

89. Ist im Falle des § 2242 Abs. 2 B.G.B. die Feststellung der Erklärung des Erblassers, daß er nicht schreiben könne, wesentliches Formerfordernis des Testaments?

IV. Civilsenat. Ur. v. 7. Januar 1904 i. S. Gemeinde D. (Bell.)
w. S. u. Gen. (RL). Rep. IV. 251/03.

- I. Landgericht II München.
- II. Oberlandesgericht daselbst.

Die am 27. Juli 1901 zu D. verstorbene Privatiers S. errichtete am 25. Juli 1901 in Gemäßheit des § 2249 B.G.B. vor dem Gemeindevorsteher von D. ein Testament. Am Schlusse des dispositiven Teils des über die Testamentserrichtung aufgenommenen Protokolls fanden sich drei Kreuze als „Handzeichen der S.“ und sodann fuhr das Protokoll wörtlich fort: „Weiter hatte die Erblasserin nichts zu verordnen. Nachdem dieses Protokoll dem Erblasser noch wörtlich vorgelesen, von ihm genehmigt worden war, wurde es von ihm, da er zum Schreiben zu matt war, mit drei Kreuzen unterzeichnet.“ Seitens der Kläger als der gesetzlichen Erben der S. wurde gegen die in dem Testamente als Erbin eingesetzte Beklagte die Nichtigkeit des Testaments geltend gemacht. In beiden Vorinstanzen wurde die Beklagte nach dem Klageantrage verurteilt. Übereinstimmend wurde ausgeführt, das Testamentsprotokoll ermangele der wesentlichen Feststellung, daß die Erblasserin erklärt habe, nicht schreiben zu können, und infolgedessen komme dem Testamente Rechtswirksamkeit nicht zu. Auch die Revision der Beklagten ist zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

... „Nach § 2249 Abs. 1 B.G.B. findet die Vorschrift des § 2242 daselbst auch in dem im § 2249 geregelten Falle Anwendung. Der § 2242 bestimmt in Abs. 1 Satz 1 und 2: „Das“ (über die Errichtung des Testaments aufgenommene) „Protokoll muß ... von dem Erblasser ... eigenhändig unterschrieben werden. Im Protokolle muß festgestellt werden, daß dies geschehen ist.“ Nach ihrem Wortlaute enthält diese Vorschrift überall zwingendes Recht. Wenn sodann Abs. 2 des § 2242 bestimmt: „Erklärt der Erblasser, daß er nicht schreiben könne, so wird seine Unterschrift durch die Feststellung dieser Erklärung im Protokoll ersetzt,“ so muß in gleicher Weise auch die bezügliche Erklärung des Erblassers über sein Unvermögen zu unterschreiben und deren Feststellung im Protokolle als wesentliche Formvorschrift gelten. Denn es wird in Abs. 2 zwar an Stelle der eigenhändigen Unterschrift eine Ersatzform nachgelassen; im übrigen bewendet es aber auch hier bei der Notwendigkeit der Feststellung des bezüglichen Vorganges im Protokolle. Der dem § 2242 zugrunde liegende Grundsatz, daß der eine Abweichung von der Regelform des Testaments bedingende

Zatbestand notwendig im Protokolle festzustellen ist, wird auch in den weiteren Bestimmungen der §§ 2243 flg. B.G.B. konsequent festgehalten, mag hier im einzelnen Falle die Erklärung des Erblassers oder einer der mitwirkenden Personen bestimmend sein. So ist nach der kategorischen Vorschrift des § 2243 die für das Testament des Stummen vorgeschriebene Form nur dann gegeben, wenn die Überzeugung des Richters oder Notars, daß der Erblasser am Sprechen verhindert ist, im Protokolle festgestellt wird. Nach §§ 2244, 2245 muß zur Wahrung der Formgültigkeit des dort vorgesehenen Testaments eines der deutschen Sprache nicht mächtigen Erblassers die Erklärung desselben, daß er der deutschen Sprache nicht mächtig sei, und bzw. der mitwirkenden Personen, daß sie der fremden Sprache mächtig seien, im Protokolle festgestellt werden. Endlich ist für das Notestament des § 2249 wesentliches Formerforderniß die protokollarische Feststellung der Besorgnis, daß die Errichtung eines Testaments vor einem Richter oder Notar nicht mehr möglich sein werde.

Entsprechend der speziell für Testamente in § 2242 B.G.B. gegebenen Vorschrift bestimmt auch § 177 Abs. 2 des Reichsgesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit: „Erklärt ein Beteiligter, daß er nicht schreiben könne, so muß diese Erklärung im Protokolle festgestellt werden.“

Mit der Auffassung, daß die Erklärung des Erblassers, nicht schreiben zu können, notwendig im Protokolle festzustellen ist, stehen die Motive des § 1920 des ersten Entwurfs, welche Vorschrift in § 2242 B.G.B. übergegangen ist, im Einklange. Dortselbst wird ausgeführt: „Für den Fall, daß der Erblasser erklärt, er könne nicht schreiben, soll die erforderliche Unterschrift durch die Feststellung dieser Erklärung im Protokolle ersetzt werden. . . . Zu bestimmen, daß auch der Grund der Verhinderung am Unterschreiben im Protokolle festgestellt werden müsse, ist nicht ratsam. An die Nichteinhaltung einer solchen Vorschrift die Richtigkeit des Errichtungsaktes zu knüpfen, würde zu hart sein.“

Vgl. Mugdan, Materialien zum B.G.B. Bd. 5 S. 144.

Der Gebrauch sakramentaler Worte für die Abgabe der in § 2242 bezeichneten Erklärung ist allerdings nicht vorgeschrieben. Es würde daher völlig ausreichend gewesen sein, wenn die Erblasserin im vorliegenden Falle auf irgendeine Art, so insbesondere durch Ge-

nehmung des die objektive Feststellung des Unvermögens enthaltenden Testamenttextes, für ihre Person bestätigt hätte, nicht schreiben zu können.

Vgl. Entscheidung des Reichsgerichts vom 1. Dezember 1902 in der Jurist. Wochenschr. 1903 Beil. 4 S. 30.

Das Berufungsgericht geht jedoch bedenkenfrei davon aus, daß eine Erklärung der Erblasserin, nicht schreiben zu können, protokollmäßig überhaupt nicht erfolgt sei.

Fehlt es hiernach der letztwilligen Verfügung an der durch Gesetz vorgeschriebenen Form, so ist dieselbe gemäß § 125 Satz 1 B.G.B. zu Recht für nichtig erklärt.“ . . .