

10. Bedarf die durch § 2242 Abs. 2 B.G.B. vorgeschriebene Feststellung, daß der Erblasser erklärt hat, er könne nicht schreiben, der Vorlesung und der Genehmigung durch den Erblasser?

IV. Zivilsenat. Urt. v. 8. März 1906 i. S. L. (Rl.) w. M. u. Gen. (Befl.). Rep. IV. 12/06.

- I. Landgericht Mejeritz.
- II. Oberlandesgericht Posen.

Die Ausgebingerin Leonore M. geb. U. errichtete am 6. Februar 1900 bei dem Amtsgericht in Bentzen durch mündliche Erklärung ein Testament. Sie bestimmte darin den Beklagten zum alleinigen Erben. In dem über die Testamentserrichtung aufgenommenen Protokolle schließt die sachliche Erklärung der Erblasserin mit den Worten ab: „Weiter habe ich nichts zu bestimmen.“ Sodann wird fortgefahren:

„Das Protokoll wurde hierauf der Testatorin laut vorgelesen und von ihr genehmigt. Sie erklärte, daß sie nicht schreiben könne. Geschlossen.“

Es folgen die Unterschriften des Richters und des Gerichtsschreibers.

Die Erblasserin starb am 12. März 1902. Kläger, ein Bruder der Erblasserin, würde, wenn ihm das Testament nicht entgegenstände, der alleinige gesetzliche Erbe sein. Er behauptete, das Testament sei nichtig. Die Erklärung der Erblasserin, daß sie nicht schreiben könne, sei zwar festgestellt; die Feststellung folge jedoch der beurkundeten Vorlesung und Genehmigung des Protokolls nach; es erhele deshalb nicht, daß auch die Feststellung selbst der Erblasserin vorgelesen und von ihr genehmigt worden sei. An die Stelle des im Laufe des Prozesses verstorbenen Beklagten traten dessen Witwe und weitere Erben. Von ihnen verlangte der Kläger die Herausgabe des Nachlasses der Leonore M. Das Landgericht erachtete die formelle Bemängelung des Testaments für begründet und verurteilte die Beklagten nach dem Klagantrage. Das Oberlandesgericht hielt das Testament für formgerecht und erkannte auf Klageabweisung. Die Revision wurde zurückgewiesen, aus folgenden

Gründen:

... „Die Revision verweist auf das in der Jurist. Wochenschr. von 1905 S. 541 Nr. 33 und in der Deutschen Juristztg. von 1905 S. 961 Nr. 76 mitgeteilte Urteil des Reichsgerichts, welches nicht, wie in beiden Zeitschriften angegeben, am 29. Juni, sondern am 11. Juli 1905, und nicht von dem fünften, sondern von dem auch gegenwärtig erkennenden vierten Zivilsenate des Reichsgerichts erlassen ist. Auf die Ausführungen dieses Urteils gestützt, bezeichnet sie den § 2242 Abs. 2 B.G.B. als verletzt, weil die bei der Testamentser-

errichtung getroffene Feststellung, daß die Erblasserin sich für Schreibensunfähig erklärt habe, nicht einen Teil des vorgelesenen und von der Erblasserin genehmigten Protokolls bilde, sondern sich außerhalb desselben befinde; die Notwendigkeit einer diese Feststellung umfassenden Vorlesung und Genehmigung habe der Berufungsrichter zu Unrecht verneint.

Es kommt zunächst darauf an, ob die Voraussetzung der Revisionsrüge, daß der Feststellungsvermerk über die erklärte Schreibensunfähigkeit nicht vorgelesen und nicht von der Erblasserin genehmigt worden sei, als zutreffend gelten kann. Für einen Fall, der dem vorliegenden im wesentlichen gleichlag, haben das in Abrede gestellt:

Weißler, in der Zeitschrift des Deutschen Notarvereins Bd. 4 (1904) S. 279 flg. unter 6, sowie Jastrów, Die Beurkundung der Schreibensunfähigkeit eines Beteiligten, ebenda, Bd. 4 S. 397 flg.

Die Beurkundung der Testamentserrichtung schloß damals mit dem Vermerk ab:

„Das Protokoll wurde vorgelesen und von Frau W. (der Erblasserin) genehmigt. Sie erklärte, nicht schreiben zu können.“

Weißler bemerkt unter Zustimmung von Jastrów: die Urkunde bezeuge ja, daß das Protokoll, also das ganze Protokoll und mithin auch der Vermerk über die Schreibensunfähigkeit, vorgelesen und genehmigt worden sei. Es ändere daran nichts, daß der Vermerk erst hinter dieser Bezeugung stehe. Wer das Gegenteil behaupte, mache sich einer Verwechslung des räumlichen Hintereinander mit dem zeitlichen Nacheinander schuldig. Wäre das richtig, so würde im gegebenen Falle der Revision von vornherein der Boden entzogen sein. Dem ist jedoch nicht so. Wie weit bei einer derartigen Fassung des Protokollabschlusses die Vorlesung und Genehmigung sich erstreckt hat, kann aus der Anwendung des Wortes „Protokoll“ allein nicht beurteilt werden. Denn weder das Gesetz noch auch der Gerichtsgebrauch wenden den Ausdruck immer in der gleichen Bedeutung an. Sie verstehen darunter bald das vollendete, bald das in der Entstehung begriffene, also seine Beschaffenheit und seinen Umfang verändernde Schriftstück. Hier aber, wie in dem von den beiden Schriftstellern erörterten Falle, spricht die Wortfassung gerade dafür, daß die Vorlesung beendet war, bevor die Erblasserin ihre Schreibensunfähigkeit erklärte. Und daß nach dem Abgeben und dem Nieder-

schreiben dieser Erklärung der Akt der Vorlesung und Genehmigung wiederholt oder fortgesetzt worden wäre, läßt sich keineswegs aus dem Protokolle herauslesen.

Das vorliegende Testament bleibt mithin nur dann bei Bestand, wenn die Vorlesung und Genehmigung des Feststellungsvermerks über die erklärte Schreibensunfähigkeit grundsätzlich als entbehrlich gelten darf. Bei dieser Frage aber tritt die Zwiespaltigkeit der Meinungen nicht nur in der Literatur, sondern ebenso bei den in einzelnen Bundesstaaten erlassenen Ausführungsverordnungen hervor. Die Bestimmung im § 2242 Abs. 2 gilt nämlich gemäß § 2249 B.G.B. auch für die Errichtung von Nottestamenten, und sie kehrt andererseits mit hier nicht wesentlichen Abweichungen im § 177 Abs. 2 Fr.G.G. wieder. Während nun in Bayern unter den durch gemeinsame Bekanntmachung des Staatsministeriums der Justiz und des Staatsministeriums des Innern vom 19. Dezember 1900 eingeführten Mustern für die Errichtung von Testamenten vor den Gemeindevorstehern das eine der Muster eine Fassung erhalten hat, bei der die Feststellung über die erklärte Schreibensunfähigkeit dem Vermerk über die Vorlesung und Genehmigung des Protokolls nachfolgt und von ihm nicht mit umfaßt wird (Just.-Min.-Bl. von 1901 S. 24 fig., insbesondere S. 32, 33, und Amtsblatt des Staatsministeriums des Innern von 1901 S. 4 fig., insbesondere S. 12), enthält das Ansprechen des Großherzoglich hessischen Ministeriums der Justiz an sämtliche Justizbehörden vom 3. Juli 1901 (Amtsblatt Nr. 13) eine Rechtsbelehrung in entgegengesetztem Sinne: die Erklärung des Nichtschreibenskönnens gehöre zu demjenigen Teile des Protokolls, der nach § 177 Abs. 1 Satz 1 Fr.G.G. vorgelesen und von den Beteiligten genehmigt werden müsse (S. 13 unter 17 daselbst). Das gleiche würde für die Errichtung von Testamenten in ordentlicher öffentlicher Form nach § 2242 Abs. 1 und 2 zu gelten haben, und auf den Standpunkt dieser letzteren Meinung stellt sich also im gegebenen Falle die Revision. Das zu ihrer Begründung herangezogene reichsgerichtliche Urteil vom 11. Juli 1905 kann ihr dabei insoweit nicht zur Stütze dienen, als es sich um das äußere Verhältnis der Feststellung über die Vorlesung und Genehmigung des Protokolls (§ 2242 Abs. 1 Satz 2) zu der Feststellung über die erklärte Schreibensunfähigkeit des Erblassers (§ 2242 Abs. 2) handelt. Denn nach § 2242

Abf. 2 bildet diese letztere Feststellung einen Ersatz für die fehlende Unterschrift des Erblassers. Gehört sie demnach an dieselbe Stelle wie diese Unterschrift, so befindet sie sich im vorliegenden Falle gerade da, wo nach jenem reichsgerichtlichen Urteile die Unterschrift hingehört, wenn anders das Testament zu Recht bestehen soll: sie folgt der Feststellung, daß das Protokoll vorgelesen und von der Erblasserin Eleonore W. genehmigt sei, räumlich nach. In dieser Beziehung ist es also für die gegenwärtige Entscheidung auch nicht von Bedeutung, daß der Senat inzwischen von der dem Urteile vom 11. Juli 1905 zugrunde liegenden Rechtsansicht abgegangen ist und durch den Beschluß vom 15. Februar 1906, Beschw.-Rep. IV. 14/06,<sup>1</sup> sich dafür entschieden hat, daß die Unterschriften der Beteiligten dem Feststellungsvermerk über die geschene Vorlesung, Genehmigung und Unterzeichnung des Protokolls zwar nachfolgen dürfen, aber nicht nachfolgen müssen. Bei Übertragung dieses Grundsatzes auf das Verhältnis der beiden Feststellungsvermerke zueinander darf allerdings die von der Revision verlangte und im Streitfalle vermifste Voranstellung des Feststellungsvermerks über die erklärte Schreibensunfähigkeit keinesfalls für fehlsam gelten, und sie würde sogar den Vorzug für sich haben, daß derartige Zweifel, wie sie gegen die Formgültigkeit des Testaments im Streitfalle erhoben worden sind, aus sachlichen Gründen überhaupt nicht hätten aufkommen können, da doch alsdann die festgestellte Vorlesung und Genehmigung des Protokolls auf die vorangestellte Feststellung der erklärten Schreibensunfähigkeit mit bezogen werden müßte. Allein durch diese Zweckmäßigkeitserwägung wird nicht die grundsätzliche Notwendigkeit einer derartigen Protokollfassung, und fürs erste auch das nicht bewiesen, daß es auf eine Bestätigung des im § 2242 Abs. 2 vorgeschriebenen Feststellungsvermerks durch den Erblasser und auf deren Beurkundung in entscheidender Weise ankommt. Der Berufungsrichter hat überdies zutreffend hervorgehoben, daß die Nachstellung des Vermerks über die Schreibensunfähigkeit in zahlreichen Fällen gerade mit dem tatsächlichen Verlauf der Verhandlung vollkommen übereinstimmt, weil einerseits die Erfahrung lehrt, daß mit der Erklärung, nicht schreiben zu können, nicht selten zurückgehalten wird, bis nach geschene Vor-

<sup>1</sup> Abgedruckt im 62. Bande dieser Sammlung S. 1 fig.

lesung und Genehmigung des Niedergeschriebenen der Richter oder Notar zur Unterschrift auffordert, und weil auch aus anderen Ursachen die Schreibensunfähigkeit sich erst in diesem Zeitpunkte als tatsächlich vorhanden herausstellen kann.

Entspricht somit eine Aufeinanderfolge der beiden Feststellungsmerkmale, wie sie im gegenwärtigen Falle das Protokoll aufweist, einem keineswegs ungewöhnlichen, vielmehr einem ganz natürlichen tatsächlichen Verlaufe des Beurkundungsverfahrens, so kommt es schließlich darauf an, ob für einen solchen Fall sich aus dem Gesetze das Erfordernis einer zweimaligen Vorlesung und Genehmigung herleiten läßt. Denn darauf würde es hinauslaufen, wenn nach geschehener Vorlesung und Genehmigung des die Bestandteile des § 2241 umfassenden Schriftstücks (des Protokolls im Sinne des § 2242 Abs. 1 Satz 1), und nach geschehener Feststellung dieses Vorganges mit der nunmehr hinzukommenden Feststellung, daß der Erblasser erkläre, nicht schreiben zu können, in derselben Verhandlungs- und Beurkundungsform weiter verfahren werden müßte. Die Fassung des Gesetzes nötigt in keiner Weise dazu, das anzunehmen. Noch weniger bieten die über die Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch veröffentlichten Mitteilungen einen Anhalt dafür. Im ersten Entwurfe zum Bürgerlichen Gesetzbuch bildete die jetzt im § 2242 Abs. 2 enthaltene Gesetzesvorschrift, unter scharfer äußerer Trennung von den im § 1919 dieses Entwurfs vorgeschlagenen Bestimmungen über die Bestandteile des Protokolls und über die Regelung des Protokollabschlußverfahrens, den besonderen Inhalt des § 1920 daselbst. Schon diese äußere Absonderung sprach dagegen, daß die im I. Entw. § 1919 Abs. 2 enthaltene Vorschrift über die Vorlesung und Genehmigung des Protokolls sich auf die hinterher durch § 1920 verlangte Feststellung der erklärten Schreibensunkunde erstrecken sollte. Sachlich hat § 1920 späterhin weder überhaupt noch auch in seinem Verhältnis zu § 1919 eine Änderung erfahren. Von der Kommission für die zweite Lesung des Gesetzentwurfs wurde, wie es in den Protokollen S. 7189 (Guttagische Ausgabe Bb. 5 S. 339) heißt, § 1920 unbeanstandet angenommen, und dabei erwogen, daß diese Vorschrift das im Falle der Schreibensunfähigkeit sonst erforderliche beglaubigte Handzeichen ersetze (vgl. §§ 126 Abs. 1, 129 Abs. 1 B.G.B., I. Entw. § 92, II. Entw. § 105). Die damit noch besonders hervorgehobene

rein formale Bedeutung des Feststellungsvermerks macht die Behauptung, es sei auch für ihn die Vorlesung und Genehmigung durch den Erblasser vorgeschrieben, um so weniger annehmbar. Mit Recht sieht es in dieser Beziehung der Berufungsrichter für ausgeschlossen an, daß der Gesetzgeber verlangen wollte, dem Erblasser müsse im Regelfalle seine eigene Unterschrift vorgelesen und von ihm genehmigt werden, und es ist nicht minder zutreffend, wenn er das gleiche Verlangen gegenüber der die Unterschrift formell ersetzenden Feststellung deshalb ebensowenig für begründet hält. Auch darin ist ihm schließlich beizutreten, daß die Erklärung, nicht schreiben zu können, mit den rechtsgeschäftlichen Erklärungen des Erblassers (§§ 2238. 2241 Ziff. 3 B.G.B.) nicht in eine Linie gestellt werden darf, und daß deshalb das im § 2242 Abs. 1 enthaltene Gebot der Vorlesung, Genehmigung und Unterzeichnung des Protokolls sich unter diesem Gesichtspunkte gleichfalls auf sie nicht ausdehnen läßt.

Alle diese Erwägungen führen dahin, daß von der dem § 2242 Abs. 2 B.G.B. entsprechenden urkundlichen Feststellung, der Erblasser habe erklärt, daß er nicht schreiben könne, daselbe gilt, was der erkennende Senat in dem schon erwähnten Beschlusse vom 15. Februar d. J. von der durch § 2242 Abs. 1 Satz 2 und übereinstimmend damit durch § 177 Abs. 1 Satz 2 Fr.G.G. vorgeschriebenen Feststellung der Vorlesung, Genehmigung und Unterzeichnung des Protokolls angenommen hat: sie ist ein Zeugnis, dessen Aussteller die mitwirkenden Personen allein sind, und dessen Vollwirksamkeit das Gesetz an die Bedingung einer hinzukommenden Bestätigung durch den Erblasser nicht gebunden hat.

Die hiernach anzunehmende Formbeständigkeit des Testaments vom 6. Februar 1900 wird endlich dadurch nicht in Frage gestellt, daß nach der Fassung des Protokolls dieses nicht schlechthin, also gleichzeitig zu Gehör der mitwirkenden Personen, sondern „der Testatorin“ vorgelesen wurde. In dieser Beziehung ist auf die Ausführungen in dem Urteile des Senats vom 18. November 1901 (Entsch. des R.G.'s Bd. 50 S. 23) zu verweisen.“ . . .