

Dokumentnummer: 786
letzte Aktualisierung: 10. März 1999

<Dokumentnummer> 216194
<Gericht> BVerfG
<Aktenzeichen> 1 BvR 2161/94
<Datum> 19.01.1999
<Normen> BGB §§ 2232, 2233; BeurkG § 31
<Titel>
<Fundstelle>

<Leitsatz> Der generelle Ausschluß schreib- und sprechunfähiger Personen von der Testiermöglichkeit in den §§ 2232, 2233 BGB, 31 BeurkG verstößt gegen die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG sowie gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG und das Benachteiligungsverbot für Behinderte in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG.

Gründe:

A.

Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Testiermöglichkeiten schreibunfähiger Stummer.

I.

Das Bürgerliche Gesetzbuch sieht in § 2231 zwei ordentliche Formen von Testamenten vor: das handschriftliche (holographische) und das öffentliche (notarielle) Testament. Andere Testamentsformen sind nur im Notfall als außerordentliche Testamente zulässig (§§ 2249 bis 2252 BGB).

1. Für Personen, die mangels Schulbildung oder aufgrund körperlicher Gebrechen nicht schreiben können, scheidet die Möglichkeit des handschriftlichen Testaments (§ 2247 BGB) aus. Ihnen bleibt nur die Möglichkeit der notariellen Testamentserrichtung nach den §§ 2232, 2233 BGB. Die einschlägigen Vorschriften lauten:

§ 2232 BGB

Zur Niederschrift eines Notars wird ein Testament errichtet, indem der Erblasser dem Notar seinen letzten Willen mündlich erklärt oder ihm eine Schrift mit der Erklärung übergibt, daß die Schrift seinen letzten Willen enthalte. Der Erblasser kann die Schrift offen oder verschlossen übergeben; sie braucht nicht von ihm geschrieben zu sein.

Ist der Erblasser nach seinen Angaben oder nach der Überzeugung des Notars nicht imstande, Geschriebenes zu lesen, so kann er das Testament nur durch mündliche Erklärung errichten.

Wesentliches Element des notariellen Testaments ist also das Gespräch mit dem Notar. Der Betroffene muß dem Notar zumindest mitteilen, daß ein bestimmtes Schriftstück seinem letzten Willen entspricht. Nach gefestigter zivilgerichtlicher Rechtsprechung genügt es, wenn der Erblasser nach dem Verlesen des notariellen Protokolls verständlich "ja" oder "nein" sagen kann (vgl. RGZ 85, 120 <125 f.>; 161, 378 <382>; OGHZ 2, 45 <48 ff.>; 3, 383 <387 f.>; BGHZ 2, 172 <173 ff.>; 37, 79 <84>).

2. Personen, die kein Wort sprechen können, haben demnach nicht die Möglichkeit, ein notarielles Testament nach § 2232 BGB zu errichten. Stumme Menschen können aber in der Regel schreiben, so daß ihnen die handschriftliche Testierung nach § 2247 BGB offensteht. Für stumme Personen sehen § 2233 Abs. 3 BGB und § 31 des Beurkundungsgesetzes vom 28. August 1969 (BGBl I S. 1513; im folgenden: BeurkG) nachstehende Variante des notariellen Testaments vor:

§ 2233 Abs. 3 BGB

Vermag der Erblasser nach seinen Angaben oder nach der Überzeugung des Notars nicht hinreichend zu sprechen, so kann er das Testament nur durch Übergabe einer Schrift errichten.

§ 31 BeurkG

Übergabe einer Schrift durch Stumme

Ein Erblasser, der nach seinen Angaben oder nach der Überzeugung des Notars nicht hinreichend zu sprechen vermag (§ 2233 Abs. 3 des Bürgerlichen Gesetzbuches), muß die Erklärung, daß die übergebene Schrift seinen letzten Willen enthalte, bei der Verhandlung eigenhändig in die Niederschrift oder auf ein besonderes Blatt schreiben, das der Niederschrift beigelegt werden soll. Das eigenhändige Niederschreiben der Erklärung soll in der Niederschrift festgestellt werden. Die Niederschrift braucht von dem behinderten Beteiligten nicht besonders genehmigt zu werden.

Stumme Menschen können folglich nur dann ein notarielles Testament errichten, wenn sie zumindest ihren Namen und die Worte "Mein letzter Wille" schreiben können.

3. Für die relativ kleine Gruppe der Personen, die diese wenigen Worte nicht zu Papier bringen und auch nicht "ja" oder "nein" sagen können, sieht das Erbrecht keine Sonderregelungen der Testierung vor.

Bei den Beratungen des Bürgerlichen Gesetzbuches wurde zwar die Frage erörtert, ob auch schreibunfähigen Stummen eine Testiermöglichkeit eingeräumt werden soll. Die Gesetzgebungskommissionen entschieden sich aber mehrheitlich für die in § 2243 BGB (1900) enthaltene Regelung, daß stumme Menschen nur in Schriftform testieren können. Schreibunfähige Stumme könnten sich nur durch Zeichen verständlich machen. Auf diese Weise lasse sich der Wille des Erblassers aber nicht mit Zuverlässigkeit ermitteln. Bei Taubstummen, die weder lesen noch schreiben könnten, sei eine Kontrolle des Dolmetschers ausgeschlossen; überdies sei nicht anzunehmen, daß solche Personen das erforderliche Verständnis von der Bedeutung der letztwilligen Verfügung hätten (Motive zu dem ersten Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Amtliche Ausgabe, Berlin 1896, Band 5, S. 251, 276; ähnlich Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1899, Band 5, S. 146 f.).

In der Folgezeit wurden zwar die Testamentsvorschriften mehrfach geändert und neu gefaßt. Die Vorschrift, daß stumme Personen ein Testament nur schriftlich errichten können, wurde aber stets beibehalten. Bei Schaffung des § 17 des Testamentsgesetzes vom 31. Juli 1937 (RGBl I S. 973) wurde ausdrücklich vermerkt, es könne weiterhin in Kauf genommen werden, daß ein schreibunkundiger Stummer kein Testament errichten könne (Amtliche Begründung, in: Deutsche Justiz 1938, S. 1257). Bei den Novellierungen im Rahmen des Gesetzes zur Wiederherstellung der Gesetzeseinheit auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts vom 5. März 1953 (BGBl I S. 33) und im Rahmen des Beurkundungsgesetzes wurde das Problem nicht eigens erörtert. Bei beiden Gesetzesvorhaben war keine inhaltliche Änderung der Testamentsvorschriften in dieser Frage bezweckt (vgl. BTDrucks I/382, S. 19; V/3282, S. 35, 43).

4. Schreibunfähige stumme Personen sind in anderen Bereichen nicht von der Teilnahme am Rechtsverkehr ausgeschlossen. Soweit sie in der Lage sind, ihren Willen durch Zeichen (etwa durch Kopfnicken, Kopfschütteln, Handzeichen) zum Ausdruck zu bringen, können sie nach Maßgabe der §§ 104 ff. BGB alle nicht formbedürftigen rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen abgeben. Der Gesetzgeber hat ihnen auch

die Möglichkeit eingeräumt, mit notarieller Hilfe formbedürftige Rechtsgeschäfte unter Lebenden abzuschließen. Die hier maßgebliche Vorschrift lautet:

§ 24 BeurkG

Besonderheiten für Taube und Stumme,
mit denen eine schriftliche Verständigung
nicht möglich ist.

- (1) Vermag ein Beteiligter nach seinen Angaben oder nach der Überzeugung des Notars nicht hinreichend zu hören oder zu sprechen und sich auch nicht schriftlich zu verständigen, so soll der Notar dies in der Niederschrift feststellen. Wird in der Niederschrift eine solche Feststellung getroffen, so muß zu der Beurkundung eine Vertrauensperson zugezogen werden, die sich mit dem behinderten Beteiligten zu verständigen vermag; in der Niederschrift soll festgestellt werden, daß dies geschehen ist. Die Niederschrift soll auch von der Vertrauensperson unterschrieben werden.
- (2) Die Beurkundung von Willenserklärungen ist insoweit unwirksam, als diese darauf gerichtet sind, der Vertrauensperson einen rechtlichen Vorteil zu verschaffen.
- (3) Das Erfordernis, nach § 22 einen Zeugen oder zweiten Notar zuzuziehen, bleibt unberührt.

Schreibunfähige Stumme können damit insbesondere Schenkungen unter Lebenden vornehmen, Grundstücke erwerben und veräußern sowie Eheverträge schließen.

II.

1. Die Parteien des Ausgangsverfahrens streiten um die Erbschaft des am 10. September 1905 geborenen und am 22. Dezember 1989 verstorbenen Kaufmanns S. Sieben Jahre vor seinem Tode erlitt dieser einen Schlaganfall und war seitdem gelähmt. Er konnte weder sprechen noch schreiben, wohl aber hören und sich durch Zeichen verständigen. In dieser Zeit wurde er von der Beklagten des Ausgangsverfahrens gepflegt. Sie übernahm auch die Gebrechlichkeitspflegschaft. Am 17. Juli 1982 gab S. eine notarielle Erklärung über seinen letzten Willen ab. Neben dem beurkundenden Notar waren ein zweiter Notar als Zeuge und ein Arzt als Vertrauensperson anwesend. Beide Notare und der behandelnde Arzt kamen zu der Überzeugung, daß S. testierfähig sei und die Beklagte zur Alleinerbin einsetzen wolle.

2. Im Ausgangsverfahren begehrte eine Tochter des Erblassers die Feststellung, daß die Beklagte nicht testamentarische Alleinerbin geworden sei. Sie berief sich darauf, daß das Testament vom 17. Juli 1982 formunwirksam und daß sie als nahe Verwandte gesetzliche Miterbin geworden sei. Das Landgericht gab der Klage statt (NJW-RR 1993, S. 969 f.). Die dagegen eingelegte Berufung wies das Oberlandesgericht zurück (ZEV 1995, S. 261):

Ein Stummer könne nach § 31 BeurkG ein Testament nur durch Übergabe einer Schrift errichten, wenn er die schriftliche Erklärung abgebe, daß diese Schrift seinen letzten Willen enthalte. Daraus folge, daß ein schreibunfähiger Stummer nicht testieren könne. Die Spezialvorschrift des § 31 BeurkG verdränge insoweit die §§ 24, 25 BeurkG. Demzufolge sei das Testament vom 17. Juli 1982 formunwirksam, so daß die gesetzliche Erbfolge eingreife.

Dieses Ergebnis sei auch mit Art. 3 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG vereinbar. Die Testierfreiheit sei zwar durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistet. Sie unterliege aber gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG der gesetzlichen Ausgestaltung. § 31 BeurkG sei eine zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung. Zweck der Formvorschriften für die Errichtung letztwilliger Verfügungen sei es, voreiligen und unüberlegten Entscheidungen des Erblassers vorzubeugen. Außerdem solle sichergestellt werden, daß der Erblasser der Urheber der Erklärung sei und die Erklärung dem Willen des Erblassers entspreche. § 31 BeurkG erweise sich insoweit als geeignete und erforderliche Regelung. Das gelte auch für den Fall des schreibunfähigen Stummen. Dessen Schwierigkeiten, seinen Willen überhaupt kundzutun, rechtfertigten es, ihn von der Errichtung letztwilliger Verfügungen auszuschließen. Die weitreichende Bedeutung letztwilliger Verfügungen sowie der Umstand, daß diese erst wirksam würden, wenn ihr Urheber über das von ihm Gewollte keine Auskunft mehr geben könne, seien hinreichend gewichtige Gründe, an die Errichtung von Testamenten strengere Anforderungen zu stellen, als sie in §§ 24, 25 BeurkG für Rechtsgeschäfte unter Lebenden

vorgesehen seien. Aus Gründen der Rechtssicherheit sei es hinzunehmen, daß Personen trotz hinreichender geistiger Fähigkeiten mangels Ausdrucksmöglichkeit nicht testieren könnten. Ähnliches gelte auch für Jugendliche, an deren geistiger Reife keine Zweifel bestünden, die aber nicht testieren könnten, weil sie das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet hätten.

Im Berufungsurteil wurde die Revision nicht zugelassen. Das Berufungsurteil wurde der Beklagten des Ausgangsverfahrens am 19. Oktober 1994 zugestellt. Sie verstarb am 28. Oktober 1994 und wurde von ihren Familienangehörigen, den Beschwerdeführern, als gesetzlichen Erben beerbt.

III.

Mit ihrer Verfassungsbeschwerde greifen die Beschwerdeführer nur die Berufungsentscheidung des Oberlandesgerichts an und machen eine Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 3 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG geltend. Die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG gewährleiste insbesondere das Prinzip der Testierfreiheit. Die Feststellung der Formunwirksamkeit eines Testaments greife in schwerwiegender Weise in die Testierfreiheit und damit in den Kernbereich der Erbrechtsgarantie ein. Ein solcher Eingriff sei nur im Interesse überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter zulässig. Der Ausschluß schreibunfähiger Stummer von jeder Testiermöglichkeit sei nicht durch überragend wichtige Gemeinschaftsgüter gerechtfertigt. Der mit den Formvorschriften erstrebte Übereilungsschutz könne auch erreicht werden, wenn man bei schreibunfähigen Stummen die Beurkundung von Testamenten nach Maßgabe der §§ 22, 24 BeurkG zulasse. Diese Beurkundungsformen seien ohnedies nach § 2276 Abs. 2 BGB in dem Sonderfall möglich, in dem ein schreibunfähiger Stummer einen Ehe- und Erbvertrag schließe. Ein vernünftiger Grund für diese Ausnahme sei nicht erkennbar, so daß eine willkürliche Ungleichbehandlung und damit eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG vorliege. Schließlich sei auch nicht einzusehen, warum für Testamente strengere Formvorschriften gelten als für Geschäfte unter Lebenden. Geschäfts- und Testierfähigkeit könnten im Hinblick auf die geistige und gesundheitliche Disposition der Betroffenen nicht unterschiedlich behandelt werden.

IV.

Zu der Verfassungsbeschwerde haben sich das Bundesministerium der Justiz namens der Bundesregierung, der Bundesgerichtshof und die Klägerin des Ausgangsverfahrens geäußert.

1. Das Bundesministerium der Justiz hält die mit der Verfassungsbeschwerde mittelbar angegriffene gesetzliche Regelung für verfassungsrechtlich bedenklich. § 31 BeurkG stelle im vorliegenden Fall eine unverhältnismäßige Beschränkung der Testierfreiheit dar. Regelungszweck der erbrechtlichen Formvorschriften sei es, die Echtheit des Testaments zu gewährleisten, es vor Fälschungen zu schützen sowie der Beweiserleichterung zu dienen. Der Ausschluß sprech- und schreibunfähiger Personen sei zwar ein geeignetes Mittel zur Sicherung der Authentizitäts- und Beweisfunktion des Testamentes. Hingegen erscheine es zweifelhaft, ob die Regelung auch dem Gebot der Erforderlichkeit genüge. Wie § 24 BeurkG zeige, könne der Wille eines sprech- und schreibunfähigen Menschen unter den dort genannten Voraussetzungen zuverlässig ermittelt und beurkundet werden. Wenn diese Beurkundungsform für rechtsgeschäftliche Erklärungen unter Lebenden und gemäß § 2276 Abs. 2 BGB für Ehe- und Erbverträge unter Ehegatten als ausreichend angesehen werde, erscheine es problematisch, bei letztwilligen Verfügungen diese Beurkundungsform nicht zuzulassen. Die für eine strengere Formvorschrift angeführten Gründe könnten einen völligen Ausschluß der verfassungsrechtlich garantierten Testiermöglichkeit nicht rechtfertigen. Die weitreichende Bedeutung eines Testaments könne einen Ausschluß nicht begründen, weil auch Zuwendungen unter Lebenden auf den Todesfall eine ähnliche Bedeutung erlangen und dennoch nach § 24 BeurkG beurkundet werden könnten. Schließlich bestünden auch im Hinblick auf den allgemeinen Gleichheitssatz erhebliche Bedenken gegen die Regelung des § 31 BeurkG. Das gesetzgeberische Ziel, die Authentizität des Testaments zu gewährleisten, sei nicht von solcher Art und solchem Gewicht, daß es den grundsätzlichen Ausschluß Sprech- und Schreibunfähiger von der Testiermöglichkeit rechtfertigen könnte.

2. Der Vorsitzende des IV. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs hat mitgeteilt, daß der Bundesgerichtshof sich bislang mit der Frage der Vereinbarkeit von § 31 BeurkG mit dem Grundgesetz nicht befaßt habe. Der Senat überschaue die Vielfalt möglicher Sachverhaltsgestaltungen nicht hinreichend. Wenn etwa ein Erblasser nicht mit der Hand schreiben könne, wohl aber mit dem Mund oder dem Fuß, könnte den verfassungsrechtlichen Bedenken durch eine verfassungskonforme Auslegung des § 31 BeurkG Rechnung zu tragen sein. Zweifelhaft sei aber, wie weit dieser Weg gangbar sei, etwa wenn der Erblasser nur mit einer Schreibmaschine oder anderen technischen Hilfsmitteln oder durch besondere Gebärden in der Lage sei, Schriftzeichen herzustellen oder anzudeuten, oder wenn er nur die von einem anderen gezeigten

Buchstaben oder Worte durch Nicken oder Kopfschütteln bestätigen oder ablehnen könne. Der Senat sehe daher von einer Stellungnahme zur Frage der Vereinbarkeit von § 31 BeurkG mit dem Grundgesetz ab.

3. Die Klägerin des Ausgangsverfahrens hält die Verfassungsbeschwerde für unbegründet, da keine neuen Gesichtspunkte sichtbar geworden seien.

B.

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig. Auf die Erbrechtsgarantie kann sich neben dem Erblasser auch der begünstigte Erbe, jedenfalls vom Eintritt des Erbfalls an, berufen. Andernfalls würde der grundrechtliche Schutz des Erbrechts mit dem Tode des Erblassers erlöschen und damit weitgehend entwertet werden (vgl. BVerfGE 91, 346 <360>). In gleicher Weise sind auch die Erbeserben von Art. 14 Abs. 1 GG jedenfalls dann geschützt, wenn sie ein Verfahren des Erben um dessen Erbenstellung fortsetzen. Sonst wäre die Durchsetzung der verfassungsrechtlichen Erbrechtsgarantie in einer großen Zahl von Fällen vom Zufall abhängig. Stirbt der mögliche Erbe - wie hier - nach Zugang der letztinstanzlichen Entscheidung, sind die Erbeserben somit zur Erhebung der Verfassungsbeschwerde berechtigt (vgl. BVerfGE 17, 86 <91>).

C.

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet.

I.

Bei der verfassungsgerichtlichen Prüfung bilden die von den Beschwerdeführern als verletzt gerügten Grundrechte aus Art. 3 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG den Prüfungsmaßstab. Das Verbot der Benachteiligung Behinderter scheidet als Kontrollmaßstab aus, soweit es um die Entscheidung des Oberlandesgerichts geht. Denn Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ist erst nach Zustellung dieser Entscheidung in Kraft getreten. Hingegen kann Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG bei der Überprüfung der dem Urteil zugrundeliegenden und mittelbar angegriffenen gesetzlichen Regelung nicht unberücksichtigt bleiben. Wenn sich die als verletzt gerügte Grundrechtsnorm nach der fachgerichtlichen Rechtsanwendung ändert, besteht regelmäßig ein Allgemeininteresse an der Klärung der Frage, ob das Gesetz aufgrund der Grundgesetzänderung verfassungswidrig und damit rechtsunwirksam geworden ist.

II.

Die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistet das Erbrecht als Rechtsinstitut und als Individualrecht (vgl. BVerfGE 67, 329 <340>; 91, 346 <358>).

1. Bestimmendes Element der Erbrechtsgarantie ist die Testierfreiheit, ein auf natürliche Personen zugeschnittenes Freiheitsrecht. Sie dient ebenso wie das Eigentumsgrundrecht und der in Art. 2 Abs. 1 GG verankerte Grundsatz der Privatautonomie der Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben (vgl. BVerfGE 89, 214 <231>; 91, 346 <358>). Die Testierfreiheit als Bestandteil der Erbrechtsgarantie umfaßt die Befugnis des Erblassers, zu Lebzeiten einen von der gesetzlichen Erbfolge abweichenden Übergang seines Vermögens nach seinem Tode an einen oder mehrere Rechtsnachfolger anzuordnen, insbesondere einen gesetzlichen Erben von der Nachlaßbeteiligung auszuschließen und wertmäßig auf den gesetzlichen Pflichtteil zu beschränken (vgl. BVerfGE 58, 377 <398>).

Aus dem Charakter der Testierfreiheit als individuelles Selbstbestimmungsrecht im wirtschaftlichen Bereich lassen sich Folgerungen für den verfassungsrechtlichen Gehalt der Erbrechtsgarantie ziehen. Es werden nur selbstbestimmte und selbstverantwortete letztwillige Erklärungen von der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Testierfreiheit geschützt. Selbstbestimmung setzt Selbstbestimmungsfähigkeit voraus.

Nur wenn der Einzelne in der Lage ist, selbstbestimmt zu handeln und im wirtschaftlichen Bereich eigenverantwortliche Entscheidungen zu treffen, können seine letztwilligen Verfügungen grundrechtlichen Schutz beanspruchen. Der Einzelne muß demzufolge die für die Testamentserrichtung erforderliche Einsichts- und Handlungsfähigkeit besitzen. An dieser Selbstbestimmungsfähigkeit kann es etwa bei Kindern und Jugendlichen fehlen (vgl. BVerfGE 59, 360 <382>; 72, 122 <137> für das Eltern-Kind-Verhältnis). An der für die Grundrechtsausübung im Rahmen des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG notwendigen Selbstbestimmungsfähigkeit kann es aber auch bei Erwachsenen mangeln, wenn der Erblasser aufgrund geistiger oder körperlicher Gebrechen zu eigenverantwortlicher Testamentserrichtung nicht in der Lage ist.

2. Nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG ist es dem Gesetzgeber überlassen, Inhalt und Schranken des Erbrechts zu bestimmen (vgl. BVerfGE 91, 346 <360>). Erst durch die gesetzliche Ausgestaltung wird das Erbrecht des Einzelnen klar umrissen und zu einem praktisch durchsetzbaren Recht. Die einfachrechtliche Ausgestaltung verschafft den notwendig abstrakten Grundprinzipien des Erbrechts konkrete Gestalt. Demzufolge ist es Sache des Gesetzgebers, das im Grundsatz der Testierfreiheit angelegte Selbstbestimmungsprinzip zu konkretisieren. Er muß festlegen, welche Anforderungen im einzelnen an die für eine eigenverantwortliche Testamentserrichtung erforderliche Einsichtsfähigkeit zu stellen sind und welches Maß an Handlungsfähigkeit für die Testamentserrichtung nötig ist.

Zur Konkretisierung des Prinzips der Testierfreiheit muß der Gesetzgeber Vorschriften über die zulässigen Testamentsformen und über die Anforderungen an die Testierfähigkeit erlassen. Dabei kommt ihm ein Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Frage zu, welche Personengruppen die erforderliche Selbstbestimmungsfähigkeit besitzen. Er kann Personen, denen die erbrechtliche Selbstbestimmungsfähigkeit typischerweise fehlt, von der Testamentserrichtung ausschließen. Beispielsweise kann er bestimmen, ab welchem Alter Jugendliche testierfähig sind (vgl. § 2229 Abs. 1 BGB) und in welchen Fällen die geistige Testierfähigkeit fehlt (vgl. § 2229 Abs. 4 BGB). Bei der Konkretisierung der verfassungsrechtlich gewährleisteten Testierfreiheit kann der Gesetzgeber auch die Einhaltung bestimmter Formen letztwilliger Verfügungen zwingend vorschreiben. Dabei kann er für unterschiedliche Situationen und Personengruppen jeweils eigene Testamentsformen schaffen. Es bleibt auch seiner Wahl überlassen, ob er die Fälle mangelnder Selbstbestimmungsfähigkeit unmittelbar durch Vorschriften über die Testierfähigkeit oder mittelbar durch die Einführung zwingender Formvorschriften regelt.

3. Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers ist allerdings nicht unbeschränkt. Der Gesetzgeber muß bei der näheren Ausgestaltung des Erbrechts den grundlegenden Gehalt der verfassungsrechtlichen Gewährleistung wahren und sich im Einklang mit allen anderen Verfassungsnormen halten (vgl. BVerfGE 67, 329 <340>). Dazu gehören auch der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG und der spezielle Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG. Er muß bei der Gestaltung der Formvorschriften für Gleichbehandlung sorgen und darf insbesondere Behinderte nicht benachteiligen. Ferner darf er von Elementen des Erbrechts, die Bestandteile der verfassungsrechtlichen Gewährleistung sind, nur in Verfolgung eines verfassungsrechtlich legitimen Zwecks und nur unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit abweichen (vgl. BVerfGE 91, 346 <360>). Der Gesetzgeber darf das in der Testierfreiheit enthaltene Selbstbestimmungsprinzip zwar konkretisieren, nicht aber unverhältnismäßig beschränken. Allerdings steht ihm auch bei der Regelung von Beschränkungen ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu. Das Bundesverfassungsgericht hat diesen Spielraum bei der Prüfung an Hand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu achten. Es kann erst einschreiten, wenn eine vom Gesetzgeber gewählte Maßnahme "schlechthin ungeeignet" (BVerfGE 47, 109 <117>), "eindeutig" nicht erforderlich (BVerfGE 53, 135 <145>) oder auch bei Anerkennung eines Bewertungsspielraums unzumutbar ist (vgl. BVerfGE 77, 84 <111 f.>).

III.

Gemessen an diesen Grundsätzen verstößt der generelle Ausschluß schreibunfähiger Stummer von jeder Testiermöglichkeit gegen Art. 14 Abs. 1 sowie gegen Art. 3 Abs. 1 und 3 Satz 2 GG. Menschen, die in geistiger Hinsicht zu einer eigenverantwortlichen letztwilligen Verfügung in der Lage sind, dürfen nicht allein deswegen an der Testierung von Rechts wegen gehindert werden, weil sie aus körperlichen Gründen nur über eingeschränkte Verständigungsmöglichkeiten verfügen.

1. Der Ausschluß schreibunfähiger Stummer von jeder Testiermöglichkeit stellt eine unverhältnismäßige Beschränkung der von Art. 14 Abs. 1 GG gewährleisteten Erbrechtsgarantie dar. Die Anwendung des Formzwangs dient hier dazu, schreibunfähige Stumme schlechthin von der Testamentserrichtung auszuschließen. Die schreibunfähigen Stummen sollen nach dem Willen des Gesetzgebers kein Testament errichten können, weil eine zuverlässige Verständigung mit ihnen nicht möglich sei und weil ihnen das

erforderliche Verständnis für die Testamentserrichtung fehle (Motive zu dem ersten Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Amtliche Ausgabe, Berlin 1896, Band 5, S. 251, 276; ähnlich Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1899, Band 5, S. 146 f.). Die Anwendung der Formvorschriften auf schreibunfähige Stumme soll somit einerseits der Rechtssicherheit und andererseits dem Schutz nicht selbstbestimmungsfähiger Menschen dienen. Der Gesetzgeber verfolgt damit legitime Gemeinwohlziele.

Der Gesetzgeber konnte den Formzwang auch als ein geeignetes Mittel zur Erreichung dieser Gemeinwohlziele ansehen. Hingegen konnte er nicht davon ausgehen, daß das Formerfordernis bei schreibunfähigen Stummen in jedem Fall zur Erreichung der Gemeinwohlziele erforderlich ist. Der mit dem Formzwang bewirkte Testierausschluß stellt sich vielmehr nur in den Fällen als erforderlich dar, in denen sich die vom Gesetzgeber zugrundegelegte Sachverhaltsannahme als vertretbar erweist, daß eine hinreichend gesicherte Verständigung mit schreibunfähigen Stummen nicht möglich ist oder daß ihnen das für die Testamentserrichtung benötigte geistige Verständnis fehlt.

Das Bundesverfassungsgericht kann zwar bei der Beurteilung von Tatsachen und Prognosen nicht seine Sachverhaltsannahme an die Stelle der Tatsachensicht des Gesetzgebers setzen. Vielmehr muß es beachten, daß dem Gesetzgeber bei der Beurteilung komplexer Sachverhalte ein Beurteilungsspielraum zusteht (vgl. BVerfGE 50, 290 <332 f.>; 88, 203 <262>). Anders verhält es sich jedoch, wenn die Annahmen oder Prognosen des Gesetzgebers sich als unzutreffend herausgestellt haben. Im vorliegenden Fall ist die Annahme des Gesetzgebers, daß es allen schreibunfähigen Stummen an der für die Testamentserrichtung erforderlichen Handlungs- und Einsichtsfähigkeit mangelt, unzutreffend. Wie das vorliegende Verfahren zeigt, gibt es durchaus schreib- und sprechunfähige Personen, die über die für eine Testamentserrichtung erforderliche intellektuelle und physische Selbstbestimmungsfähigkeit verfügen. Der Ausschluß der Testiermöglichkeit ist demzufolge hier nicht zum Schutz vor fremdbestimmten oder unverantwortlichen Rechtsgeschäften erforderlich. Bei selbstbestimmungsfähigen Personen sind als milderes Mittel - wie sich aus § 24 BeurkG ergibt - Beurkundungsverfahren denkbar, die zu einer zuverlässigen Feststellung des letzten Willens führen. Durch die Heranziehung weiterer neutraler Personen kann in ausreichendem Maße kontrolliert werden, ob der beurkundende Notar die Testierfähigkeit des schreib- und sprechunfähigen Erblassers richtig einschätzt und seine Willenserklärungen zutreffend deutet. Eine schreib- und sprechunfähige Person kann selbst der notariellen Beurkundung bedürftige Rechtsgeschäfte unter Lebenden nach Maßgabe des § 24 BeurkG uneingeschränkt vornehmen, dagegen keinerlei Verfügungen von Todes wegen treffen. Zwischen Rechtsgeschäften unter Lebenden und Verfügungen von Todes wegen bestehen aber keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht, daß schreibunfähige Stumme im einen Fall am Rechtsleben im wesentlichen beteiligt und im anderen Fall nahezu ausnahmslos ausgeschlossen werden können.

Dagegen kann auch nicht eingewendet werden, daß die bei einer Protokollierung nach Maßgabe des § 24 BeurkG gewonnene Rechtssicherheit für testamentarische Verfügungen nicht ausreiche. Es ist zwar zutreffend, daß im Erbrecht ein höheres Bedürfnis nach Rechtssicherheit in bezug auf die Echtheit und Authentizität einer Willenserklärung besteht als bei Rechtsgeschäften unter Lebenden. Denn nach Eintritt des Erbfalls kann der rechtsgeschäftliche Wille des Erblassers mit seiner Hilfe nicht mehr ermittelt werden. Dem bei erbrechtlichen Verfügungen im besonderen Maße bestehenden Bedürfnis nach Rechtssicherheit kann der Gesetzgeber aber dadurch Rechnung tragen, daß er - über die in §§ 22, 24 BeurkG vorgesehene Mitwirkung einer Vertrauensperson und eines Zeugen oder zweiten Notars hinaus - beispielsweise an die Auswahl der heranzuziehenden neutralen Personen besondere Anforderungen stellt. Er hat etwa die Möglichkeit, als Zeugen ausnahmslos nur einen zweiten Notar zuzulassen. Ebenso kann er zur Beurteilung der Testierfähigkeit eines schreib- und sprechunfähigen Erblassers die Beiziehung eines Arztes zwingend vorschreiben. Aufgrund dieser Möglichkeiten läßt sich das Irrtums- und Kommunikationsrisiko so weit reduzieren, daß das Argument der Rechtssicherheit den völligen Ausschluß schreib- und sprechunfähiger Personen von der Testierung nicht zu rechtfertigen vermag.

2. Die geltenden Formvorschriften für letztwillige Verfügungen verletzen auch den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Aus dem Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen. Wirken sich Regelungen, wie die testamentarischen Formvorschriften, auf die Wahrnehmung von Grundrechten nachteilig aus, prüft das Bundesverfassungsgericht im einzelnen nach, ob für die vorgenommene Differenzierung Gründe von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleichen Rechtsfolgen rechtfertigen können (vgl. BVerfGE 91, 346 <362 f. >; 88, 87 <96 f.>).

Nach diesen Maßstäben ist es nicht gerechtfertigt, daß ein verheirateter oder verlobter schreibunfähiger Stummer gemäß § 2276 Abs. 2 BGB im Rahmen eines Ehe- und Erbvertrags letztwillige Verfügungen treffen

kann, ein alleinstehender schreibunfähiger Stummer hingegen nicht. Für eine derart unterschiedliche Behandlung verheirateter und unverheirateter schreibunfähiger Stummer bestehen keine Gründe von solcher Art und solchem Gewicht, daß den einen im Rahmen von miteinander verbundenen Ehe- und Erbverträgen eine Testiermöglichkeit eröffnet wird, während die anderen davon ausgeschlossen werden. Zwar mag das inhaltliche Schwergewicht von Ehe- und Erbverträgen häufig im Bereich der eherechtlichen Regelungen liegen, so daß der größere Sachzusammenhang mit den Rechtsgeschäften unter Lebenden für die Übernahme der in diesem Bereich geltenden Formerleichterungen spricht. Dieser Grund ist aber nur geeignet, eine unterschiedliche Behandlung in bezug auf das "Wie", nicht aber auch in bezug auf das "Ob" der Testierung zu rechtfertigen. Denn es gibt keinen einleuchtenden Grund dafür, daß ein verheirateter schreibunfähiger Stummer über den Weg des § 2276 Abs. 2 BGB testieren kann, ein Unverheirateter hingegen nicht.

3. Die erbrechtlichen Formvorschriften verletzen auch den besonderen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG. Das Verbot der Benachteiligung Behinderter wirkt nach dem Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers auf das Zivilrecht ein und zwingt zur Überprüfung privatrechtlicher Gesetze (vgl. BTDrucks 12/6323, S. 12). Demnach dürfen auch die im Erbrecht geltenden Formerfordernisse für letztwillige Verfügungen nicht zu einer Benachteiligung Behinderter führen.

Von der Ausschlußwirkung der erbrechtlichen Formvorschriften sind zum großen Teil behinderte Menschen betroffen. Zwar können auch nichtbehinderte Menschen kurzfristig infolge eines Unfalls oder einer schweren Erkrankung stumm und schreibunfähig sein. Die Sprech- und Schreibunfähigkeit ist aber häufig auch Folge einer Behinderung, also Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden Funktionsbeeinträchtigung, die auf einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand beruht (vgl. BVerfGE 96, 288 <301>). Wie der vorliegende Fall zeigt, werden insbesondere Menschen von der Testamentserrichtung ausgeschlossen, die aufgrund einer Lähmung dauerhaft körperbehindert sind.

Darin liegt eine unzulässige Benachteiligung Behinderter. Benachteiligung bedeutet nachteilige Ungleichbehandlung (vgl. BVerfGE 96, 288 <302>; BTDrucks 12/6323, S. 12). Behinderte werden zum Beispiel benachteiligt, wenn ihre Lebenssituation im Vergleich zu derjenigen nicht behinderter Menschen durch gesetzliche Regelungen verschlechtert wird, die ihnen Entfaltungs- und Betätigungsmöglichkeiten vorenthalten, welche anderen offenstehen (vgl. BVerfGE 96, 288 <302 f.>). Da die gesetzlichen Formerfordernisse für letztwillige Verfügungen dazu führen, daß schreib- und sprechunfähige Behinderte in ihren Testiermöglichkeiten erheblich beeinträchtigt werden, liegt eine Verschlechterung der Lebenssituation Behinderter im Vergleich zur Lebenssituation Nichtbehinderter vor.

Diese Ungleichbehandlung ist verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt. Zwar kann das Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG nicht ohne jede Einschränkung gelten. Fehlen einer Person gerade aufgrund ihrer Behinderung bestimmte geistige oder körperliche Fähigkeiten, die unerläßliche Voraussetzung für die Wahrnehmung eines Rechts sind, liegt in der Verweigerung dieses Rechts kein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot. Eine rechtliche Schlechterstellung Behinderter ist danach jedoch nur zulässig, wenn zwingende Gründe dafür vorliegen (vgl. BTDrucks 12/6323, S. 12 und zu Art. 3 Abs. 3 GG a.F. BVerfGE 85, 191 <206 f.>). Die nachteiligen Auswirkungen müssen unerläßlich sein, um behinderungsbezogenen Besonderheiten Rechnung zu tragen (vgl. BTDrucks 12/8165, S. 29). Solche behinderungsbedingten Besonderheiten liegen bei der Testamentserrichtung aber nur in den Fällen vor, in denen schreib- und sprechunfähige Personen nicht die dafür erforderliche Einsichts- oder Handlungsfähigkeit besitzen. Besitzen schreib- und sprechunfähige Behinderte indes die nötige intellektuelle und physische Selbstbestimmungsfähigkeit, werden sie durch die gesetzlichen Formvorschriften über die Testamentserrichtung in unzulässiger Weise benachteiligt.

D.

1. Die §§ 2232, 2233 BGB, 31 BeurkG lassen sich nicht verfassungskonform interpretieren. Die verfassungskonforme Auslegung findet ihre Grenzen dort, wo sie zu dem Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch treten würde (vgl. BVerfGE 90, 263 <274 f.>; 95, 64 <93> stRspr). Die Vorschriften über die Testamentserrichtung sind in der hier relevanten Frage eindeutig. Sie verlangen entweder eine mündliche Äußerung des Testierenden oder seine eigenhändige schriftliche Erklärung. Selbst wenn man das in § 31 BeurkG aufgestellte Erfordernis des eigenhändigen Schreibens entsprechend der Anregung in der Stellungnahme des Bundesgerichtshofs weiter auslegen wollte als im Rahmen des § 2247 BGB und nicht nur mit der Hand, sondern auch mit dem Mund, dem Fuß, mit

Schablonen oder Maschinen geschriebene Erklärungen zulassen würde, könnte ein Testament jedenfalls nicht durch reine Gebärden oder Bewegungszeichen errichtet werden. Denn damit würde die vom Gesetzeswortlaut gezogene Grenze überschritten. Die zuletzt genannte Äußerungsform würde die in § 31 BeurkG enthaltenen Tatbestandsmerkmale "in die Niederschrift oder auf ein besonderes Blatt schreiben" eindeutig nicht mehr erfüllen.

2. Der Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 und 3 Satz 2 sowie gegen Art. 14 Abs. 1 GG führt nicht zur partiellen Nichtigkeit der angegriffenen Regelungen, denn damit würde schreib- und sprechunfähigen Personen eine Testiermöglichkeit nicht eröffnet. Außerdem kann der Gesetzgeber seiner aus Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG folgenden Pflicht, für derart behinderte Menschen Testamentsformen zur Verfügung zu stellen, auf verschiedene Weise nachkommen. Unter diesen Voraussetzungen stellt das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich nur fest, daß die gesetzliche Regelung verfassungswidrig und der Gesetzgeber verpflichtet ist, die Rechtslage mit der Verfassung in Einklang zu bringen (vgl. BVerfGE 22, 349 <360 ff.>; 87, 163 <177 f.>).

3. Die Formvorschriften der §§ 2232, 2233 BGB, 31 BeurkG dürfen fortan nicht mehr auf letztwillige Verfügungen schreib- und sprechunfähiger Personen, die geistig und körperlich zu einer Testamentserrichtung in der Lage sind, angewendet werden, soweit sie diese Personen von jeder Testierung ausschließen. Bis zu einer gesetzlichen Neuregelung können schreib- und sprechunfähige Personen künftig mit notarieller Hilfe letztwillige Verfügungen (Testamente, Erbverträge etc.) errichten. Ihr letzter Wille kann für eine Übergangszeit in der Weise notariell beurkundet werden, wie es bei rechtsgeschäftlichen Erklärungen unter Lebenden nach den Vorschriften des Zweiten Abschnitts des Beurkundungsgesetzes geregelt ist. Zu beachten sind insbesondere die §§ 22 bis 26 BeurkG. Darüber hinaus ist den Besonderheiten der Beurkundung letztwilliger Verfügungen durch Anwendung der §§ 27 bis 29, 34 und 35 BeurkG Rechnung zu tragen. Diese Vorschriften stehen einer wirksamen Testamentserrichtung schreib- und sprechunfähiger Personen durch notarielle Niederschrift nicht im Wege.

4. Die Übergangsregelung erfaßt allerdings nicht in der Vergangenheit von schreib- und sprechunfähigen Personen bereits errichtete letztwillige Verfügungen. In diesen Fällen ist es Aufgabe der Rechtsprechung, die durch die Unvereinbarkeitserklärung entstandene Regelungslücke zu schließen und Maßstäbe für die Beurteilung der Wirksamkeit solcher Testamente zu entwickeln. Aufgrund der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Testierfreiheit (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG) können die von schreibunfähigen Stummen in der Vergangenheit errichteten Testamente nicht allein wegen Verletzung des gesetzlichen Formzwangs als unwirksam angesehen werden. Vielmehr müssen jedenfalls solche letztwillige Verfügungen als rechtswirksam anerkannt werden, die von schreibunfähigen Stummen in Ermangelung anderer Regelungen entsprechend den Anforderungen der §§ 22 bis 26 BeurkG errichtet wurden.

Ist der Erbfall bereits in der Vergangenheit eingetreten, müssen die Gerichte allerdings berücksichtigen, daß die Belange der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes im Einzelfall der Berufung auf die verfassungsmäßige Rechtslage entgegenstehen können. Rechtskräftig abgeschlossene Verfahren bleiben grundsätzlich unberührt (vgl. § 79 BVerfGG). Ferner folgt aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes, daß die Berufung auf die Verfassungsmäßige Rechtslage ausgeschlossen sein kann, wenn sich der testamentarische Erbe in der Vergangenheit - anders als im Ausgangsverfahren - nicht auf die Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Formvorschriften berufen und der durch die Formvorschriften Begünstigte in schutzwürdiger Weise auf die gesetzliche Rechtslage vertraut hat. Da die Verfassungsgemäßigkeit des Testierausschlusses in der Literatur im wesentlichen erst seit 1991 in Zweifel gezogen wird (vgl. Rossak, Kann ein schreibunfähiger Stummer ein Testament errichten? MittBayNot 1991, S. 193 ff.; Ertl, Gestaltung von Testamenten und anderen Rechtsgeschäften für den Todesfall von sprech- oder schreibbehinderten Personen, MittBayNot 1991, S. 196 ff.; Schmidt, in: Erman, BGB, 9. Aufl., 1993, § 2229 Rn. 8; Baumann, Urteilsanmerkung, FamRZ 1994, S. 994), wird unter den genannten Voraussetzungen eine von den bisherigen gesetzlichen Formvorschriften abweichende Beurteilung eines Testaments als wirksam für die vor dem Jahre 1991 liegenden Erbfälle regelmäßig aus Vertrauensschutzgründen ausscheiden.

5. Das Urteil des Oberlandesgerichts ist aufzuheben, da die Verfassungsbeschwerde begründet ist. Das Urteil beruht im Sinne des § 95 Abs. 2 BVerfGG auf der Anwendung verfassungswidriger Gesetze. Da der Erblasser infolge eines Schlaganfalls einerseits schreib- und sprechunfähig, andererseits aber voll testierfähig war, hätte ihm durch die gesetzliche Regelung der §§ 2232, 2233 BGB, 31 BeurkG nicht jede Testiermöglichkeit vorenthalten werden dürfen. Die Sache ist daher an das Oberlandesgericht zur erneuten Entscheidung zurückzuverweisen. Da es Aufgabe der Fachgerichte ist, die durch die Unvereinbarkeitserklärung entstandene Regelungslücke nach den vorerwähnten Maßgaben zu schließen, bedarf es keiner Aussetzung des Verfahrens bis zur gesetzlichen Neuregelung.

6. Die Kostenentscheidung beruht auf § 34 a Abs. 2 BVerfGG. Damit erledigt sich der Antrag des Beschwerdeführers zu 1) auf Bewilligung von Prozeßkostenhilfe.