. ... des Notars ... in ... URNr. .../Jahr...““). Dabei wird die Kennzeichnung am besten unmittelbar nach der Übergabe der Schrift während der Urkundsverhandlung vorgenommen (Burandt/Rojahn/Egerland, § 30 BeurkG Rn. 9; Armbrüster/Preuß/Renner/Seeger, Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare, 8. Aufl. 2020, § 30 BeurkG Rn. 9).

Die übergebene Schrift ist nach § 30 S. 5 BeurkG der Niederschrift beizufügen.

### 3. Anfertigung der Niederschrift

Bei der Testamentserrichtung durch Übergabe einer (offenen oder verschlossenen) Schrift handelt es sich um einen **beurkundungsverfahrensrechtlichen Sonderfall** (Burandt/Rojahn/Egerland, § 30 BeurkG Rn. 1; vgl. auch Armbrüster/Preuß/Renner/Seeger, § 30 BeurkG Rn. 2: „einzigartige Beurkundungsform“).

Denn zum einen muss die Niederschrift die **Feststellung** des Notars enthalten, dass die **Schrift übergeben** worden ist (§ 30 S. 1 BeurkG). Diese **Tatsachenfeststellung** des Notars ist Amtspflicht des Notars und unverzichtbar (BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, § 30 Rn. 13). Die zwingend erforderliche Feststellung kann nicht durch die tatsächliche Übergabe ersetzt werden (BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, § 30 Rn. 18). Das Fehlen der Feststellung würde vielmehr zur **Unwirksamkeit** der Niederschrift führen (BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, § 30 Rn. 18). Zu vermerken ist dabei auch, ob die Schrift offen oder geschlossen übergeben worden ist (§ 30 S. 3 BeurkG).

Zum anderen muss eine **Protokollierung der Erklärung des oder der Beteiligten** durch den Notar erfolgen, dass ihm eine Schrift mit der Bestimmung übergeben wurde, es handle sich dabei um ein Testament (oder eine Willenserklärung im Rahmen eines Erbvertrags) (vgl. §§ 2232 S. 1, 2276 Abs. 1 BGB; BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, § 30 Rn. 4).

Die Urkunde besteht daher aus zwei wesentlichen Bestandteilen: der Feststellung der Übergabe der Schrift

des Erblassers (als eigene Wahrnehmung des Notars) sowie der **Testiererklärung** des Erblassers i. S. v. § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BeurkG (vgl. BeckOK-BGB/Litzenburger, Std.: 1.2.2020, § 30 BeurkG Rn. 1; Armbrüster/Preuß/Renner/Seeger, § 30 BeurkG Rn. 8; MünchKommBGB/Sticherling, § 30 BeurkG Rn. 5). Hierbei handelt es sich um eine **Willenserklärung**, die darauf gerichtet ist, aus dem bloßen Entwurf (der offenen Schrift) ein wirksames Testament zu machen.

Hierüber ist nach einhelliger Ansicht vom Notar eine **Niederschrift** anzufertigen, für die die §§ 8 ff. BeurkG gelten (BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, § 30 Rn. 4; Burandt/Rojahn/Egerland, § 30 BeurkG Rn. 4; Winkler, § 30 Rn. 12). Dies bedeutet, dass die Niederschrift vom Notar dem Erblasser gem. § 13 BeurkG vorzulesen und von ihm zu genehmigen ist; außerdem muss die Niederschrift **vom Notar und dem Erblasser** (sowie dem ggf. beigezogenen Dolmetscher, Zeugen, einem zweiten Notar oder einer Verständigungsperson) **eigenhändig unterschrieben** werden (vgl. Winkler, § 30 Rn. 15; Keim, B II 3 (Formulierungsmuster); Otto, in: Münchener Vertragshandbuch, Band 6, Bürgerliches Recht II, 8. Aufl. 2020, XI 2 (Formulierungsmuster)). Etwas anderes gilt nur, wenn ausnahmsweise § 25 BeurkG (Schreibunfähigkeit des Erblassers) eingreifen würde (vgl. auch Winkler, § 30 Rn. 15).

#### 4. Ergebnis

Die Errichtung eines öffentlichen Testaments durch Übergabe einer offenen Schrift ist zulässig und insbesondere im Rahmen der COVID-19-Pandemie ein geeignetes Verfahren, um beiderseitige Ansteckungsgefahren zu reduzieren. Über die Übergabe der Schrift hat der Notar eine Niederschrift nach den §§ 8 ff. BeurkG zu errichten, die dem Erblasser zu verlesen und von ihm auch eigenhändig zu unterschreiben ist. Insbesondere bei umfangreichen Testamenten oder Erbverträgen kann sich das Verfahren anbieten. Wurde den Prüfungs- und Belehrungspflichten (wie im vorliegenden Fall) bereits im Rahmen der Entwurfsfertigung nachgekommen, kann der persönliche Kontakt zwischen Notar und Beteiligten und damit das Ansteckungsrisiko verringert werden.