

30. 1. Ist ein formloses testamentum parentum inter liberos als divisio parentum aufrechtzuhalten, wenn deren Formen gewahrt sind?

Erfordernisse der divisio parentum.

2. Steht eine Unterkreuzung der divisio parentum der Unterschrift gleich?

III. Civilsenat. Urt. v. 22. Februar 1895 i. S. S. (Veff.) n. S.
(Rl.) Rep. III. 297/94.

- I. Landgericht Osnabrück.
- II. Oberlandesgericht Celle.

Aus den Gründen:

„Die in münsterscher allgemeiner Gütergemeinschaft lebenden Eheleute F. und E. S. errichteten am 18. Mai 1874 eine Urkunde, in deren erstem Teile sie, falls ihre beiden Kinder vor ihnen sterben würden, sich gegenseitig zu Erben einsetzten, in dem zweiten Teile aber bestimmten: „Würden jedoch wir vor unseren Kindern oder vor Errichtung einer anderweiten Disposition über unser Vermögen versterben, so bestimmen wir in betreff unseres gesamten Vermögens, daß unser Sohn F. S. unsere Wohnung nebst Scheune mit allen dazu gehörenden Immobilien, Mobilien und Moventien, mit Lasten und Forderungen haben und behalten soll, und ihm solches von uns hiermit zum Eigentume übertragen sein soll, jedoch mit der Verpflichtung, an seine Schwester Anna, die bei ihrer Verheiratung eine Ausrüstung zum Werte von 1500 Gulden erhalten hat, annoch zum Kindesteil und gegen Abstand von ihrer elterlichen Wohnung und Gütern auszuführen die Summe von 1000 Thalern Courant.“ Diese von anderer Hand geschriebene Urkunde ist von F. S. unterkreuzt, von E. S. unterschrieben, beides notariell beglaubigt. Bald nachher, noch im Jahre 1874, starb der Ehemann, nach ihm die Tochter A. am 30. Januar 1881 mit Hinterlassung von zwei Töchtern, der jetzigen Klägerin Th. und der schon im Jahre 1882 wieder verstorbenen G. Inzwischen hatte die Witwe E. S. am 23. August 1881 ein Testament errichtet, in dem sie ihren Sohn F. S. als Universalerben mit der Verpflichtung einsetzte, den Kindern ihrer Tochter A. als Erbteil, der Th. 2000 *M*, der G. 4500 *M* und einige Sachen herauszugeben. Darauf starb G. und nach ihr am 18. Oktober 1883 die Testatrix E. S., nach dieser aber im Jahre 1884 ihr Sohn F. S., dessen Witwe seine Erbin wurde; sie und ihr zweiter Ehemann sind die jetzigen Beklagten.

Die Klägerin, die von den Beklagten bereits 2000 *M* erhalten hat, hält die gemeinschaftliche Verfügung vom 18. Mai 1874 und auch das Testament der Witwe E. S. für ungültig und hat in der erhobenen Klage als Miterbin die Vorlegung eines eidlích zu erhaltenden Inventars über den Nachlaß der Eheleute F. und E. S.

und die Herausgabe von der Hälfte, eventuell einem Drittel des Nachlasses gefordert. Nachdem in erster Instanz die Klage abgewiesen war, hat das Berufungsgericht im wesentlichen nach dem Klagantrage erkannt; die gegen das Berufungsurteil eingelegte Revision ist begründet.

Das Berufungsgericht findet in dem wörtlich mitgeteilten zweiten Teile der gemeinschaftlichen Verfügung vom 18. Mai 1874 ein testamentum parentum inter liberos und begründet dies damit, daß die Disposition Bestimmungen treffe, wie sie nur in einem Testamente getroffen werden könnten, da sie die Verfügung über den ganzen Nachlaß und eine Erbeinsetzung enthalte, möge man den Sohn als zum alleinigen Erben eingesetzt, die Tochter als Legatarin, oder beide als Erben und dann die Tochter als heres ex re certa ansehen. Bei seiner späteren Ausführung, daß die Disposition nicht als divisio parentum angesehen werden könne, fügt es noch hinzu, man könne nicht sagen, daß Intestaterbfolge gewollt sei; vielmehr könne die Verfügung nur dahin aufgefaßt werden, daß die Eheleute \S . die Universal-succession in ihren Nachlaß hätten regeln und sei es beide Kinder sei es den Sohn allein hätten zu Erben einsetzen wollen.

Diese Auslegung beruht nur auf dem einen Grunde, daß die Disposition Verfügungen über den ganzen Nachlaß enthalte; die daraus gezogene Folgerung ist rechtsirrtümlich, da auch die divisio parentum sämtliche zum Nachlasse gehörige Gegenstände verteilen und dies in der Weise vornehmen kann, daß alle dem einen Kinde zugeteilt werden gegen Herauszahlung einer Geldentschädigung an das andere; nur die Zuteilung von Vermögensquoten ist ausgeschlossen. Im übrigen stellt das Berufungsgericht bloß die Behauptung auf, daß eine Erbeinsetzung vorliege; Gründe für diese Annahme sind nicht angegeben, obgleich das Wort „Erbe“ in der Verfügung sich nicht findet, vielmehr der Ausdruck, daß die Tochter A. außer dem schon Erhaltenen noch 3000 \mathcal{M} zum Mindestteil haben sollte, gegen eine Erbeinsetzung spricht, und letztwillige Verfügungen im Zweifel so auszu-legen sind, daß der Wille des Erblassers möglichst erhalten wird.

Einer Wiederholung der Prüfung und Auslegung bedarf es jedoch nicht, da auch die weiteren Ausführungen des Berufungsgerichtes nicht frei von Rechtsirrtum sind. Allerdings würde ein testamentum parentum inter liberos, wenn es vorläge, ungünstig sein;

aber es ist nach l. 26 Cod. fam. enc. 3, 36 als *divisio parentum* aufrechtzuerhalten. Die vom Berufungsgerichte dagegen erhobenen Bedenken sind nicht begründet. Nach l. 26 Cod. cit. sollen, wenn das Ascendententestament, in dem nur Descendenten eingesetzt sind, wegen Formmangels ungültig ist, trotzdem seine materiellen Bestimmungen befolgt werden, ohne daß irgend eine Form vorgeschrieben ist. Diese von Konstantin herrührende Bestimmung hatte ursprünglich wohl die Bedeutung, daß solche Ascendententestamente ohne weiteres als formlose Kodizille aufrechterhalten werden sollten. In Justinian's Gesetzgebung ist zwar allgemein anerkannt, daß die Kodizille fünf Zeugen erfordern; wenn aber trotzdem die l. 26 so wie geschehen aufgenommen wurde, so kann darin nur eine auch die Kodizillarform erlassende und materiell die Wirksamkeit erleichternde Vorschrift gefunden werden. Nun haben zwar Nov. 18 c. 7 und Nov. 107 c. 3 die Formlosigkeit beseitigt und auch für die *divisio parentum* Minimalformen vorgeschrieben; es fehlt aber an jedem zwingenden Grunde, diese insoweit die l. 26 abändernde Formvorschrift dahin auszudehnen, daß damit auch die materielle Erleichterung beseitigt wird; es sollte ohne weiteres die Aufrechterhaltung in der leichteren Form, falls diese gewahrt ist, erfolgen. Man mag dann Zweifel hegen, wenn Bedenken vorliegen, ob die Verfügung überhaupt ernstlich beabsichtigt und nach dem Willen des Erblassers beendet ist; aber solche Bedenken können hier nicht entstehen. Ohne Bedeutung für die Entscheidung ist, ob man die *divisio parentum* selbst als ein privilegiertes Kodizill auffaßt oder noch daneben besondere, die Formen des privilegierten Testamentes erfordernde *codicilli parentum inter liberos* annimmt; jedenfalls liegt kein Grund vor, die nach l. 26 cit. gerechtfertigte Konversion zu unterlassen, falls die in Nov. 107 c. 3 vorgeschriebenen Formen gewahrt sind, und der Inhalt als Verteilung des Nachlasses, nicht als Bestimmung von Erbquoten, aufgefaßt werden kann.

Die Nov. 107 erfordert zur Gültigkeit der *divisio parentum* Unterschrift. Daß dieser die Unterkreuzung des Erblassers *F. S.* gleichstehe, ist allerdings nicht so zweifellos, wie das Berufungsgericht anzunehmen scheint, muß aber doch in Übereinstimmung mit diesem angenommen werden. Es handelt sich zwar um eine Formvorschrift, und daß Justinian bei letztwilligen Verfügungen das Unterkreuzen der Unterschrift nicht unbedingt gleichachtet, ergibt sich schon daraus,

daß in solchem Falle das regelmäßige Privattestament die Zuziehung eines oetavus subscriptor erfordert. Zu berücksichtigen ist jedoch, daß die divisio parentum im übrigen ganz formlos ist, daher die Annahme nahe liegt, daß die Unterschrift nur die Ernstlichkeit des Willens und die Vollenbung des Beabsichtigten sichern sollte, sowie daß hier im Falle der Schreibensunfähigkeit ein Ersatz für die Unterschrift, etwa die Zuziehung eines subscriptor, nicht genannt ist. Auch das in Seuffert's Archiv Bd. 26 Nr. 250 die unterkreuzte divisio parentum für ungültig erklärende Urteil des Obergerichtes Wolfenbüttel würde anscheinend die Gültigkeit anerkannt haben, wenn die Echtheit des Handzeichens und ferner festgestanden hätte, daß dem Erblasser der Inhalt bekannt gemacht war. Im jetzt vorliegenden Falle war nun der F. S. nicht Schreibensunkundig, sondern konnte nach seiner dem Notar abgegebenen Erklärung nur wegen Wehens der Hände nicht schreiben. Es liegt also kein Grund vor, zu bezweifeln, daß er den Inhalt der Urkunde gekannt habe; die Echtheit aber der Unterkreuzung wird durch die notarielle Beglaubigung festgestellt. Daß die Unterkreuzung wenigstens in solchen Fällen genüge, ist daher umsomehr anzunehmen, als sonst solche Personen eine divisio parentum überhaupt nicht errichten könnten, da die Zuziehung eines subscriptor im Gesetze nicht zugelassen, also dessen Unterschrift gleichwertig zu halten bedenklich ist.“ . . .